

A PROTEÇÃO SOCIAL NA ENCRUZILHADA

ANAIIS DA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO DO TRABALHO

XI CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO 2021

COORDENADORES

Alexandre Agra Belmonte

Luciano Martinez

Yone Frediani

DIRETORAS

Esperanza Macarena Sierra Benitez

Thereza C. Nahas



A PROTEÇÃO SOCIAL NA ENCRUZILHADA

**ANAIS DA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO DO TRABALHO
XI CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO 2021**

Coordenadores

ALEXANDRE AGRA BELMONTE

LUCIANO MARTINEZ

YONE FREDIANI

Diretoras

ESPERANZA MACARENA SIERRA BENITEZ

THEREZA C. NAHAS

A PROTEÇÃO SOCIAL NA ENCRUZILHADA

**ANAIS DA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO DO TRABALHO
XI CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO 2021**



SÃO PAULO, 2021

Copyright © 2021 by LEX Editora S/A

*Todos os direitos reservados. É expressamente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem prévia autorização do autor.
(Lei 9.610, de 19.02.98 – DOU 20.02.98)*

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

Editor Responsável: Antônio Carlos Schultz

LEX Editora S/A

Rua da Consolação, 77 - 9º andar

CEP 01301-000

São Paulo - SP

Serviço de Atendimento: (51) 3191-3033

www.lex.com.br

Revisão: Bibiana Dalfolo Mota Schmidt

Capa: Fernanda Napolitano

Diagramação: Nilciany Camargo

C749 Congresso Internacional de Direito do Trabalho (11. : 2021) : São Paulo / A proteção social na encruzilhada : Anais da Academia Brasileira de Direito do Trabalho / [Coordenadores] Alexandre Agra Belmonte, Luciano Martinez e Yone Fredian. [Diretoras] Esperanza Macarena Sierra Benitez e thereza c. Nahas. – São Paulo : Lex, 2021.

16x23 cm. ; 724 p.
ISBN 978-85-7721-305-4

1. Direito do trabalho. 2. Proteção social. 3. Pandemia. I. Belmonte, Alexandre Agra. II. Martinez, Luciano. III. Fredian, Yone.

CDU 349.243

RELAÇÃO DE ACADÊMICOS

ARNALDO LOPES SÜSSEKIND (*in memoriam*)
ALEXANDRE DE SOUZA AGRÁ BELMONTE – cadeira 2 (DF)
ALMIR PAZZIANOTTO PINTO – cadeira 32 (SP)
ALOYSIO SILVA CORRÊA DA VEIGA – cadeira 12 (DF)
ANDRÉ ARAÚJO MOLINA – cadeira 80 (MT)
ANDRÉ JOBIM DE AZEVEDO – cadeira 89 (RS)
ANNA BRITTO DA ROCHA ACKER – cadeira 76 (RJ)
ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA – cadeira 92 (MG)
ANTÔNIO CARLOS BENTO RIBEIRO – cadeira 16 (RJ)
ANTONIO CARLOS AGUIAR – cadeira 48 (SP)
ARI POSSIDÔNIO BELTRAN – cadeira 74 (SP)
ARION SAYÃO ROMITA – cadeira 71 (RJ)
BENTO HERCULANO DUARTE NETO – cadeira 13 (RN)
BRUNO FREIRE E SILVA – cadeira 68 (SP)
CARLOS ALBERTO REIS DE PAULA – cadeira 35 (DF)
CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE – cadeira 44 (ES)
CAROLINA TUPINAMBÁ FARIA – cadeira 47 (RJ)
CÁSSIO MESQUITA BARROS JÚNIOR – cadeira 17 (SP)
CLÁUDIO MASCARENHAS BRANDÃO – cadeira 39 (DF)
CHRISTIANA D'ARC DAMASCENO OLIVEIRA ANDRADE SANDIM – cadeira 34 (AC)
DOUGLAS ALENCAR RODRIGUES – cadeira 59 (DF)
EDUARDO HENRIQUE RAYMUNDO VON ADAMOVIČH – cadeira 36 (RJ)
EDUARDO PRAGMÁCIO DE LAVOR TELLES FILHO – cadeira 85 (CE)
EMILIO ROTHFUCHS NETO – cadeira 45 (RS)
ENIO GALARÇA LIMA – cadeira 40 (GO)
ERMES PEDRO PEDRASSANI – cadeira 84 (RS)
ESTÊVÃO MALLETT – cadeira 97 (SP)
EVERALDO GASPAR LOPES DE ANDRADE – cadeira 31 (PE)
FERNANDO JOSÉ CUNHA BELFORT – cadeira 22 (MA)
FLÁVIA MOREIRA GUIMARÃES PESSOA – cadeira 67 (SE)
FLORIANO CORRÊA VAZ DA SILVA – cadeira 11 (SP)
FRANCISCO ANTÔNIO DE OLIVEIRA – cadeira 82 (SP)
GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO – cadeira 95 (PA)
GILBERTO STÜRMER – cadeira 100 (RS)
GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO – cadeira 53 (SP)
GUILHERME GUIMARÃES LUDWIG – cadeira 62 (BA)
GUSTAVO ADOLPHO VOGEL NETO – cadeira 4 (RJ)
GUSTAVO FILIPE BARBOSA GARCIA – cadeira 27 (SP)
IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO – cadeira 56 (DF)
JOÃO BATISTA BRITO PEREIRA – cadeira 69 (DF)
JOÃO DE LIMA TEIXEIRA FILHO – cadeira 72 (RJ)
JOÃO ORESTE DALAZEN – cadeira 7 (SP)
JORGE CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO – cadeira 21 (SP)
JOSÉ AFFONSO DALLEGRAVE NETO – cadeira 28 (PR)
JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL – cadeira 61 (DF)
JOSÉ AUGUSTO RODRIGUES PINTO – cadeira 79 (BA)
JOSÉ CARLOS DA SILVA AROUCA – cadeira 63 (SP)
JOSÉ CLÁUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO – cadeira 26 (PA)
JOSÉ FRANCISCO SIQUEIRA NETO – cadeira 55 (SP)
JOSÉ MARIA QUADROS DE ALENCAR – cadeira 18 (PA)
JOSÉ SOARES FILHO – cadeira 90 (PE)
JOSELITA NEPOMUCENO BORBA – cadeira 8 (SP)
LÉLIA GUIMARÃES CARVALHO RIBEIRO – cadeira 3 (BA)
LUCIANO DOREA MARTINEZ CARREIRO – cadeira 25 (BA)
LUIZ CARLOS AMORIM ROBORELLA – cadeira 91 (SP)
LUIZ EDUARDO GÜNTHER – cadeira 9 (PR)
LUIZ FERNANDO WHITAKER DA CUNHA – cadeira 5 (RJ)
LUIZ JOSÉ GUIMARÃES FALCÃO – cadeira 57 (DF)
MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO – cadeira 86 (PR)
MANOEL JORGE E SILVA NETO – cadeira 64 (DF)
MANOEL MENDES DE FREITAS – cadeira 41 (MG)
MARCELO RODRIGUES PRATA – cadeira 88 (BA)
MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE – cadeira 73 (PR)
MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIAS MELLO – cadeira 65 (DF)
MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI – cadeira 29 (DF)
MARIA LUIZA DA GAMA LIMA – cadeira 15 (RJ)
NELSON MANNRICH – cadeira 49 (SP)
NEY JOSÉ DE FREITAS – cadeira 50 (PR)
NEY STANY MORAIS MARANHÃO – cadeira 30 (PA)
OTÁVIO AUGUSTO REIS DE SOUSA – cadeira 37 (SE)
PAULO RÉGIS MACHADO BOTELHO – cadeira 99 (CE)
PEDRO BENJAMIN VIEIRA – cadeira 46 (SP)
PEDRO PAULO TEIXEIRA MANUS – cadeira 60 (SP)
RAIMAR RODRIGUES MACHADO – cadeira 42 (RS)
RAIMUNDO SIMÃO DE MELO – cadeira 24 (SP)
RENATO RUA DE ALMEIDA – cadeira 38 (SP)
RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES – cadeira 81 (SP)
ROBERTO FRAGALE FILHO – cadeira 66 (RJ)
ROBERTO MARIO RODRIGUES MARTINS – cadeira 51 (SP)
RODOLFO MÁRIO VEIGA PAMPLONA FILHO – cadeira 58 (BA)
ROSITA DE NAZARÉ SIDRIM NASSAR – cadeira 23 (PA)
SANDRO NAHMIAS MELO – cadeira 20 (AM)
SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA – cadeira 10 (MG)
SERGIO FERREZ – cadeira 19 (SP)
SERGIO PINTO MARTINS – cadeira 94 (SP)
SERGIO TORRES TEIXEIRA – cadeira 33 (PE)
SÔNIA APARECIDA COSTA MASCARO NASCIMENTO – cadeira 25 (SP)
TARSO FERNANDO HERZ GENRO – cadeira 14 (RS)
TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI – cadeira 70 (SP)
THEREZA CHRISTINA NAHAS – cadeira 43 (SP)
UMBERTO GRILLO – cadeira 78 (SC)
VALDIR FLORINDO – cadeira 93 (SP)
VANTUIL ABDALA – cadeira 96 (DF)
VICENTE JOSÉ MALHEIROS DA FONSECA – cadeira 87 (PA)
VITOR SALINO DE MOURA EÇA – cadeira 6 (MG)
VÓLIA BOMFIM CASSAR – cadeira 77 (RJ)
YONE FREDIANI – cadeira 54 (SP)

CORRESPONDENTES INTERNACIONAIS

ADRIAN O. GOLDIN
ALBERTO LEVI
ANTOINE JEAMMAUD
ANTONIO BAYLOS GRAU
ANTONIO MONTEIRO FERNANDES
ANTONIO OJEDA AVILÉS
CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE
EFRÉN CÓRDOVA
ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ
FERNANDO FITA ORTEGA
FRANCISCO TAPIA GUERRERO
GABRIELA MENDIZÁBAL BERMÚDEZ
GEORGES SPYROPOULOS
GIUSEPPE LUDOVICO
HUMBERTO VILLASMIL PRIETO
JEAN-CLAUDE JAVILLIER
JOÃO LEAL AMADO
JORDI GARCIA VIÑA

JORGE ROSENBAUM RIMOLO
JOSE IGNACIO GARCÍA NINET
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
JUAN GIRELLI HERNÁNDEZ
JUAN RASO DELGUE
JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES
MANUEL ÁLVARES DE LA ROSA
MARIA LUISA DE CRISTOFARO
MARIO GARMENDIA ARIGÓN
MARTHA ELISA MONSALVE CUELLAR
PAULA VAZ
PEDRO ROMANO MARTINEZ
RODRIGO PALOMO
SANTIAGO PÉREZ DEL CASTILLO
SERGIO GAMONAL CONTRERAS
TATIANA SACHS
TOMÁS SALA FRANCO
WOLFGANG DÄUBLER

SUMÁRIO

Apresentação – Proteção Social na Encruzilhada <i>Alexandre Agra Belmonte</i>	11
--	----

PROTEÇÃO SOCIAL E PANDEMIA: RESPOSTAS LEGISLATIVAS PERANTE A VELHA E A NOVA POBREZA

Princípios de coordinación de las rentas mínimas en la Unión Europea <i>Princípios de coordenação de renda mínima na União Europeia</i> <i>Prof. Dra. Thais Guerrero Padrón</i>	17
---	----

Auxílio Emergencial e Bolsa Família: gestão e eficiência - Uma análise a partir de seu papel na distribuição de direitos <i>Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho</i>	33
---	----

El ingreso mínimo vital un año después de su implantación en España <i>Experiências do Ingresso Mínimo Vital na Espanha um ano depois</i> <i>Dr. Guillermo Rodríguez Iniesta</i>	43
--	----

Algunas incongruencias del ingreso mínimo vital con el pilar europeo de derechos sociales: y la pobreza sigue ahí <i>Algunas incongruências do ingresso mínimo vital com o pilar europeu de direitos sociais: e a pobreza segue aí</i> <i>Dra. Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado</i>	61
---	----

Ingresso mínimo vital – solução para a precariedade e a pobreza? <i>Dr. Georgenor de Sousa Franco Filho</i>	81
--	----

Proteção social de grupos vulneráveis na pós-pandemia <i>Dra. Joselita Nepomuceno Borba</i>	89
--	----

“Protección social e ingresos mínimos garantizados en la ue ¿Utopía o realidad?” <i>Mª Dolores Ramírez Bendala</i>	105
---	-----

DIREITO DO TRABALHO NA ECONOMIA DIGITAL

A proteção constitucional em face da automação <i>Dr. Marcelo Rodrigues Prata</i>	129
--	-----

La tutela de las condiciones laborales en los procesos de descentralización productiva: ¿qué mejoras cabría introducir en el régimen jurídico aplicable a las contratatas? <i>A tutela das condições trabalhistas nos processos de descentralização produtiva: que melhorias caberiam introduzir nos regimes jurídicos aplicáveis aos contratos?</i> <i>Dra. Amparo Esteve-Segarra</i>	143
Instrumentos para erradicar la brecha salarial <i>Instrumentos para erradicar a brecha salarial</i> <i>Dra. Elena García Testal</i>	163
As disfunções da negociação coletiva na atualidade <i>Dr. Gilberto Stürmer</i>	179
Competencia judicial internacional y ley aplicable en materia de seguridad social comunitaria <i>Profesora Dra. Dña. Ángela Martín-Pozuelo López</i>	197
Autocomposição em processo coletivo transnacional como superação dos problemas da lei aplicável e da competência judicial <i>Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite e Graziela Argenta Zanetti</i>	215
Cuestiones actuales sobre la ultraactividad en la negociación colectiva en España <i>Jordi García Viña</i>	241

OUTROS ESTUDOS SOBRE TEMAS RELEVANTES

Impactos das novidades legislativas propostas durante a pandemia do Covid-19 nas relações trabalhistas <i>Ana Carolina Borges Oliveira e Frederico Toledo Melo</i>	273
Trabalho infantil e pandemia do Covid-19: reflexões acerca do caso Brasil <i>Ana Paula Motta Costa e Carolina de Menezes Cardoso</i>	283
Ação rescisória ou ação anulatória: qual o meio adequado para hostilizar a sentença passada em julgado oriunda da homologação judicial do acordo extrajudicial? <i>Anne Beatriz Moreira de Lacerda e Sergio Torres Teixeira</i>	297
Os acidentes de trabalho no Brasil (1919-1944): da responsabilidade civil ao seguro social <i>Arley Fernandes Teixeira</i>	313
O <i>home office</i> e a desreferencialização do trabalhador como núcleo do eixo produtivo na atual sociedade tecnocêntrica <i>Bráulio de Almeida Pereira Paiva</i>	327

O contrato de emprego em seus planos da existência, validade e eficácia: análise essencial de alguns de seus problemas atuais <i>Dartagnan Ferrer dos Santos</i>	345
Régimen disciplinario de los trabajadores reubicados en otra entidad laboral ante la pandemia del Covid-19 <i>Disciplinary regime for workers relocated to another labor entity during the Covid-19 pandemic</i> <i>Ernesto Carballosa Salerno</i>	361
Nuevos escenarios laborales digitales: “una aproximación al ciberacoso en el trabajo” <i>Esther Gómez Jiménez</i>	385
Derecho de información de los representantes de los trabajadores en la empresa en materia de teletrabajo, según la ley 10/2021 de 9 de julio, de trabajo a distancia <i>Dr. Francisco Pérez Amorós</i>	397
A responsabilidade solidária e subsidiária de coobrigados trabalhistas nos contextos de falência e recuperação judicial: <i>quid iuris?</i> <i>Guilherme Guimarães Feliciano</i>	415
Estado autoritário e liberalismo econômico: a crítica de schmitt à constituição econômica e aos direitos sociais da Constituição de Weimar de 1919 <i>João Alexandre Menegassi</i>	433
A possibilidade da dispensa por justa causa do trabalhador urbano e rural que recusar a vacina contra a Covid-19 <i>João Batista Martins César, Renata Prieto Furriel e Guilherme Araújo Toledo</i>	447
O exame do mérito em decisão do TST que não conhece de recurso de revista por ausência de transcendência <i>José Marcelo Leal de Oliveira Fernandes</i>	477
Judicialização das relações de trabalho no contexto constitucional brasileiro <i>Leonardo Soares Bello</i>	495
A síndrome de <i>burnout</i> no regime de teletrabalho em tempos de Covid-19 e sua caracterização como acidente de trabalho <i>Leticia V. de Bortoli</i>	509
As dificuldades do enquadramento sindical brasileiro diante dos novos modelos de negócios – Uma solução possível nas relações associativas? <i>Maria Lúcia Ciampa Benhame Puglisi e Paula Castro Collesi</i>	521

Proteção social na pandemia: programa emergencial para manutenção do emprego e renda e auxílio emergencial <i>Nelson Mannrich e Alessandra Barichello Boskovic</i>	537
Covid-19 e proteção facial constitucionalmente adequada: PFF2 para todos? <i>Priscila Maria Ribeiro e Guilherme Kirtschig</i>	549
Dispensa em massa e a obrigatoriedade de negociação coletiva <i>Priscilla Caldeira Carbone, Isabella Alelaf de Alencar Fraia e Fernanda Oliveira Pena Moraes</i>	565
A obrigatoriedade de o Ministério do Trabalho e Previdência exercer o controle de convencionalidade quando da edição ou alteração das normas regulamentadoras <i>Renato Sabino Carvalho Filho</i>	581
A aplicação trifásica do princípio da proporcionalidade no Direito do Trabalho <i>Renato Sabino Carvalho Filho e Luciani Coimbra de Carvalho</i>	597
Lei nº 14.151/2021: primados, consequências e divergências sobre a proteção da vida de gestantes e nascituros <i>Rodrigo Trindade</i>	611
Proteção social à empregada com descendente portador de necessidades especiais: notas sobre o Recurso de Revista de nº 11204 – 62.2017.5.15.0144 <i>Thereza Christina Nahas e Amália Rosa de Campos</i>	631
Responsabilidades e encargos de prestações do empregador pelo acidente de trabalho <i>Thiago Mendonça de Castro</i>	655
Discriminação por gênero e meio ambiente do trabalho <i>Yone Frediani</i>	669
Análise do conceito de dano existencial na jurisprudência brasileira <i>Rodrigo Coimbra e Marcel Medeiros Cabral</i>	681
El estatuto jurídico-protector del teletrabajador en el mercado económico digital. A propósito de la ley 10/2021 <i>Bárbara Torres García</i>	689
El derecho del trabajo de la emergencia Covid-19 desde una perspectiva de género <i>Fernando Fita Ortega</i>	709

APRESENTAÇÃO

As duas primeiras revoluções industriais provocaram uma disrupção no modo e meios de produção, no regime econômico, no sistema político e nos costumes sociais de outrora. Mas o sistema liberal manteve as leis de mercado e a desigualdade desembocou na Questão Social. Os abusos na utilização da mão de obra, a mesquinhez remuneratória e as condições ambientais precárias de trabalho foram a sua agenda.

Em 1919, com a criação da OIT e a edição das primeiras normas de proteção internacional ao trabalhador, a Questão Social da época ficou solucionada.

Dali até os anos 1970, os direitos trabalhistas se consolidaram, alcançando um invejável patamar civilizatório, com os instrumentos de reivindicação e resistência à melhoria crescente das condições de trabalho sendo, de forma exitosa, colocado constantemente à prova num mundo em crescimento e cada vez mais produtivo, que contava com a mão de obra humana para as realizações.

Com a recessão dos anos 1970, derivada da crise do petróleo e da dependência do combustível fóssil para a produção e distribuição, o mundo passou por uma rápida e profunda transformação econômica e tecnológica, que teve reflexos sociais e políticos imediatos.

Os países de primeiro mundo investiram em alternativas que resultaram no *chip*, nas comunicações em tempo real e na forma globalizada de produção para redução de custos. Espalharam multinacionais, principalmente pelo terceiro mundo, carente de produção de tecnologia própria e impuseram aos Estados nacionais as suas regras: para barateamento do custo produtivo investiram na robotização nas indústrias, na automação em boa parte do setor de prestação de serviços e na terceirização crescente, inaugurando assim a terceira Revolução Industrial.

No entanto, a roda gira e as conquistas científicas continuaram a seguir o seu curso de forma progressiva. Disso resultou que o mundo agora experimenta os efeitos da quarta Revolução Industrial, marcada pela alta tecnologia, que dispensa, total ou parcialmente, o trabalho humano em vários setores produtivos. Ou seja, permite a produção, distribuição, comércio e prestação de serviços em várias atividades sem a intervenção do ser humano, ou com intervenção reduzida nas demais.

Portarias eletrônicas em prédios residenciais e comerciais; computadores que gravam, copiam e distribuem pela rede arquivos finalizados ou executáveis; programas que editam livros eletrônicos disponíveis na internet para comercialização; aplicativos

que permitem movimentação bancária e financeira; impressoras que imprimem, digitalizam e até transformam dizeres de fotos em textos; impressoras 3D, capazes de materializar projetos; programas que permitem, pela internet, o envio de arquivos, mensagens e comunicação à distância em *off* ou *online*, em tempo real; vendas *online* de passagens, produtos e serviços; bibliotecas *online* que permitem o acesso remoto a títulos e informações; aplicativos que permitem reserva pela internet de hotéis, restaurantes, shows e distrações em qualquer lugar do mundo; internet das coisas; aplicativos que substituem ou se acoplam a dicionários e enciclopédias; comunicação à distância, que elimina o transporte e a presença física até mesmo em julgamentos, palestras e conversas com parentes distantes; *smartphones* que realizam uma infinidade de operações cotidianas, dão a dimensão da quantidade de profissões que se tornaram obsoletas e do número a que se reduziu a quantidade de trabalhadores para diversas atividades.

Quem compra hoje jornal ou revista em jornaleiro?

Até mesmo o direito de propriedade está se transformando. A opção por aluguel de veículos elétricos disponíveis na rua para utilização por curto espaço de tempo por pessoas que já optam por não ter automóveis já é realidade na Europa, como já o é nos EUA o aluguel de veículo para mudanças *selfmade*.

Assim como o trabalho no campo está automatizado, boa parte da construção civil, leve ou pesada, se utiliza de máquinas e outras soluções tecnológicas que dispensam parte do trabalho humano.

Informações jurídicas e contábeis passo a passo, bem como programas para fazer contatos, cálculos e preencher formulários que antes não dispensariam profissionais habilitados são hoje uma realidade.

Com o aumento populacional, os problemas de inclusão educacional, o custo do trabalho e da proteção social frente à concorrência internacional por produtos e serviços cada vez mais baratos e a substituição gradativa do ser humano pela máquina, o século XXI registra, no atual momento, um quadro de desigualdade social e miserabilidade crescente, semelhante ao do fim do século XIX e início do século XX. Mas com uma diferença: a falta de vagas ou oportunidades de trabalho, suprimida pela automação, salários mais baixos, mas agora em razão da muita procura em relação à pouca oferta e o conseqüente desemprego estrutural, que resultou em grande parte nos trabalhadores informais e no desalento.

O mundo sofreu nova disrupção e está em xeque. E com ele, além do princípio do não retrocesso social no patamar civilizatório alcançado, também são colocados à prova os princípios basilares sobre os quais foram erigidas as bases da regulação

trabalhista: a proteção do trabalhador; a continuidade do contrato de trabalho; a nulidade das alterações prejudiciais e a greve como meio de reivindicação de melhores condições de trabalho.

Com efeito, a divisão do trabalho avançou para a fragmentação empresarial no próprio processo produtivo e no tempo de trabalho à disposição. Os contratos por prazo indeterminado e em tempo integral cederam terreno para os de curta duração, para os contratos em tempo parcial e para os contratos intermitentes. O teletrabalho e a terceirização deslocaram o trabalhador do ambiente produtivo centralizado. Os sindicatos, quer pela automação, quer pelo ambiente fragmentado, quer por dificuldades de comunicação com os trabalhadores e, no Brasil, de convencimento para a participação na vida sindical, desprezados até a extinção da contribuição obrigatória, já não conseguem reunir trabalhadores para mobilizações.

Num cenário como esse, surgem três iniciativas interessantes: a renda mínima universal (Universal Basic Income), destinada a uma distribuição de renda que tire grande parte da população carente e desempregada da miséria e permita, em contrapartida, a circulação da moeda; a Job Guarantee (garantia de trabalho) para os desempregados, mediante a produção estatal de moeda própria para fazer frente aos gastos necessários para a contratação de toda e qualquer pessoa desempregada, sem que haja a necessidade de aumentar impostos ou contrair empréstimos financeiros e a concessão de trabalho pelo Estado.

Evidentemente, são paliativos de efeitos imediatos, posto que combatem a miséria e dão alento a desempregados estruturais e desalentados. O investimento global em educação, com substituição do *lifelong learning* estático pelo *onlearning* e em novas ideias e políticas públicas que gerem oportunidades a médio e longo prazos, a exemplo do investimento e inserção de trabalhadores na economia verde, é o caminho, no momento, viável.

As transformações de mercado não atingiram apenas os trabalhadores subordinados. Os trabalhadores autônomos e cooperados não têm mais as oportunidades que tinham no passado diante da concorrência e da estrutura organizacional das corporações para as quais podem prestar serviços e essa estrutura tornou-se tão invariável, que fez surgir uma nova classe de trabalhadores, que podem ser chamados de colaborativos, parassubordinados ou associados. São trabalhadores que, com relativa autonomia, trabalham como parceiros em organizações que detêm estrutura com regras operacionais rígidas, auferindo renda próxima do assalariado.

Disso resulta que os trabalhadores autônomos e os colaborativos de agora necessitam de uma proteção social que era inimaginável no passado, sobressaindo assim a importância da teoria das esferas de proteção.

Sobreveio a pandemia da COVID-19, que expôs a fragilidade do mercado, agregando aos já afetados pelo desemprego estrutural os atingidos pelo desemprego conjuntural. Os micro e pequenos empresários e os trabalhadores informais necessitaram de ajuda governamental. Os demais trabalhadores tiveram os salários momentaneamente reduzidos. E os trabalhadores autônomos e colaborativos, incluindo os entregadores avulsos e os que laboram mediante plataformas digitais, seguem socialmente desprotegidos.

Na pandemia, o teletrabalho terminou se instalando como opção relativamente vantajosa para a empresa e trabalhadores, mas, além de estar inserido no quadro geral das dificuldades do mercado, tem aplicação restrita ao trabalho intelectual.

Conforme relatório do FMI, com a pandemia, aproximadamente 90 milhões de pessoas em todo o mundo desceram para a faixa de miséria extrema, pelo que haverá uma retomada desigual e incerta e a perspectiva de um crescimento pífio do PIB brasileiro nos próximos anos e assim mesmo inferior ao de muitos países em desenvolvimento e emergentes, pela falta de investimento em educação, cultura, ciência e tecnologia.

Como o país conciliará a recuperação econômica e a geração de empregos no *pós-pandemia* enseja uma resposta inovadora, racional, célere e adequada às peculiaridades brasileiras, mediante parcerias entre entidades privadas e o Estado, que precisa exercer o protagonismo e assumir o seu papel.

O XI CONGRESSO INTERNACIONAL DA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO DO TRABALHO tem, como temática central, o questionamento sobre A PROTEÇÃO SOCIAL NA ENCRUZILHADA e parceria com a FACULDADE DE DIREITO DE SEVILHA, na Espanha, local de realização deste evento.

Considerando o atual quadro de pandemia, o Congresso adota a forma híbrida (presencial e virtual), reunindo os membros brasileiros e os correspondentes estrangeiros da ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO DO TRABALHO, na busca por reflexões e proposições que possam ser levadas ao mundo acadêmico e ao setor político.

Essas reflexões e proposições compõem a coleção dos trabalhos científicos publicados no contexto deste importante congresso internacional.

Nossos agradecimentos aos valorosos participantes, nacionais e estrangeiros, que têm emprestado seu saber e se dedicado à investigação dos fenômenos jurídicos trabalhistas, prestigiando e enriquecendo cada vez mais a nossa conceituada academia.

Alexandre Agra Belmonte
Presidente da Academia Brasileira de Direito do Trabalho

**PROTEÇÃO SOCIAL E PANDEMIA:
RESPOSTAS LEGISLATIVAS PERANTE A VELHA
E A NOVA POBREZA**

PRINCIPIOS DE COORDINACIÓN DE LAS RENTAS MÍNIMAS EN LA UNIÓN EUROPEA

Prof. Dra. Thais Guerrero Padrón
Universidad de Cádiz

RESUMEN: Las rentas mínimas son prestaciones sociales diseñadas por cada Estado miembro asociadas al interés de afrontar el riesgo de pobreza y exclusión social de sus propios ciudadanos. Por sus características, la mayoría de estas prestaciones quedan incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004 como prestaciones especiales en metálico no contributivas, listadas en el Anexo X y con un régimen de coordinación peculiar. Tal es el caso del ingreso mínimo vital, nueva prestación de seguridad social española que reúne todas las condiciones materiales de las rentas mínimas para considerarse prestación especial no contributiva. No obstante, su falta de inclusión formal en el Anexo X puede conducir al absurdo de aplicarle el principio de exportabilidad, con todas sus consecuencias.

PALABRAS CLAVE: Renta mínima, prestación especial en metálico no contributiva, asistencia social, principio de igualdad de trato, principio de exportabilidad

ABSTRACT: Minimum incomes benefits are designed by each Member State to address the risk of poverty and social exclusion of its own citizens. Due to their characteristics, most of these benefits are included in the scope of application of Regulation 883/2004 as special non-contributory economic benefits, listed in Annex X and with a special coordination regime. Such is the case of the new minimum income benefit of the Spanish Social Security, which meets all the material conditions of minimum living income to be considered as a special non-contributory benefit. However, its lack of formal inclusion in Annex X could lead to the absurd of applying the principle of exportability to it, with all its consequences.

KEY WORDS: Minimum income, special non-contributory cash benefit, social assistance, principle of equal treatment, principle of exportability

ÍNDICE: 1 Fundamento de las rentas mínimas en el derecho de la Unión Europea. 2 Las rentas mínimas de los países miembros: elementos comunes y suplementarios. 3 Libre circulación, coordinación de seguridad social y residencia. 4 Asistencia social vs seguridad social. 5 Prestaciones especiales no

contributivas. 6 Principios de coordinación y su aplicación a las rentas mínimas. 7 El ingreso mínimo vital español. 8 Conclusión.

INDEX: 1 Basis of minimum income benefits in European Union law. 2 Minimum income benefits of Member States: common and additional elements. 3 Freedom of movement, coordination of social security and residence. 4 Social assistance vs. social security. 5 Special non-contributory benefits. 6 Principles of coordination and their application to minimum income benefits. 7 The Spanish minimum living income benefit. 8 Conclusion

1. FUNDAMENTO DE LAS RENTAS MÍNIMAS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La política social comunitaria persigue, entre sus variados objetivos, la integración social y económica y el mantenimiento del nivel de renta de los ciudadanos. Ayudar a combatir la pobreza y favorecer la inclusión social a través de la reinserción en el sistema educativo o en el mercado laboral no son cuestiones novedosas en la política comunitaria (GARCÍA ROMERO, 1999, p.354).

Sin perjuicio de otros antecedentes, el fundamento de las rentas mínimas en la Unión Europea (UE) podría situarse hoy en el principio 14 del Pilar Europeo de Derechos Sociales¹, que bajo el título “Renta mínima” señala el derecho a unas prestaciones de renta mínima adecuadas que garanticen una vida digna a lo largo de todas las etapas de la vida para aquellos que carezcan de recursos suficientes; y en el caso de poder trabajar, esa prestación básica se combinaría con incentivos a la incorporación o reintegración en el mercado laboral.

La naturaleza de recomendación intrínseca al Pilar Europeo de Derechos Sociales impide que este instrumento pueda ser fuente de derechos y obligaciones jurídicamente exigibles para los ciudadanos y para los Estados de la UE. Matizando esta afirmación, la UE puede actuar en el ámbito de la lucha contra la exclusión social con fundamento en el art. 153.1 j) del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), pero no puede adoptar un instrumento jurídicamente vinculante, según se deduce del apartado 2.b) del mismo precepto.

No obstante, algunos autores defienden la adopción de un posible instrumento jurídico sobre la renta mínima en la UE (¿una directiva?) que reforzaría la convergencia en las estrategias nacionales de lucha contra la pobreza a través de la adopción de una estrategia común a unos sistemas de renta mínima resilientes. De la misma manera, este instrumento fomentaría la tantas veces aludida cohesión social en la Unión (VAN LANCKER et alii, 2020).

¹ RECOMENDACIÓN (UE) 2017/761 de la Comisión de 26 de abril de 2017.

2. LAS RENTAS MÍNIMAS DE LOS PAÍSES MIEMBROS: ELEMENTOS COMUNES Y SUPLEMENTARIOS

Bajo la convenida denominación “rentas mínimas” se halla un conjunto plural y heterogéneo de medidas en los países miembros de la UE, de difícil clasificación. No obstante, y a los efectos aquí perseguidos, es posible extraer algunos rasgos elementales identificativos de estas prestaciones que servirán de base para valorar con posterioridad si son prestaciones coordinadas en el sentido del Reglamento 883/2004 (AYALA CAÑÓN, 2000).

En términos generales, los Estados miembros conciben las rentas mínimas para afrontar o combatir el riesgo de pobreza en el propio país, entre sus ciudadanos, lo que justifica la exigencia de residencia legal previa en el mismo y, sobre todo, el mantenimiento de esa residencia para conservar el derecho. El riesgo de pobreza a veces va asociado a otras contingencias clásicas en los sistemas de seguridad social, como las cargas familiares, el estado de salud, la vejez o la situación de desempleo de los interesados.

Las rentas mínimas son prestaciones de carácter económico incluidas en los sistemas de protección social de los Estados miembros que, en sistemas predominantemente contributivos, suelen actuar como rentas vinculadas al mercado laboral, mientras que en los sistemas de tendencia universal se configuran como complementos no contributivos, a veces de carácter asistencial.

La condición de beneficiario también está influida por el modelo de seguridad social, siendo las opciones el individuo exclusivamente, o también el hogar como unidad de referencia, noción que rebasa el concepto de familia al poder incluir personas sin vínculos de parentesco que conviven en un mismo hogar.

Sobre las condiciones de acceso a este tipo de prestaciones, algunos sistemas omiten toda referencia a la nacionalidad, en tanto otros especifican diferenciando entre los propios nacionales y ciudadanos del espacio económico europeo, y los nacionales de terceros Estados (seleccionando, en su caso, los países de procedencia). La residencia legal en el país que reconoce y paga la prestación es un segundo requisito habitual, que igualmente condiciona el mantenimiento del derecho a permanecer residiendo en este país. A este respecto, varía la duración del período previo de residencia exigible según los Estados miembros. Por último, a veces se añade un requisito relativo a la edad del potencial beneficiario, según sea la finalidad de la propia medida (por ejemplo, jóvenes si son prestaciones asociadas a su inserción laboral).

La prestación suele consistir en la diferencia entre los ingresos efectivamente percibidos por el sujeto o la unidad beneficiaria y un nivel mínimo de ingresos. Dada la naturaleza intrínseca a las rentas mínimas, es requisito previo para conceder la pres-

tación valorar la situación de necesidad del interesado o de la unidad de convivencia a través de la comprobación de ingresos y/o recursos.

Por lo general, las rentas mínimas son sufragadas con cargo a los impuestos generales del Estado más que a través de cotizaciones sociales, sin perjuicio de otras vías de financiación cuando su gestión y aplicación queda circunscrita a entidades territoriales de inferior rango.

Finalmente, las rentas mínimas no se conciben como prestaciones económicas aisladas sino asociadas a otras medidas de inserción social, económica y laboral en el marco de un programa más amplio de lucha contra la pobreza y la exclusión social. Bajo esta configuración, las rentas mínimas actúan como último resorte del sistema de protección social. La disponibilidad para trabajar, la búsqueda activa de empleo, la participación en actividades educativas y formativas de inserción social, son algunas de las condiciones asociadas a las rentas mínimas con el claro objetivo de inclusión social y económica de sus beneficiarios.

Un ejemplo en España de renta mínima es el “ingreso mínimo vital” regulado por el Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo. Diversos ejemplos de este tipo de prestaciones se tratan en la jurisprudencia del TJUE².

3. LIBRE CIRCULACIÓN, COORDINACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL y RESIDENCIA

La libre circulación de personas es una de las libertades fundamentales en que se asienta la Unión Europea, en virtud de la cual los ciudadanos de la Unión (y del Espacio Económico Europeo y Suiza) tienen derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, sin ser discriminados por razón de la nacionalidad.

La libre circulación de personas no sería posible sin las normas de la UE sobre coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social (Reglamentos 883/2004 y 987/2009³), cuyo objeto es favorecer la libre movilidad de trabajadores y ciudadanos

² Entre otros, el “suplemento compensatorio” austríaco que se concede a los beneficiarios de una pensión de vejez, en caso de que su cuantía -más otros posibles ingresos que tenga el interesado- no superen un determinado importe de referencia (legalmente establecido) y siempre que tengan la residencia legal en Austria (Asunto Brey, C-140/12, sentencia de 19 de septiembre de 2013). Las “prestaciones del seguro básico para demandantes de empleo” de la legislación alemana (Asunto Alimanovic, C-67/14, sentencia de 15 de septiembre de 2015) y El “complemento de ingresos” británico que se otorga a distintas categorías de personas en función de los recursos de que dispongan, siendo uno de los requisitos para su concesión que los ingresos del beneficiario no superen el importe aplicable establecido (Asunto Saint Prix, C -507/12, sentencia de 19 de junio de 2014).

³ Reglamento (CE)883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social y Reglamento (CE) 987/2009 del Parlamento Europeo

comunitarios en el interior de la Unión, sin que las normas de seguridad social de cada Estado supongan un obstáculo para ello, garantizando, por tanto, la adquisición y el mantenimiento de derechos de seguridad social en caso de traslado a otro Estado miembro.

El Reglamento de coordinación se aplica a los ciudadanos de la UE que estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias (art. 2). Estas normas se hacen extensivas a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro, que a causa de su nacionalidad no estuvieran incluidas en el ámbito del Reglamento 883/2004⁴, aunque con una importante limitación: no se garantiza a los nacionales extracomunitarios la igualdad de trato en el acceso al sistema de la Seguridad Social porque carecen del derecho de libre circulación y están sometidas a la legislación nacional de extranjería. En cambio, los ciudadanos de la UE tienen reconocido aquel derecho, lo cual impide la existencia de situaciones de irregularidad (ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, 2017, p. 59).

Con todo, el derecho de libre circulación para los ciudadanos comunitarios no es un derecho absoluto, sino que puede estar sujeto a las condiciones y limitaciones previstas en la normativa comunitaria, como previene el art. 21 TFUE. De hecho, la Directiva 2004/38 que regula el derecho de residencia⁵, va a ser una fuente importante de limitaciones al ejercicio de la libre circulación (GUERRERO PADRÓN, 2018). Esta Directiva precisa las condiciones de adquisición del derecho de residencia en el país de acogida y lo conecta con el derecho a percibir prestaciones de asistencia social en el mismo.

En el supuesto de personas económicamente inactivas (las más proclives a solicitar rentas mínimas) una vez superados los tres primeros meses de residencia, la titularidad del derecho de residencia se condiciona a disponer de un seguro de enfermedad completo y de recursos suficientes para subvenir a las necesidades propias y de sus familiares. La justificación de tales requisitos consiste en garantizar que el ciudadano y sus familiares tengan autonomía financiera (particularmente en el plano médico asistencial) durante su período de residencia para no depender de la asistencia

y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

⁴ Reglamento 1231/2010 de 24 de noviembre de 2010, por el que se amplía la aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004 y el Reglamento (CE) n.º 987/2009 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos.

⁵ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

social del Estado miembro de acogida. El incumplimiento, en su caso, de esas exigencias legitimaría al Estado de residencia para restringir el acceso a prestaciones de asistencia social a esas personas (art. 24.2 de la Directiva 2004/38).

4. ASISTENCIA SOCIAL vs SEGURIDAD SOCIAL

La tendencia hacia la universalización de los sistemas de protección social entendida como atención globalizada de todos los ciudadanos y financiación pública progresiva de las prestaciones sociales a través de los presupuestos generales, vierten nuevas dificultades en el intento de deslindar los conceptos de seguridad social y asistencia social. Cuestión de especial relevancia cuando se trata sobre las rentas mínimas.

Tanto la Directiva de residencia como el Reglamento de coordinación de seguridad social se refieren a la asistencia social: la primera, con un evidente afán protector (impedir que el beneficiario del derecho de residencia se convierta en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida) y, el segundo, para excluirla expresamente de su ámbito material, en el que, en cambio, entran las prestaciones no contributivas de seguridad social y otras con un régimen jurídico particular denominadas “especiales en metálico no contributivas” (arts. 3 y 70 del Reglamento 883/2004).

Reiteradamente el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) ha señalado que las nociones de asistencia social y seguridad social tienen contenido y alcance comunitarios. Por tanto, la identificación de una prestación no depende de que sea calificada como asistencia social o seguridad social por la legislación nacional⁶, sino que lo decisivo son sus elementos constitutivos y la finalidad que persigue⁷.

De este modo, una prestación podrá considerarse como prestación de seguridad social en la medida que, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, se conceda a sus beneficiarios en función de una situación legalmente definida y se refiera a alguno de los riesgos expresamente enumerados por el Reglamento de coordinación en su artículo 3.1⁸.

Añade el TJUE que el concepto de asistencia social de la Directiva 2004/38 no se identifica con las prestaciones de asistencia social del Reglamento de coordinación, sino que adquiere un sentido extensivo al abarcar “todos los regímenes de ayudas establecidos por autoridades públicas, sea a escala nacional, regional o local, a los

⁶ Asunto Fossi, 79/76, sentencia de 31 de marzo de 1977; asunto Guillard, 9/78, sentencia de 6 de julio de 1978; asunto Toia, 237/78, sentencia de 12 de julio de 1979

⁷ Asunto Hughes, C-78/91, sentencia de 16 de julio de 1992.

⁸ Asunto Hoeckx, C-249/83, sentencia de 27 de marzo de 1985.

que recurre un individuo que no dispone de recursos suficientes para sus necesidades básicas y las de los miembros de su familia y que, por ello, puede convertirse, durante su estancia, en una carga para las finanzas públicas del Estado miembro de acogida, que pueda tener consecuencias para el nivel global de la ayuda que puede conceder dicho Estado”⁹.

Bajo esta interpretación, el TJUE considera que las prestaciones no contributivas y las “especiales” del art. 70 del Reglamento de coordinación son prestaciones de asistencia social a efectos de la Directiva 2004/38. Consideración que puede extenderse a las prestaciones no contributivas de Seguridad Social españolas, singularmente el nuevo ingreso mínimo vital.

5. PRESTACIONES ESPECIALES NO CONTRIBUTIVAS

Salvo excepciones, la mayoría de las rentas mínimas podrían considerarse prestaciones incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004 y, como tales, sujetas a los principios de coordinación. Por sus notas configuradoras, las rentas mínimas son asimilables a las prestaciones no contributivas y particularmente a las prestaciones especiales en metálico no contributivas que regula el art. 70 del citado Reglamento.

El art. 70 no interfiere en los requisitos materiales, las condiciones de acceso y la extensión de la cobertura de estas prestaciones especiales, que en cualquier caso competen a cada Estado miembro, sino que aborda otros aspectos¹⁰.

De este modo, el citado precepto destaca la naturaleza híbrida de estas prestaciones: *asistencial* en su propósito de garantizar unos ingresos mínimos de subsistencia conforme al nivel económico social del país miembro de que se trate, y de *seguridad social* porque ofrecen una protección adicional, complementaria o sustitutoria de los riesgos cubiertos por las ramas de seguridad social integradas en el ámbito material del propio Reglamento (art. 3), o bien porque ofrecen una protección específica a personas con discapacidad en estrecha vinculación con el contexto social de cada una de esas personas en el país. Reforzando su naturaleza no contributiva, el reconocimiento y concesión de tales prestaciones no depende de cotizaciones previas del beneficiario, y su financiación procede exclusivamente de la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general. Para completar la caracterización de estas prestaciones, es preceptivo que el Estado miembro las notifique para su inclusión en el Anexo X del Reglamento 883/2004.

⁹ Asunto Brey, C-140/12, sentencia de 19 de septiembre de 2013 y Asunto García Nieto, C-299/2014, sentencia de 25 de febrero de 2016.

¹⁰ Asunto Dano, C-333/13, sentencia de 11 de noviembre de 2014.

Cada Estado miembro ha identificado las prestaciones “especiales y no contributivas” en su propio sistema de seguridad social que participan de los rasgos mencionados, habiendo quedado incluidas en el citado Anexo X como un *numerus clausus*. La lectura del Anexo X en combinación con la jurisprudencia comunitaria resulta muy ilustrativa de cómo la mayoría de los países han comunicado sus prestaciones de rentas mínimas para la incorporación en tan singular listado. Debe entenderse que, a los efectos del mismo, fuera del Anexo X no hay prestaciones que tengan esta consideración (SANCHEZ-RODAS, 2006, p. 124).

En coherencia, estas prestaciones son reconocidas en todo caso por el Estado miembro de residencia y de conformidad con su legislación, siendo facilitadas y sufragadas por la institución del lugar de residencia.

Singularidad destacable de estas prestaciones por su naturaleza y objetivos es que no se les aplica el principio de exportabilidad, de modo que el cambio de residencia del beneficiario a otro país miembro, una vez reconocida la prestación, impide disfrutarla en el otro Estado de asentamiento.

6. PRINCIPIOS DE COORDINACIÓN Y SU APLICACIÓN A LAS RENTAS MÍNIMAS

Los sistemas de seguridad social nacionales son competencia exclusiva de cada Estado miembro, obedeciendo su diseño y contenido a su idiosincrasia cultural, política, económica, social y laboral. Al respecto, la función del derecho de la UE consiste en fijar mecanismos de coordinación de las legislaciones nacionales con el propósito de sortear los obstáculos que se opongan a la libre movilidad de ciudadanos comunitarios y sus familiares por el territorio de la Unión, facilitando a quienes ejercen la libertad de circulación la adquisición y conservación de los derechos de seguridad social.

La coordinación se basa esencialmente en cuatro principios contemplados en el propio Reglamento 883/2004. Principio de igualdad de trato con los propios nacionales del país de acogida (art. 4). Principio de totalización de los períodos de seguro, empleo, actividad por cuenta propia o residencia para la adquisición, conservación o recuperación de las prestaciones (art. 6). Principio de exportabilidad de las prestaciones económicas, sin que el cambio de residencia del beneficiario de un Estado miembro a otro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora implique la reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación de la prestación (art. 7). Y principio de aplicación de la legislación de un único Estado miembro (art. 11).

La singular naturaleza mixta de las prestaciones reguladas en el art. 70 del Reglamento 883/2004 justifica que se les aplique un sistema de coordinación diferente.

- Principio de exportabilidad de las prestaciones de seguridad social

De ordinario y a causa de la finalidad asistencial que las inspira, las prestaciones no contributivas son *de hecho* inexportables (GONZALO GONZÁLEZ, 1995, p. 62). En la coordinación de las prestaciones especiales en metálico no contributivas la inexportabilidad está legalmente reconocida (art. 70.3 del Reglamento 883/2004) y como tal excepción debe interpretarse restrictivamente.

Ha quedado de manifiesto que las prestaciones del art. 70 son fácilmente identificables con las rentas mínimas previstas en los Estados miembros. En este sentido, sirven a una política de protección estructural de la sociedad del país en que se implantan mediante la atención de las personas vulnerables que en un determinado momento quedan expuestas al riesgo de pobreza y exclusión social, sea por motivos de edad, discapacidad, cargas familiares o pérdida del empleo. La posibilidad de disfrutar las prestaciones especiales no contributivas en otro Estado diferente con motivo de un hipotético cambio de residencia iría en contra de su propia naturaleza; no en vano se reconoce que son prestaciones vinculadas al contexto económico y social del interesado (considerando nº 16 del Reglamento 883/2004), es decir, a la sociedad concreta de la que forma parte y no otra. La imposibilidad de exportar las prestaciones especiales no contributivas se asocia necesariamente al reconocimiento de la igualdad de trato en el Estado de residencia.

Algún autor ha destacado que esta excepción constituye en la actualidad un auténtico reto de futuro en la progresiva coordinación de los sistemas de seguridad social (FERNÁNDEZ ORRICO, 2006, p. 48), observación que exigiría, a nuestro entender, un cambio de percepción del problema de la pobreza para tratarlo desde una perspectiva predominantemente global, con las evidentes dificultades que ello comporta.

- Principio de totalización de períodos de residencia

El carácter no contributivo de las prestaciones especiales del art. 70 explica la exigencia de requisitos de carácter universal para su concesión, como la residencia legal en el país durante determinado período previo a la formulación de la solicitud.

Ninguna singularidad señala su régimen jurídico acerca del principio de totalización, de modo que la satisfacción de este requisito puede entenderse cumplida en cualquier Estado miembro cuando el beneficiario haya ejercido la libre circulación y no haya completado en el Estado de acogida el período de residencia previo prescrito por la norma reguladora de la prestación (SCHULER, 2015).

- Principio de aplicación de una única legislación

El perfil de persona inactiva económicamente o que realiza actividades marginales con escasa o nula significación económica encaja a la perfección en las prestaciones especiales no contributivas. En este caso, la legislación aplicable sería la del Estado de residencia (art. 11.3 “e” del Reglamento 883/2004), aspecto que igualmente sintoniza con las características comunes de las rentas mínimas.

El término “residencia” tiene contenido y alcance comunitario, siendo irrelevante al respecto las definiciones de las legislaciones nacionales. Según el Reglamento de coordinación de seguridad social, la “residencia” alude al lugar en que una persona reside habitualmente, en tanto la “estancia” es la residencia temporal (arts 1.j) y k)). Así concebida la residencia, denota una idea de permanencia en el tiempo propicia a constituir un vínculo auténtico entre el ciudadano y el Estado en cuestión. En las situaciones en las que la determinación de la residencia sea confusa por existir más de una posibilidad, se acudirá a otros elementos que contribuyan a discernir cuál es el centro de intereses del individuo (siguiendo las pautas del art. 11 del Reglamento 987/2009 de aplicación).

El sentido que la “residencia” tiene en el Reglamento de coordinación es diferente, aunque complementario, del utilizado en la Directiva 2004/38, que distingue entre situaciones de residencia temporal y permanente. Para la Directiva, la residencia puede ser un derecho que adquiere el que ejercita la libre circulación cuando observa las condiciones previstas en la propia norma en el sentido dado por la jurisprudencia del TJUE.

- Principio de igualdad de trato y no discriminación por nacionalidad

Este principio inspira la legislación de la UE desde sus orígenes. En el ámbito concreto que analizamos, supone aplicar la normativa de seguridad social del país de acogida (derechos y obligaciones) a los nacionales de otros Estados miembros que, en ejercicio de la libertad de circulación, se encuentren residiendo en ese Estado, como si de los propios nacionales se tratase. Regulado en el art. 4 del Reglamento de coordinación, también encuentra expresión en la Directiva de residencia (art. 24.1).

El principio de igualdad de trato se aplica a los ciudadanos económicamente inactivos –potenciales beneficiarios de las rentas mínimas- que cumplen las condiciones para residir temporalmente en el Estado miembro de acogida, lo que significa que pueden solicitar prestaciones de asistencia social en igualdad de condiciones con los nacionales del país de acogida.

Es clásica la subordinación del beneficio de la igualdad de trato al derecho de residencia, lo que históricamente ha obedecido a preocupaciones financieras (PERRIN, 1981, p. 180) y aún hoy se advierte cuando se condiciona el derecho de resi-

dencia del ciudadano económicamente inactivo a disponer, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes y de un seguro completo de enfermedad (art. 7.1 b) de la Directiva 2004/38). En estas circunstancias, si solicitara una prestación de asistencia social, el Estado de acogida le trataría de la misma manera que a sus propios nacionales, es decir, reconociendo y haciendo efectiva la prestación si cumple los requisitos legales.

El problema es que haya dejado de reunir las condiciones para residir en el país de acogida -esencialmente disponer de recursos suficientes- y solicite esa prestación. Aun estando en una evidente situación de necesidad, el Estado de residencia estaría legitimado para rechazar su petición en los términos del art. 24.2 de la Directiva 2004/38¹¹, precisamente para evitar que tales personas que ejercen la libre circulación se conviertan en una carga excesiva e injustificable para sus recursos sociales (asistencia social) durante su período de residencia; interés, igualmente, por preservar el equilibrio financiero del sistema nacional de la seguridad social. Es decir, se facilita la libre circulación siempre que las personas beneficiarias del derecho de residencia no supongan un estatus de onerosidad para el Estado miembro de acogida.

La jurisprudencia comunitaria ha matizado esta excepción al principio de igualdad de trato de manera que no comporte en cualquier caso un rechazo automático de la prestación. A tales efectos, debe efectuarse un test de proporcionalidad para investigar las motivaciones o evaluar el grado de integración o vinculación del individuo con el Estado de acogida y determinar si efectivamente supone o no una carga para los fondos dedicados a la asistencia social. En otro caso, se llegaría a la situación paradójica de que sólo tendrían derecho a la asistencia social (en los términos de la Directiva) personas migrantes con recursos suficientes, de tal manera que no estarían en situación de necesidad para solicitar este tipo de medidas.

La asimilación de las prestaciones no contributivas y de las prestaciones especiales del art. 70 del Reglamento de coordinación a las prestaciones de asistencia social de la Directiva 2004/38 realizada por el TJUE, tiene una consecuencia importante: supone una vía indirecta para aplicar la excepción al principio de igualdad de trato a estas concretas prestaciones que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento de coordinación.

¹¹ Art. 24.2 de la Directiva 2004/38: "No obstante lo dispuesto en el apartado 1, durante los primeros tres meses de residencia o, si procede, el período más largo establecido en la letra b) del apartado 4 del artículo 14, el Estado miembro de acogida no estará obligado a conceder el derecho a prestaciones de asistencia social, ni estará obligado, antes de la adquisición del derecho de residencia permanente, a conceder ayudas de manutención consistentes en becas o préstamos de estudios, incluidos los de formación profesional, a personas que no sean trabajadores por cuenta ajena o propia, personas que mantengan dicho estatuto o miembros de sus familias".

Precisamente se trata de una demanda clásica de algunos Estados miembros, planteada incluso ante el TJUE¹², que tomó la forma de propuesta de modificación del Reglamento 883/2004 en 2016¹³. En efecto, la propuesta de la Comisión incluía, entre otras medidas, incorporar al Reglamento de coordinación una evidente limitación a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión que no trabajan o están en búsqueda de empleo, a modo de excepción al principio de igualdad de trato, para permitir a los Estados miembros denegar solicitudes de prestaciones de seguridad social cuando los solicitantes no tuvieran derecho de residencia en el correspondiente Estado miembro conforme a las reglas establecidas en la Directiva 2004/38.

Se podría afirmar que la revisión de las normas comunitarias ha estado impulsada en parte por el temor de países miembros con mercados de trabajo estables, cifras de desempleo bajas y sistemas de protección social equilibrados, a ver comprometida su viabilidad económica futura como consecuencia de situaciones abusivas en el ámbito de la seguridad social (el denominado “turismo social”), ejercidas por ciudadanos procedentes de otros Estados miembros cuyos mercados de trabajo se muestran incapaces de absorber la demanda de empleo interna y, además, cuentan con sistemas de protección social más precarios o limitados (VERSCHUEREN, 2015).

7. EL INGRESO MÍNIMO VITAL ESPAÑOL

Recientemente en España se ha aprobado una nueva prestación de seguridad social no contributiva denominada “ingreso mínimo vital”¹⁴, de aplicación generalizada en el Estado español (GONZÁLEZ ORTEGA y BARCELÓN COBEDO, 2020). Hasta entonces, las rentas mínimas habían sido adoptadas por cada Comunidad Autónoma como medidas de asistencia social con fundamento en el art. 148.1.20 de la Constitución Española y aplicación limitada a su respectivo territorio (ESTÉVEZ GONZÁLEZ, 1998).

Aunque en el Derecho interno las prestaciones autonómicas tuvieran la consideración de asistencia social, a los efectos del Reglamento 883/2004 se han calificado como prestaciones especiales en metálico no contributivas (art. 70) porque garantizan unos ingresos mínimos de subsistencia respecto a la situación económica y social en la respectiva Comunidad Autónoma y se encuentran registradas en el último apartado del epígrafe “España” del Anexo X del citado Reglamento.

¹² Véase el Asunto Comisión c. Reino Unido, C-308/14, sentencia de 14 de julio de 2016.

¹³ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) n° 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004, Estrasburgo, 13.12.2016, COM (2016) 815 final, 2016/0397 (COD).

¹⁴ Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital.

Los principios de coordinación, particularmente el de igualdad de trato y el de totalización de los períodos de residencia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, rigen para las rentas mínimas autonómicas. En cambio, no les afecta el principio de exportabilidad como previene el art. 70.3 del Reglamento de coordinación, precisamente por ser prestaciones especiales en metálico no contributivas.

El ingreso mínimo vital es un derecho subjetivo perfecto, nominado “prestación de seguridad social” a nivel interno, que comparte con las prestaciones de asistencia social de las Comunidades Autónomas todas las características consustanciales a las rentas mínimas, en el sentido expuesto con anterioridad.

Cabe preguntarse cuál es la ubicación del ingreso mínimo vital en el Derecho de la UE, si entra en el ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004 y bajo la misma consideración que las rentas mínimas autonómicas. La norma reguladora de la prestación española no aborda estas cuestiones, como tampoco se ha comunicado la inclusión del ingreso mínimo vital en el Anexo X del citado Reglamento comunitario, lo que hubiera despejado cualquier duda (GUERRERO PADRÓN, 2020).

Entendemos que el ingreso mínimo vital cumple las condiciones para estar incluido en el Reglamento comunitario como prestación de seguridad social no contributiva o bien como “prestación especial en metálico no contributiva”. Las consecuencias prácticas de una u otra opciones son trascendentes, pues en el primer caso se aplicarían los principios de coordinación analizados sin excepción, en tanto que, en el segundo, conforme dicta el art. 70 del Reglamento, quedaría excluido el principio de exportabilidad.

Realizando un análisis de las características del ingreso mínimo vital al hilo de su regulación legal, defendemos abiertamente que el ingreso mínimo vital debería ser una prestación especial no contributiva, calificación a la que, no obstante, se opone su falta de inclusión en el Anexo X del Reglamento 883/2004.

El ingreso mínimo vital puede considerarse una prestación de naturaleza mixta, que cubriendo de forma principal el riesgo de pobreza y la exclusión social, guarda relación con varias de las contingencias del citado art. 3.1 del Reglamento de coordinación, lo que permite calificarla de prestación no contributiva de Seguridad Social *multirriesgos* (SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, 2021). Además, el ingreso mínimo vital está ligado al contexto socioeconómico de España, como se desprende del preámbulo del Real Decreto-Ley 20/2020, y su concesión está sujeta a prueba de ingresos. Haciendo honor a su denominación, está concebido para proporcionar a sus potenciales beneficiarios una cobertura económica a modo de ingreso mínimo de subsistencia. Esta prestación que es compatible con otras análogas concedidas por las Comunidades Autónomas, también es compatible con el trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia,

todo lo cual conduce a pensar que el ingreso mínimo vital puede tener un papel complementario y de mejoramiento en la economía familiar (unidad de convivencia) o personal en España. Por último, su financiación procede exclusivamente de las aportaciones del Estado al presupuesto de la seguridad social.

Como se ha señalado, la última condición para considerar que el ingreso mínimo vital es una prestación especial no contributiva consiste en que España lo haya identificado como tal y notificado en el Anexo X para su inclusión, junto a otras prestaciones anteriormente notificadas como las pensiones españolas de invalidez y jubilación en su modalidad no contributiva y las rentas mínimas de las Comunidades Autónomas. La inclusión en el Anexo X es un requisito de carácter formal de necesario cumplimiento por el Estado miembro interesado, que tiene como principal efecto justificar que se aplique un sistema de coordinación diferente a estas particulares prestaciones, dentro del previsto en el propio Reglamento 883/2004. De esta forma, siendo la regla general que los derechos a prestaciones de seguridad social no dependen del lugar de residencia del interesado, “no obstante, en determinados casos, especialmente por lo que respecta a las prestaciones especiales vinculadas al contexto económico y social del interesado, podría tenerse en cuenta su lugar de residencia” (Considerando núm. 16). De manera similar ocurre con respecto al principio de exportabilidad, que excepcionalmente deja de aplicarse a estas especiales prestaciones (Considerando núm. 37). En consecuencia, van a ser facilitadas únicamente por el Estado miembro de residencia conforme a su legislación, correspondiendo la gestión y abono a la Institución del lugar de residencia.

La falta de notificación de la prestación en el Anexo X la hace susceptible de ser exportable, al menos formalmente y según el juego de los principios de coordinación, algo que pugna enteramente con la naturaleza y objetivos que persigue esta renta mínima.

8. CONCLUSIÓN

El papel de las rentas mínimas como prestaciones que cubren el riesgo de pobreza y exclusión social de los ciudadanos en una sociedad determinada, queda comprometido en la aplicación de las reglas comunitarias.

Los ciudadanos económicamente inactivos son los principales perceptores de este tipo de prestaciones. De un lado, al ejercitar la libre circulación, el acceso a este nivel básico de protección social no se garantiza si dejan de reunir las condiciones para mantener el derecho de residencia, en esencia, disponer de recursos económicos suficientes para sí y los miembros de su familia, de manera que no pasen a ser una carga para la asistencia social del Estado de acogida.

Por otra parte, la probable calificación de las rentas mínimas como prestaciones especiales no contributivas en el contexto del Reglamento de coordinación de seguridad social, determina que las prestaciones se perciben sólo mientras el beneficiario reside en el país responsable de su abono, pues en tanto excepción al principio de exportabilidad, el cambio de residencia a otro Estado miembro no conlleva el derecho a mantener la prestación.

Limitaciones lógicas y coherentes con el objetivo de su concepción finalista.

BIBLIOGRAFÍA

- AYALA CAÑÓN, Luis, *Las rentas mínimas en la reestructuración de los estados de bienestar. Un análisis económico desde una perspectiva comparada*, CES, col. Estudios, nº 85, Madrid, 2000.
- ESTÉVEZ GONZÁLEZ, Carmen, *Las rentas mínimas autonómicas. Estudio de las normativas reguladoras y análisis jurídico de las prestaciones*, CES, col. Estudios, nº 63, Madrid, 1998.
- FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco Javier, “La coordinación de las prestaciones especiales no contributivas en los diversos Estados miembros de la Unión antes y después del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de Abril”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 64, 2006.
- GARCÍA ROMERO, M^a Belén, *Rentas mínimas garantizadas en la Unión Europea*, CES, col. Estudios, nº 83, Madrid, 1999.
- GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago y BARCELÓN COBEDO, Susana, *El ingreso mínimo vital (Comentarios al Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- GONZALO GONZÁLEZ, B., *Introducción al Derecho internacional español de seguridad social*, CES, col. Estudios, nº 16, Madrid, 1995.
- GUERRERO PADRÓN, Thais, “El derecho de residencia como factor limitativo del acceso a prestaciones de seguridad social”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, IUSTEL, núm. 49, 2018.
- GUERRERO PADRÓN, Thais, “Ingreso Mínimo Vital y nacionales británicos en España en tiempos del Brexit”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. V, nº2, 2020, p. 60-76.
- ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, Francisco Miguel, “El ámbito subjetivo en la coordinación de sistemas de seguridad social”, *Protección social en España, en la Unión Europea y en el Derecho internacional*, AA.VV., Laborum, 2017.
- PERRIN, Guy, “Los principios de seguridad social internacional”, *La seguridad social española y la adhesión a las Comunidades Europeas. Problemas de armonización y coordinación*, AA.VV.,

Monografías de seguridad social 1, Instituto de estudios de sanidad y seguridad social, Ministerio de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social, Madrid, 1981.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina, “El Ingreso Mínimo Vital a la luz del Derecho de la Unión Europea y de los convenios internacionales de Seguridad Social vigentes en España”, Cuadernos de Derecho Transnacional, marzo 2021, vol. 13, nº 1.

SANCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina, “Las Prestaciones No Contributivas y el Reglamento 883/2004”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 64, 2006.

SHULER, Rolf, *EU social Security Law. A commentary on EU Regulations 883/2004 and 987/2009*, AA.VV., C.H.BECK, Hart and Nomos, Germany, 2015.

VAN LANCKER, Anne, ARANGUIZ, Ane and VERSCHUEREN, Herwig. *Expert study on a binding EU framework on adequate national minimum income schemes: Making the case for an EU framework directive on minimum income*. Study commissioned by the European ANTI-POVERTY NETWORK (EAPN). October 2020.

VERSCHUEREN, Herwig, “Preventing “benefit tourism” in the EU: A narrow or broad interpretation of the possibilities offered by the ECJ in *Dano*?”, *Common Market Law Review*, vol. 52, nº 2, 2015.

AUXÍLIO EMERGENCIAL E BOLSA FAMÍLIA: GESTÃO E EFICIÊNCIA – UMA ANÁLISE A PARTIR DE SEU PAPEL NA DISTRIBUIÇÃO DE DIREITOS

José Claudio Monteiro de Brito Filho¹

RESUMO: Estudo que pretende discutir o auxílio emergencial distribuído durante a pandemia do novo coronavírus e o bolsa família, dois programas de distribuição de renda, com cunho assistencial, existentes no Brasil. Seu objetivo é verificar a validade desses programas a partir de uma perspectiva de que sejam eficientes e com boa gestão. A análise, na perspectiva metodológica, é filosófico-jurídica, servindo-se da literatura desses dois ramos do saber, além dos dados e do conjunto normativo que dão a dimensão dos dois programas. O principal resultado alcançado é a conclusão de que programas dessa natureza são importantes quando têm como objetivo a satisfação das condições materiais mínimas que cada indivíduo faz jus, mas devem ser geridos de forma que esse objetivo seja satisfeito.

PALAVRAS-CHAVE: Programas de transferência de renda: auxílio emergencial e bolsa família. Gestão e eficiência. Justiça distributiva.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Distribuição de direitos na perspectiva liberal e os programas de transferência de renda. 2. A assistência social e os programas de transferência de renda: bolsa família e auxílio emergencial. Conclusão. Referências.

Introdução

Os programas de transferência de renda têm sido manejados com frequência, no Brasil e no mundo, nos últimos tempos, no caso do Brasil, até por conta de problemas que existem em relação à pobreza e, mais recentemente, por conta das medidas adotadas durante a pandemia do novo coronavírus, que restringiram o

¹ Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará. Realizando Estágio Pós-Doutoral no Centro Universitário de Brasília. Titular da Cadeira nº 26 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (ABDT).

exercício da atividade econômica e criaram dificuldades para o exercício do trabalho, única fonte de renda dos que vivem do seu labor.

Eles vão mais além, todavia, tendo havido experiências de programas que visam melhorar a vida de todos, com o benefício sendo estendido a mais pessoas, como será mencionado mais adiante.

Já não há, então, embora ainda seja a razão preferencial, a ideia de que programas de transferência de renda destinam-se somente a situações excepcionais de privação extrema, caminhando essas medidas no sentido de terem uma participação mais efetiva em uma política de distribuição de direitos.

O objetivo deste estudo é verificar se essa ideia, a partir da análise de dois programas específicos, o bolsa família e o auxílio emergencial, ajusta-se em uma distribuição justa de direitos, e com que justificativa.

A discussão é relevante pela capacidade que tem de demonstrar se é possível encontrar uma sociedade mais harmônica a partir de medidas que sempre foram encaradas como pontuais e com um objetivo que se limitava aos beneficiários dos programas.

Para tanto, na perspectiva metodológica, será feita uma análise filosófico-jurídica, servindo-se essa da literatura desses dois ramos do saber para refletir a respeito dos dados e do conjunto normativo que dão a dimensão dos programas dessa natureza, com destaque para o bolsa família e para o auxílio emergencial, visando cumprir o objetivo geral. Quanto aos dados, deve-se registrar que se optou pelo uso de segunda mão, ou seja, a partir de outras análises, pois o importante em relação a eles são os números, publicamente conhecidos, e sua capacidade de proporcionar o panorama que se deseja evidenciar.

A propósito, deve ficar claro que este texto, que tem limites bem estabelecidos, não se prestará a analisar de forma completa os dois programas. Verificará, dentro do modelo em que foram estabelecidos e a partir de perspectiva filosófica que se entende natural, com base nas suas linhas básicas e resultados divulgados, sua validade para compor uma distribuição justa de direitos.

As referências filosóficas básicas são John Rawls, em *Uma teoria da justiça* (2008), que é o marco teórico do estudo, e Friedrich Hayek, em *O caminho para a servidão* (2014).

O texto será apresentado de forma simples. Depois desta introdução, apresenta-se um item de desenvolvimento, discutindo, na perspectiva filosófica, a temática proposta, continuando com uma discussão jurídica a respeito dos programas de transferência de renda, especialmente no Brasil, e seguindo, de imediato, para a conclusão.

A hipótese de trabalho é de que programas de transferência de renda como bolsa família e auxílio emergencial podem ser uma ferramenta eficaz para uma justa

distribuição de direitos, caso manejados de maneira eficaz e geridos de forma a que seus objetivos sejam alcançados, mas desde que estabelecidos de forma clara, com objetivos bem definidos e com finalidade que não somente atenda às necessidades de seus beneficiários diretos, mas de toda a sociedade.

1. Distribuição de direitos na perspectiva liberal e os programas de transferência de renda

Tem sido uma constante, na literatura, a discussão a respeito da necessidade de proteger as pessoas contra privações severas.

Optou-se, aqui, por repercutir a análise que é feita dentro do pensamento liberal por julgar-se que é a mais adequada a ser feita dentro de uma democracia liberal, como se pretende, no aspecto normativo, o Brasil – como será visto mais adiante – pensa Moraes (2015), embora a realidade deixe o país um pouco distante de algumas de suas bases.

De início, é preciso que se diga que isso acontece até no pensamento filosófico liberal, que defende a liberdade como único ideal político necessário para dar sustentação a uma distribuição justa de direitos, ou seja, em sua visão mais restritiva no tocante aos direitos de igualdade.²

É o que se verifica, por exemplo, nas palavras de Friedrich Hayek (2014), em *O caminho para a servidão*, obra em que, não obstante faça uma defesa ferrenha do liberalismo contra as formas totalitárias de organização da sociedade, e até contra uma forma mais suave de distribuição de direitos baseada na liberdade, que pode ser entendida como a social-democracia, rende-se, em dado momento, à necessidade de proteção material contra determinados eventos e condições.

A propósito, é possível lembrar que Hayek defende isso em 1944, antes da profunda ruptura que o liberalismo sofre com a publicação, em 1971, por Rawls, de sua teoria de justiça, o que será visto adiante, mas seu pensamento, caso comparado com as correntes hoje existentes, estaria afinado com o libertarianismo, corrente que está bem sintonizada com as ideias, por exemplo, de Nozick (2009).

Pois bem, Hayek, no livro citado, defende que a segurança econômica é, de certo modo, uma condição para a liberdade e, nesse sentido, defende duas formas de segurança: primeiro, contra a privação física extrema, a respeito do que já será tratado, e, em situações especiais, a segurança de um estilo de vida.

² Este texto curto não comporta explicações iniciais a respeito das teorias da justiça, nem, até, de duas de suas correntes, o libertarianismo e o liberalismo igualitário. Sugere-se a leitura, para dar mais clareza nesse aspecto, para os que se interessarem, do nosso livro **Justiça: temas de liberalismo igualitário** (2021).

A respeito da primeira forma, Hayek (2014, p. 156-157) entende que, em sociedade que atingiu determinado nível geral de riqueza, “[...] deve ser assegurado a todos um mínimo de alimentação, abrigo e roupas, o suficiente para cada pessoa se manter sã e poder trabalhar”.

Note-se que, aqui, Hayek não está, necessariamente, falando de um esquema de previdência social, com contrapartida em contribuições, até porque ele também defende essa possibilidade, no caso da ocorrência de riscos cobertos por um sistema de seguridade. No caso anterior, acredita-se, está claro que ele está defendendo como válida alguma forma de transferência de renda, independentemente de um seguro ou equivalente.

Dentro do pensamento liberal, todavia, isso vai ficar mais claro no pensamento de John Rawls que, em uma Teoria da Justiça (2008), apresenta a sua teoria da justiça como equidade.

Rawls, ao propor uma teoria de distribuição justa de direitos, embora diga ser forma de se opor ao utilitarismo, em verdade estava confrontando, também, o pensamento liberal como até então estruturado.

Fez isso com base em teoria de que propõe dois princípios para a distribuição dos direitos em uma sociedade bem-ordenada: o princípio das liberdades iguais e o princípio da diferença.

O primeiro, das liberdades iguais, defende que sejam concedidas a todos, em idênticas condições, as liberdades básicas mais importantes, só podendo ser restritas em norma de um sistema geral destas.

Já o segundo, que inclui a igualdade equitativa de oportunidades, e que é, realmente, inovador, tendo sido chamado de princípio da diferença, defende que a distribuição dos direitos decorrentes dos bens primários da renda e da riqueza leve em consideração as necessidades dos menos favorecidos.

Nessa perspectiva, Rawls defende o que se tem denominado de desigualdade controlada, em que o teto é tudo que as pessoas amealham licitamente, menos o que lhes cabe entregar ao Estado para redistribuição, e o piso, um mínimo de direitos que as pessoas necessitam para poder dar curso a seus projetos de vida, nem que seja, dignamente, sobreviver.

Não obstante esses direitos básicos sejam habitualmente identificados com os direitos sociais clássicos, como saúde, educação, trabalho, moradia, nada desautoriza que se pense em uma distribuição de renda diretamente, pois as pessoas precisam de alimentação, de vestuário, de dinheiro para transporte etc.

Assim pensa, por exemplo, Sandel (2005, p. 244), quando inclui o rendimento entre os direitos defendidos pelos liberais igualitários.

É que, para o cumprimento de qualquer projeto de vida, e para a existência de uma sociedade minimamente igualitária, é preciso dotar as pessoas de um mínimo de condições materiais, dentre elas uma renda básica que permita que os indivíduos, ao menos, sobrevivam com dignidade.

Programas de transferência de renda, então, desde que sejam estabelecidos para garantir uma distribuição mínima de direitos, são plenamente justificados pelo pensamento filosófico que melhor sustenta as democracias liberais. Note-se que as vantagens não param nas perspectivas individuais, pois uma sociedade igualitária é mais harmônica, até para que as pessoas tenham liberdade para definir e cumprir seus projetos de vida.

Visto isso, passa-se a discutir, no item a seguir, esses programas, com destaque para o Brasil, focando especialmente em dois: o bolsa família e o auxílio emergencial.

2. A assistência social e os programas de transferência de renda: bolsa família e auxílio emergencial

Inicia-se este item discutindo a natureza dos programas de transferência de renda no contexto da proteção contra os riscos sociais, pois é importante que se compreenda a razão de sua existência, ou, pelo menos, a razão primária.

Entendidos os riscos sociais como todo evento que impede ou dificulta a sobrevivência de indivíduo e dos que lhe são dependentes, como o desemprego, a doença, o acidente, a morte, a velhice e causas impeditivas de atividade geradora de renda, é importante compreender que os países, há muito tempo, já se ocupam de sua proteção.

A propósito, faz-se isso pensando não somente no que isso pode produzir individualmente a cada pessoa – ou família – beneficiada, mas também nos ganhos gerais para a coletividade, pelos impactos que os programas têm na economia e no dispêndio dos recursos públicos em outras áreas.

É o que pretende o Canadá ao adotar, na província de Ontário, um programa de renda básica universal, sem contrapartidas e em valores variáveis, por razões específicas, como deficiências ou o fato de o beneficiário estar ou não trabalhando, e que, espera o governo canadense, deva produzir efeitos positivos em saúde, moradia, educação e até na saúde mental da população (OUTRAS mídias, 2020).

No Brasil, desde 1988, o modelo adotado para a proteção contra os riscos sociais é o da seguridade social, com forte inspiração no liberalismo igualitário na forma de distribuição de direitos e na democracia liberal, como forma de organização do Estado e relacionamento entre poder político e respeito ao que se tem chamado de acordo básico da sociedade.

Com isso concorda Moraes (2015, p. 25-34), que acentua a existência de princípios como o da valorização do trabalho e da livre iniciativa e da redução das desigualdades, assim como os compromissos de se ter uma sociedade justa, com erradicação da pobreza e da promoção do bem de todos.

A seguridade social, por sua vez, é um sistema constituído com o objetivo de proporcionar os direitos à saúde, à previdência social e à assistência social, e que é financiado por toda a sociedade, de forma direta e indireta, como se verifica nos artigos 194 e 195 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

De todos esses direitos, o que é mais visto com maus olhos é a assistência social, por algumas razões, sendo a mais importante o fato de que seus benefícios são concedidos independentemente de contribuição, ao contrário, por exemplo, da previdência social.

O mais conhecido é o benefício de um salário mínimo mensal para pessoas com deficiência e a idosos que não tenham como prover o seu sustento ou tê-lo garantido pela família. Mas, embora seja o mais conhecido, não é o único, podendo ser instituídos outros programas de transferência de renda, como é o caso do bolsa família e do auxílio emergencial, objetos mais específicos desta análise, desde que haja, claro, previsão normativa e fonte de financiamento, uma vez que se trata de política social estatal.

E por que não são vistos com bons olhos? Porque a sociedade financia os programas e as pessoas que usufruem fazem isso independentemente de contribuição, embora, às vezes, com contrapartidas. Isso não deve ser visto como um problema, até porque decorre do modo como a sociedade se organiza e das bases que estabelece.

Em uma sociedade de cooperação, em que se pressupõe laços de solidariedade e que as pessoas tenham senso de justiça, todos contribuem, de alguma forma, para o cumprimento do projeto de vida de cada um, independentemente dos interesses, volitivos ou críticos,³ de que são feitos.

A distribuição dos encargos também é assim, devendo contribuir com mais os que tiveram mais sucesso – falando em termos de rendimento –, e isso é natural. O que importa é entender que todos devem ter reconhecidos em seu favor direitos básicos, independentemente do mérito moral de cada um e de sua parcela de redistribuição.

É claro que é preciso atentar para o problema dos *free riders* (caronas), o que, no caso dos programas de transferência de renda, deve ser feita com checagem das condições para o recebimento dos benefícios e, também, do cumprimento das condicionantes para permanência, evitando que participe quem não deve e a eternização dos participantes, salvo se isso continuar sendo necessário.

Tratando dos dois programas escolhidos, o bolsa família foi uma iniciativa, inicialmente, acertada do primeiro governo Lula da Silva, que aglutinou em um programa único

³ Ver, a respeito desses interesses, Dworkin, em **A virtude soberana** (2011, p. 291-329).

diversas iniciativas, especialmente, dos governos de Fernando Henrique Cardoso, com acréscimos, como se verifica do artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004, que instituiu o programa Bolsa Família.

Isso, além de ampliar o espectro de atuação desse programa de transferência de renda, trouxe a vantagem de ter uma operação centralizada. Trouxe desvantagens, também, como aconteceu com o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), ao menos no início, pois os públicos eram distintos, parcialmente e, por isso, um grupo das pessoas que usavam o PETI foram afetadas.⁴ A centralização, então, foi boa por um lado e, ruim, por outro.

Mas o que mais atrapalhou o Bolsa Família, um programa criado para combater a extrema pobreza, extremamente importante quando se pensa em uma distribuição justa de direitos, foi, durante determinados períodos, a não correção adequada do benefício, às vezes a menor, sendo insuficiente, às vezes a maior, com suspeitas de ser mais uma tentativa de estimular uma opção eleitoral específica; uma não fiscalização rígida das condicionantes; e o risco da dependência, até estimulando *free riders* e fraudes.⁵

Verifica-se, assim, que o que provavelmente falta é uma gestão adequada, evitando desperdícios, bem como deve ser evitado, o que é quase impossível, caso não tenha o governante e seus aliados uma visão de que se trata de algo público e de toda a comunidade, o uso eleitoral de programas dessa natureza, pelo desequilíbrio que causa à democracia e à alternância de poder, natural e próprio de uma república.

Ainda assim, é um programa importante, devendo ser considerado forma adequada de distribuição de um direito importante de igualdade, que é a renda, especialmente em país sempre em vias de desenvolvimento como é o Brasil. Para que se tenha ideia dos recursos distribuídos, o governo federal brasileiro (ECONOMIA UOL, 2020) estimou que em 2021 o Bolsa Família atenderia 15,2 milhões de famílias, com um desembolso de 34,8 bilhões de reais.

Não se deve, também, desprezar seus efeitos benéficos para a comunidade como um todo, pois a circulação dos recursos transferidos aumenta a produção e o consumo, gerando riqueza. É como concluem Cardoso, Domingues e Rocha (s/data).

Quanto ao auxílio emergencial, este foi criado em razão da pandemia do novo coronavírus, com o governo federal, mas principalmente estados-membros e municípios adotando medidas restritivas da atividade econômica, com prejuízos ao funcionamento das empresas, do trabalho dos empregados e das pessoas físicas que exercem seu labor com autonomia, o que acarretou sérios problemas de geração autônoma de renda.

⁴ Ver, a respeito, a primeira edição – agora está na 5ª, com acréscimos, alterações e, também, supressões no texto – do nosso **Trabalho Decente** (2004, p. 109-110).

⁵ Ver, a título de exemplo, BRASIL: Folha de SP (2006), BRASIL: G1 (2008) e Brasil: R7 (2019).

Está previsto na Lei nº 13.982/2020 em favor dos trabalhadores autônomos, por, pelo menos, três meses, sendo, em 2020, prorrogado por mais dois meses, nos termos do Decreto nº 10.412/2020. Em termos de custo, foi calculado, somente para esse período, um dispêndio de 254 bilhões de reais (FOLHA de SP, 2020), sendo, em cada parcela, gasto mais do que se gasta com o bolsa família em um ano inteiro, em um quantitativo de quase 54 milhões de beneficiários (BRASIL, 2020).

Em 2021, continuando a pandemia e as restrições às atividades econômicas, o auxílio foi retomado, como valores inferiores e escalonados, a todos os elegíveis para o auxílio em 2020 (CAIXA, 2021), até porque seria difícil imaginar o país continuando a manter o valor de R\$ 600,00 pago nas primeiras parcelas, pela sua clara incapacidade de pagamento, não só pela economia deteriorada dos anos antecedentes, com o agravamento da redução drástica da atividade produtiva em razão da pandemia da COVID-19.

Foi um programa exitoso, tendo aumentado a renda dos trabalhadores (G1, 2020), dando suporte à economia em momento de forte retração ocasionada pela paralisação de boa parte desta durante a pandemia, mas também proporcionou uma quantidade muito grande de fraudes (G1, 2021), o que deve ser evitado a todo custo, porque desvia recursos para quem não precisa e também porque gera descrédito.

De qualquer sorte, com essa breve análise, já é possível a conclusão.

Conclusão

Programas de transferência de renda, habitualmente tidos como medidas excepcionais, são formas de alcançar uma justa distribuição de direitos, especialmente se considerada a forma como estão instituídas as democracias liberais, que funcionam claramente melhor a partir das bases da concepção de justiça que se convencionou chamar de liberalismo igualitário, até para além do que se imagina, que é o de, somente, permitir uma mínima capacidade de sobrevivência das pessoas e dos que lhe são dependentes.

O que importa é que sejam estabelecidos com critério e gerenciados de forma a somente alcançar os que deles dependem e pelo tempo em que isto for necessário. É que, além de serem financiados por toda a coletividade, sem contrapartida, ou com poucas, são muito suscetíveis a tentativas de utilização sem motivação suficiente ou com desvios.

O Brasil, dentro do sistema de seguridade social que foi escolhido pela sociedade, implementa esses programas dentro do direito à assistência social, sendo exemplos, nos últimos tempos, o bolsa família e o auxílio emergencial durante a pandemia.

Esses programas são necessários para o projeto que o país tem de erradicação da pobreza e de garantir uma renda básica que permita às pessoas sobreviver, especialmente durante períodos de crise, como foi o caso do último, de magnitude sem igual em termos de distribuição de recursos, considerando programas similares.

Devem, pelo importante papel que têm, ser estimulados, embora circunscritos ao público necessário para o que programa pretende alcançar e com duração suficiente, considerando o programa e cada pessoa beneficiada, até porque significam um esforço considerável da sociedade em sua manutenção.

Nesse sentido, devem ser evitados a todo custo seu uso por *free riders* e, mais que isso, seu uso para a manutenção de projetos de poder político de grupos e pessoas determinadas, especialmente quando isto desvirtua a razão da existência dos programas e as condicionantes para a permanência das pessoas neles. No passado, houve denúncias a respeito disso em relação ao bolsa família, nada impedindo que isto ocorra em relação ao auxílio emergencial.

Isso, caso comprovado, deve ser rechaçado de forma enérgica. É a sociedade a financiadora desses programas, a um custo alto, só podendo sua manutenção ocorrer quando e enquanto cumprirem o importante papel de sustentar, como dito antes, uma justa distribuição de direitos fundamentais.

A propósito, e finalizando, é importante observar que os programas especialmente, embora de forma breve, analisados produzem efeitos para além do aumento da renda das famílias, no particular e no geral, sendo vantajosos para toda a comunidade, por gerar menos desigualdades e por colocar mais riqueza em circulação, o que estimula produção e consumo.

Referências

BRASIL. Portal da Transparência divulga lista de beneficiários do Auxílio Emergencial. **Controladoria-Geral da União**, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2020/06/portal-da-transparencia-divulga-lista-de-beneficiarios-do-auxilio-emergencial>. Acesso em: 27 jul. 2020.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Justiça**: temas de liberalismo igualitário. Brasília: Venturoli, 2021.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho decente**. São Paulo: LTr, 2004.

CAIXA. Auxílio Emergencial 2021: um suporte financeiro do Governo Federal para trabalhadores informais. **Caixa**, 2021. Disponível em: <https://www.caixa.gov.br/auxilio/auxilio2021/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 22 jul. 2021.

CARDOSO, Débora Freire; DOMINGUES, Edson Paulo; ROCHA, Gustavo de Britto. **Impactos do programa bolsa família na economia brasileira**. Disponível em: https://diamantina.cedeplar.ufmg.br/portal/download/diamantina-2016/404-688-1-RV_2016_10_09_00_56_36_907.pdf. Acesso em: 22.jul.2021.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

ECONOMIA UOL. Número de beneficiários do Bolsa Família deve aumentar em 2 milhões em 2021. **UOL**, 2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/08/31/numero-de-beneficiarios-do-bolsa-familia-deve-aumentar-em-2-milhoes-em-2021.htm>. Acesso em: 21 jul. 2021

FOLHA de SP. Custo do auxílio emergencial vai a R\$ 254 bi após prorrogação. **Jornal Folha de SP**, 1º de julho de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/07/custo-do-auxilio-emergencial-vai-a-r-254-bi-apos-prorrogacao.shtml>. Acesso em: 23 jul. 2020.

FOLHA de SP. Apenas 2.099 abrem mão de receber o Bolsa Família. **Folha UOL**, 2006. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1707200602.htm>. Acesso em: 21 jun. 2021.

G1. Lula rebate crítica de que aumento do Bolsa Família seja 'eleitoreiro'. **G1**, 2008. Disponível em: <https://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL618344-5601,00-LULA+REBATE+CRITICA+DE+QUE+AUMENTO+DO+BOLSA+FAMILIA+SEJA+ELEITOREIRO.html>. Acesso em: 21 jul. 2021.

G1. Auxílio Emergencial representa aumento de 24% na renda dos trabalhadores, diz estudo. **G1**, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/07/30/auxilio-emergencial-representa-aumento-de-24percent-na-renda-dos-trabalhadores-diz-estudo.ghtml>. Acesso em: 22 jul. 2021.

G1. PF faz operação em 6 estados contra fraudes no Auxílio Emergencial. **G1**, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2021/07/22/pf-faz-operacao-contrafraudes-no-auxilio-emergencial-em-6-estados.ghtml>. Acesso: 22 jul. 2021.

HAYEK, Friedrich A. **O caminho para a servidão**. Tradução de Marcelino Amaral. Lisboa: Edições 70, 2014.

MORAIS, Océlio de Jesús C. **Inclusão previdenciária: uma questão de justiça social**. São Paulo: LTr, 2015.

NOZICK, Robert. **Anarquia, estado e utopia**. Lisboa: Edições 70, 2009.

OUTRAS mídias. Ontário, no Canadá, adota renda básica universal. **Outras Mídias**, 2020. <https://outraspalavras.net/outrasmidias/ontario-no-canada-testa-renda-basica-universal/>. Acesso em: 22 jul. 2021.

R7. Suspeitas de fraude do Bolsa Família somam R\$2,25 bi, diz TCU. **Notícias R7**, 2019. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/suspeitas-de-fraude-do-bolsa-familia-somam-r-225-bi-diz-tcu-01092019>. Acesso em: 21 jul. 2021.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SANDEL, Michael J. **O liberalismo e os limites da justiça**. Tradução de Carlos E. Pacheco do Amaral. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

EL INGRESO MÍNIMO VITAL UN AÑO DESPUÉS DE SU IMPLANTACIÓN EN ESPAÑA

Guillermo Rodríguez Iniesta¹

RESUMEN: El Ingreso Mínimo Vital fue introducido en España por RD-ley 20/2020 dentro del sistema de Seguridad Social como una prestación no contributiva, que pretende prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas que viven solas o están integradas en una unidad de convivencia y carecen de recursos económicos para cubrir sus necesidades básicas. La voluntad de implantarla en el menor tiempo posible no ha tenido el éxito que se quería, de aquí que en poco más de un año haya sido objeto de sucesivas reformas, estando pendiente el debate de su tramitación como proyecto de ley y su desarrollo reglamentario.

PALABRAS CLAVE: Ingreso Mínimo Vital. Reformas

THE MINIMUM VITAL INCOME ONE YEAR AFTER ITS IMPLANTATION IN SPAIN

ABSTRACT: The Minimum Vital Income has been introduced in Spain by RD-law 20/2020 within the Social Security system as a non-contributory benefit, which aims to prevent the risk of poverty and social exclusion of people who live alone or are integrated in a unit of coexistence and lack basic economic resources to cover their basic needs. The desire to implement it in the shortest possible time has not been as successful as desired, hence, in just over a year it has undergone successive reforms, pending the debate on its processing as a bill and its regulatory development.

KEYWORDS: Minimum Living Income.Reforms

INDICE: 1. INTRODUCCIÓN. ASPECTOS CLAVE A DESTACAR. 2. LAS SUCESIVAS MODIFICACIONES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL INGRESO MÍNIMO VITAL. 3. USO ABUSIVO DE LA REMISIÓN A UN FUTURO REGLAMENTO DE DESARROLLO. 4. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES.

¹ Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Murcia. Magistrado (supl.) Tribunal Superior de Justicia de Murcia. Secretario General de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. Subdirector de la Revista Derecho de la Seguridad Social Laborum.

1. INTRODUCCIÓN. ASPECTOS CLAVE A DESTACAR

El RD-ley 20/2020, de 29 de mayo (LIMV) vino a incorporar al sistema de Seguridad Social, en su nivel no contributivo, una nueva prestación denominada Ingreso Mínimo Vital (IMV). Lo primero que pudo en su momento sorprender fue la utilización de este extraordinario instrumento jurídico y si el fin perseguido justificaba una legislación de urgencia para ello². Pues bien, el eje fundamental que se ofrece en el indicado RD-ley 20/2020, como justificación –apartado VI de la exposición de motivos- es que: *“El impacto económico y social que la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 está ejerciendo sobre las personas en situación de vulnerabilidad, y el riesgo de cronificación y aumento de la pobreza en el futuro si no se adoptan medidas con carácter inmediato, ponen de manifiesto la concurrencia de los motivos que justifican la extraordinaria y urgente necesidad de adoptar la norma reguladora del ingreso mínimo vital. Se entiende, qué si bien era necesario atajar la epidemia y evitar su propagación, también era preciso adoptar medidas de contenido económico y social para afrontar sus consecuencias sociales, especialmente en las personas más vulnerables. Y en este sentido se amplía el contenido de la acción protectora del sistema de Seguridad Social con una nueva prestación no contributiva.*

No debe olvidarse que junto a la crisis económica que hemos venido padeciendo desde hace varios años se ha unido la grave crisis sanitaria desde los primeros meses de 2020, que prosigue en 2021 y que ha intensificado y ampliado el problema existente. El dato oficial –al mes de mayo de 2021- refleja un panorama muy gris 3.781.250 personas paradas, de los cuales 1.579.779 son hombres y 2.201.471 mujeres, de ellos y por edades son los mayores de 45 años los más afectados ya que suponen un 1.906.540 personas, siendo el sector de los servicios el más preocupante por alcanzar a 2.656.712 personas³.

Se podría pensar (desde la protección al desempleo por la Seguridad Social) si la denominada Renta Activa de Inserción pudiera haber sido herramienta adecuada. Téngase en cuenta que la finalidad de la misma, no es otra que la de incrementar las oportunidades de retorno al mercado de trabajo de las personas trabajadoras desempleadas con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo⁴.

² Téngase en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de una motivación explícita y razonada para considerar válida esta opción normativa por parte de un gobierno, véase en este sentido –entre otras- la STC 189/2005, de 7 julio (FD. 3).

³ Ver <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/estadisticas/datos-avance/paro> (consultado en 22 de junio de 2021).

⁴ Normado por RD 1369/2006, de 24 de noviembre. Los colectivos a los que se dirige son: a) Personas desempleadas de larga duración; b) Personas con discapacidad; c) Personas emigrantes retornadas;

Para ello se establecen políticas activas de empleo gestionadas por los Servicios Públicos de Empleo con la finalidad de incrementar las oportunidades de retorno al mercado de trabajo, comprendiendo además una ayuda económica gestionada denominada Renta Activa de Inserción, vinculada a la realización de las acciones en materia de políticas activas de empleo que no conlleven retribuciones salariales. Como se puede apreciar dichas rentas se vinculan a situaciones de exclusión relacionadas con el trabajo, condicionando su disfrute a la realización de un itinerario laboral y con un marcado carácter temporal. No tienen pues un carácter universal, ni tampoco una duración indefinida. La mirada se podría trasladar al actual régimen de protección a la familia, pero tampoco es –actualmente– un instrumento hábil para dar una adecuada respuesta a las situaciones de necesidad vinculadas a la pobreza y exclusión social. Y finalmente los modelos autonómicos de rentas mínimas, con diseños tan heterogéneos y diversos grados de cobertura y protección y pese a su relevancia no han sido suficientes⁵.

y d) Víctimas de violencia de género o violencia doméstica. Para ser beneficiario de la ayuda económica Renta Activa de Inserción es preciso: a) estar desempleado o desempleada e inscrito o inscrita como demandante de empleo, mantener dicha inscripción durante todo el período de percepción de la prestación y suscribir el compromiso de actividad; b) Ser menor de 65 años; c) No tener ingresos mensuales propios superiores al 75 % del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias; d) Si tiene cónyuge y/o hijos menores de 26 años o mayores con discapacidad, o menores en acogida, se entenderá cumplido el requisito de carencia de rentas cuando la suma de las rentas de todos los integrantes de su unidad familiar así constituida, incluyéndole a usted, dividida por el número de miembros que la componen, no supera el 75 % del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias; y e) No haber sido beneficiario o beneficiaria de la renta activa de empleo en los 365 días naturales anteriores a la fecha de solicitud de admisión al programa, salvo en el caso de víctimas de violencia de género o víctimas de violencia doméstica y personas con discapacidad; ni tampoco haber sido beneficiario de tres derechos al programa de renta activa de inserción anteriores (véase su art. 2).

⁵ En este sentido véanse: 1) Andalucía: Decreto-ley 32017, de 19 diciembre, por el que se regula la Renta Mínima de Inserción Social; 2) Aragón: Decreto-ley 5/2020, de 29 junio, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la Prestación Aragonesa Complementaria de Ingreso Mínimo Vital y el Servicio Público Aragonés de Inclusión Social; 3) Asturias: Ley 4/2005, de 28 octubre, de Salario Social Básico; 4) Baleares: Decreto-ley 10/2020, de 12 junio, de prestaciones sociales de carácter económico de las Islas Baleares; 5) Canarias: Ley 1/2007, de 17 de enero, por la que se regula la Prestación Canaria de Inclusión; 6) Cantabria: Ley 2/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales; 7) Castilla-La Mancha: Ley 14/2010, de 16 diciembre, de servicios sociales de Castilla-La Mancha; 8) Castilla y León: Decreto-Legislativo, de 10 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de las normas legales vigentes en materia de condiciones de acceso y disfrute de la prestación de renta garantizada de ciudadanía de Castilla y León; 9) Cataluña: Ley 14/2017, de 20 julio, de la renta garantizada de ciudadanía; 10) Extremadura: Ley 5/2019, de 20 febrero, Renta Extremeña Garantizada; 11) Galicia: Ley 10/2013, de 27 noviembre, de inclusión social de Galicia; 12) La Rioja: Ley 4/2017, de 28 de abril, por la que se regula la Renta de Ciudadanía de La Rioja; 13) Madrid: Ley 15/2001, de 27 diciembre, de Renta Mínima de Inserción en la Comunidad de Madrid; 14) Murcia: Ley 3/2007, de 16 de marzo,

La aprobación por Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, de la prestación del nivel ingreso mínimo vital ha supuesto un hito importante en la protección de nuestro sistema de Seguridad Social, con la finalidad de reducir la tasa de pobreza, la desigualdad y la exclusión social. Se marca como objetivo principal –exposición de motivos apartado III-: “... *garantizar, a través de la satisfacción de unas condiciones materiales mínimas, la participación plena de toda la ciudadanía en la vida social y económica, rompiendo el vínculo entre ausencia estructural de recursos y falta de acceso a oportunidades en los ámbitos laboral, educativo, o social de los individuos ...*”, es decir, lo que busca es la salida del individuo de la exclusión social y una plena inclusión, lo cual para unas personas se conseguirá con el acceso a oportunidades educativas, para otras con la incorporación al mercado de trabajo e incluso con soluciones sanitarias. En el diseño de la prestación además de tener en cuenta las prácticas internacionales, se ha tomado en consideración las líneas apuntadas por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal en su informe de 2018⁶ buscando evitar las conocidas como «trampas de pobreza» y que la existencia de una prestación o incentivo económico conlleve hacer desaparecer el objetivo de inclusión social y económica de quienes lo reciben, permitiendo incluso la compatibilidad de su percibo con ayudas sociales de las comunidades autónomas. Para ello, se requiere la complicidad, implicación y cooperación de las comunidades autónomas y entidades locales en el establecimiento y diseño de itinerarios de inclusión flexibles y adaptados a cada situación para los beneficiarios del ingreso mínimo vital, a las que se les invita insistentemente a lo largo de la norma, apostando por un modelo de gobernanza compartida.

La necesidad de implantar esta prestación, la voluntad de hacerlo de forma inmediata, ha llevado consigo que la norma presente numerosas deficiencias y por ello (Monereo Pérez, J. L., Rodríguez Iñiesta, Trillo García, 2021) nos encontramos con que :

- a) Su inicial régimen jurídico se ha visto modificado en sucesivas modificaciones.
- b) Un abuso en la remisión a un futuro desarrollo reglamentario con independencia de la inseguridad jurídica que ello supone, ha dificultado e imposibilitado su pleno desarrollo.
- c) Y un continuo cuestionamiento de la gestión de estas prestaciones y frustración del ciudadano ante el colapso de la Administración de la Seguridad Social.

de Renta Básica de Inserción de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; 15) Navarra: Ley Foral 15/2016, de 11 noviembre, por la que se regulan los derechos a la Inclusión Social y a la Renta Garantizada; 16) País Vasco: Ley 18/2008, de 23 de diciembre, para la Garantía de Ingresos y para la Inclusión Social; y 17) Valencia: Ley 19/2017, de 20 diciembre, renta valenciana de inclusión.

⁶ Ver nota 8.

2. LAS SUCESIVAS MODIFICACIONES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL INGRESO MÍNIMO VITAL

Como ya se ha dicho, la premura y cierta improvisación en su implantación han provocado numerosos problemas, en algunos casos irresolubles, en su aplicación y han supuesto en poco más de un año desde su entrada en vigor (1 de junio de 2020) que haya sido objeto de siete modificaciones por: Reales Decretos-leyes 25/2020, de 3 julio; 28/2020, de 22 septiembre; 30/2020, de 29 septiembre; Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de diciembre de 2020; 35/2020, de 24 de diciembre, 3/2021, de 2 de febrero y finalmente por Ley 10/2021, 11 julio.

Sin necesidad de analizar con detenimiento el contenido de las sucesivas reformas, sirva de ejemplo gráfico el siguiente cuadro resumen:

MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL RD-LEY 20/2020, DE 29 DE MAYO, POR EL QUE SE ESTABLECE EL INGRESO MÍNIMO VITAL		
ARTÍCULO	RÚBRICA	MODIFICACIONES
4	Beneficiarios	Apartado 1 por la DF. 5.1 RD-ley 30/2020.
		Nueva redacción dada por art. 3. Uno RD-ley 3/2021.
5	Titulares del ingreso mínimo vital	Apartado 2 modificado por DF. 5.2 RD-ley 30/2020.
		Apartado 1 modificado y supresión del 5 por RD-ley 3/2021.
6.	Unidad de convivencia	Nueva redacción por DF. 5.3 RD-ley 30/2020.
		Añade un párrafo al apartado 1; suprime apartados 2, 3, 6 y 7; y se renumeran los apartados 4 y 5 quedando como 2 y 3, por art. 3 RD-ley 3/2021.
6. bis	Situaciones especiales	Nuevo artículo añadido por art. 3.4 RD-ley 3/2021.
6. ter	Consideración del domicilio en supuestos especiales	Nuevo artículo añadido por art. 3.5 RD-ley 3/2021
6. quater	Convivientes sin vínculo de parentesco	Nuevo artículo añadido por art. 3.6 RD-ley 3/2021.
7	Requisitos de acceso	Apartados 1 y 2 por DF. 11.1 RD-28/2020.
		Apartado 2 modificado por DF. 5.4 RD-ley 30/2020.
		Apartado 2 modificado por DF. 11 Ley 10/2021, 9 julio
8	Situación de vulnerabilidad económica	Apartado 3 modificado por DF. 5.5 RD-Ley 30/2020.

MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL RD-LEY 20/2020, DE 29 DE MAYO, POR EL QUE SE ESTABLECE EL INGRESO MÍNIMO VITAL		
ARTÍCULO	RÚBRICA	MODIFICACIONES
10	Determinación de la cuantía	Apartado 2 modificado por DF. 5.6 RD-ley 30/2020
13	Modificación y actualización de la cuantía de la prestación	Apartados 1 y 2 modificados por DF. 5.7 RD-Ley 30/2020
14	Suspensión del derecho	Apartado 1 modificado por RD-ley 3/2021.
16	Incompatibilidad del ingreso mínimo vital con la asignación por hijo a cargo	Nueva redacción por DF. 5.8 RD-ley 30/2020.
19	Acreditación de los requisitos	Modificación de los apartados 4, 5, 6 y 7 y se añade un nuevo apartado 8 por disposición final 11.2 RD-ley 28/2020.
		Nuevos apartados 9 y 10 añadidos por art. 3.8 RD-ley 3/2021
19 bis	Obligación de comunicar a la entidad gestora de la prestación	Nuevo artículo añadido por art. 3.9 RD-ley 3/2021
20	Cesión de datos y confidencialidad de los mismos	Apartado 4 añadido por DF. 5.1 RD-ley 25/2020
25	Tramitación	Nueva redacción DF. 11.3 RD-ley 28/2020 (*a tener en cuenta DT. 4)
		Modificación apartado 3 por art. 3.10 RD-ley 3/2021.
29	Mecanismos de colaboración con otras administraciones	Nueva redacción dada por DF. 5.ª RD-ley 35/2020
30	Comisión de seguimiento del ingreso mínimo vital	Modificación del apartado 2 por art. 3.11 RD-ley 3/2021
31	Consejo consultivo del ingreso mínimo vital	Modificado apartado 2 por art. 3.12 del RD-ley 3/2021
33	Obligaciones de las personas beneficiarias	Nueva redacción dada por DF. 11.4 del RD-ley 28/2020.
33 bis	Obligación del Ayuntamiento de comunicar los cambios en el Padrón	Añadido por art. 3.13 del RD-ley 3/2021.
34	Infracciones y sujetos responsables	Modificación del apartado 3 por la DF. 5.9 RD-ley 30/2020
35	Sanciones	Nueva redacción dada por DF. 5.10 RD-ley 30/2020
DT. 1ª.	Prestaciones económicas transitorias de ingreso mínimo vital hasta 31 diciembre 2021	Nueva redacción por DF. 11.5 RD-ley 28/2020
		Párrafo añadido al apartado 3 por DF. 5.2 RD-ley 25/2020

MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL RD-LEY 20/2020, DE 29 DE MAYO, POR EL QUE SE ESTABLECE EL INGRESO MÍNIMO VITAL		
ARTÍCULO	RÚBRICA	MODIFICACIONES
DT. 2ª.	Presentación de solicitudes	Nueva redacción por DF. 11.6 RD-ley 28/2020
DT. 3ª	Régimen excepcional aplicable a las solicitudes cursadas por situación de carencia de rentas	Nueva redacción por DF. 5.11 RD-ley 30/2020
DT. 4ª	Régimen transitoria de aplicación de control financiero permanente, como única modalidad de control para el reconocimiento del derecho y de la obligación de los expedientes de la prestación no contributiva de ingresos mínimo vital	Ampliación del plazo de aplicación del régimen transitorio por Acuerdo del Consejo de Ministros de 9-12-2020. Resolución 16 de diciembre de 2020
DT. 7ª	Integración de la asignación por hijo o menor a cargo en el ingreso mínimo vital	Nueva redacción dada por DF. 5.12 RD-ley 30/2020
DT. 8ª.	Colaboración de las Entidades del Tercer Sector de Acción Social en la gestión de la prestación de Ingreso Mínimo Vital	Añadida por art. 3.14 RD-ley 3/2021

Es decir, las reformas han afectado:

- Al capítulo II -en su integridad- (arts.4 a 8 con inclusión de nuevos artículos 6 bis, ter y quater): beneficiarios; titulares de la prestación; unidad de convivencia y situaciones singulares, consideración de domicilio y convivientes sin vínculo de parentesco; y requisitos de acceso.
- Al capítulo III (arts. 10, 13, 24 16, 19, nuevo art. 19 bis y 20): determinación de la cuantía de la prestación; modificación y actualización de la cuantía; incompatibilidad de la prestación con la asignación por hijo o menor acogido; acreditación de los requisitos; obligación de comunicación de datos a la entidad gestora y cesión de datos y confidencialidad.
- Capítulo V (arts. 29, 30 y 31): tramitación de la prestación.
- Capítulo VII –en su integridad- (art.33 e incluyendo un nuevo art. 33 bis: obligaciones de los beneficiarios y de los ayuntamientos.
- Capítulo VIII (arts. 34 y 35): infracciones y sujetos responsables; y sanciones.
- Y a sus Disposiciones Transitorias 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 7ª y 8ª.

En algunos casos con auténticas contrarreformas, como es el caso del apartado 2 del art. 7 LIMV, que una nueva reforma del mismo llevada a cabo por la Ley 10/2021, de 9 de julio, devuelve a la situación anterior de su reforma por RD-ley 30/2020, quizás olvidando que con posterioridad al RD-ley 28/2020 había sido nuevamente objeto de una reforma.

Por otro lado, resulta discutible ese detallismo en el que se incurre en muchos de sus preceptos cada vez que los mismos son reformados, más propio de una norma reglamentaria que de una ley. Da la impresión que conforme van surgiendo problemas o controversias en la aplicación de la LIMV, se busque la solución acudiendo a un nuevo Real Decreto-ley que modifique el anterior, como si la realidad fuera en su plenitud aprehensible. En tal sentido, por ejemplo, véanse las modificaciones del art. 6 y la inclusión de nuevos arts. 6 bis, ter y quater en la LIMV en relación con los posibles domicilios, situaciones especiales y su acreditación.

Sorprende que se eleve a categoría de rango legal la forma de acreditar los diversos requisitos exigidos por el IMV⁷, y que ocurra como –por señalar un ejemplo–, que la identidad, que para el caso de los españoles mayores de 14 años, solo esté previsto hacerla mediante el documento nacional de identidad⁸ cuando hay otros documentos oficiales que permiten acreditarla.

No deja de ser curioso que, por ejemplo, para una pensión contributiva se pueda acreditar también con la presentación del pasaporte y que para el IMV no, o al menos no esté previsto (cosa que sin embargo para ciudadanos extranjeros sí).

Ese exasperante detallismo legal-reglamentario y su seguimiento estricto puede llevar a olvidar lo recogido en el art. 77.1 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas “*Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, cuya valoración se realizará de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.*”; o también lo dispuesto en

⁷ Art. 19 LIMV. Precepto modificado profundamente por la DF. 11.2 del RD-ley 28/2020, de 22 septiembre.

⁸ Art. 19.1 LIMV.

Por otro lado, téngase en cuenta lo dispuesto en el art. único. 1 del RD 522/2006, de 28 de abril, que dispone “*En los procedimientos cuya tramitación y resolución corresponda a la Administración General del Estado o a los organismos públicos vinculados o dependientes de aquélla, no se exigirá a efectos de comprobación de los datos de identificación personal, a quien tenga la condición de interesado, la aportación de fotocopias del Documento Nacional de Identidad.*

Lo dispuesto en el párrafo anterior será, asimismo, aplicable al documento acreditativo de la identidad o tarjeta equivalente de los extranjeros residentes en territorio español, expedido por las autoridades española de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.” Si bien y sobre su operatividad debe tenerse en cuenta su DF. 1.^a.

el art. 11.1 de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección a la seguridad ciudadana que dispone que *“El pasaporte español es un documento público, personal, individual e intransferible que, salvo prueba en contrario, acredita la identidad y nacionalidad de los ciudadanos españoles fuera de España, y dentro del territorio nacional, las mismas circunstancias de los españoles no residentes”*.

Como novedad a reseñar, el RD-ley 20/2020, de 29 de mayo nos anuncia una futura reorganización de las prestaciones no contributivas con la finalidad de una -apartado III de la exposición de motivos- *“focalización en colectivos particularmente vulnerables que contribuya a una mayor redistribución de la renta y riqueza en nuestro país”*. Comenzando por un eufemístico reajuste de “un pariente pobre” de nuestro sistema de Seguridad Social como es la protección familiar (Monereo Pérez, J. L. y Rodríguez Iniesta, 2016), que consistirá en –apartado III exposición de motivos- *“la eliminación de la prestación por hijo o menor a cargo sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33%”* con el objetivo, según se dice de *“evitar duplicidades de cara al ciudadano y en aras de una mayor efectividad de la política”*, aunque no se precisa o concreta en que consiste esa duplicidad de cara a ciudadano. No obstante, cuando luego se analiza de la norma, lo que hace es establecer la incompatibilidad en el percibo del ingreso mínimo vital con la asignación por hijo o menor acogido.

En el año 2021, el régimen jurídico del IMV ha sido objeto de dos nuevas modificaciones. La primera y muy relevante es la llevada a cabo por el RD-ley 3/2021, de 2 de febrero y la segunda es la introducida por la Ley 10/2021, 9 julio.

En relación con las razones que se invocan para justificar las reformas introducidas por el RD-ley 3/2021 está –según la exposición de motivos del mismo- en que resulta preciso llevar a cabo *“una serie de reformas imprescindibles en el ámbito de la prestación no contributiva de ingreso mínimo vital”*, puesto que desde su entrada en vigor (recuérdese el 1 de junio de 2020) se ha hecho evidente la necesidad de mejorar algunos aspectos de la misma para permitir que se dé cobertura al mayor número de personas y se puedan incluir algunas situaciones que, con la regulación actual, no se contemplan o no cuentan con una operativa que permita incorporarlas correctamente a la prestación.

Las reformas son de calado y afectan a:

- **Los sujetos beneficiarios.** Se amplía el ámbito de sujetos que puedan ser beneficiarios incluyendo a las personas que residan en establecimientos financiados con fondos privados, dado que en la redacción previa solo se extendía a establecimientos públicos. En su momento (ni tampoco en reforma anterior de este artículo) no se tuvo en cuenta que también hay personas en situación de exclusión social que están ingresadas en establecimientos privados.

- **Lostitulares de la prestación.** Se modifica parcialmente el precepto que lo normaba, en el sentido eliminar el límite de titulares del ingreso mínimo vital en una misma vivienda, con el fin de eliminar las barreras de acceso al mismo que han podido experimentar las personas usuarias de prestaciones de servicio residencial, así como de reconocer la realidad de personas en situación de vulnerabilidad que se agrupan en una misma vivienda con el fin exclusivo de compartir gastos.

- **La unidad de convivencia.** Se considera ahora relevante tener en cuenta en determinados casos especiales de empadronamiento, contemplados en la Resolución de 17 de febrero de 2020, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Autonómica y Local, por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre la gestión del Padrón municipal. En concreto, el caso del empadronamiento en establecimientos colectivos y el empadronamiento en infraviviendas y de personas sin domicilio. Este tipo de empadronamientos ponen de manifiesto una realidad, la de residencia en centros colectivos y el sinhogarismo o residencia en infraviviendas, que requieren una consideración especial y que difiere del régimen general de empadronamiento establecido en el artículo 19 del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo.

- **Situaciones especiales de beneficiarios.** Se permite que la unidad de convivencia se configure por el titular, por las personas unidas entre sí por vínculo matrimonial, como pareja de hecho, y, en su caso, con sus descendientes menores de edad hasta el primer grado de consanguinidad, afinidad, adopción o en virtud de régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción. En algunos supuestos se puede extender hasta el segundo grado.

- **Domicilio en supuestos especiales.** Se considera otro fenómeno que también afecta a los potenciales beneficiarios de la prestación como es la posibilidad de residir en un domicilio con personas con las que tuvieran vínculos propios de la unidad de convivencia, pero que esta convivencia se deba a una situación especial, tal como tener el carácter de mujer víctima de violencia de género, haber iniciado los trámites de separación, nulidad o divorcio, o de haberse instado la disolución de la pareja de hecho formalmente constituida, acompañada de menores en régimen de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente, o haber abandonado el domicilio por desahucio, o por haber quedado inhabitable por causa de accidente o fuerza mayor. Salvo en el supuesto de mujeres víctimas de violencia de género, la consideración de unidad de convivencia independiente tendrá carácter temporal

- **Convivientes sin vínculos de parentesco.** Se permite el acceso a la prestación a personas solas en situación de exclusión social, que convivan con otras personas solas o unidades de convivencia y que no tengan vínculos de parentesco.

- **Colaboración de las Entidades del Tercer Sector de Acción Social en la gestión de la prestación de Ingreso Mínimo Vital.** La complejidad de la realidad de las personas potenciales beneficiarias de la prestación, requiere de la participación de los servicios sociales, y transitoriamente, de entidades del tercer sector de acción social debidamente acreditadas -los mediadores sociales del ingreso mínimo vital- para poder certificar la existencia de determinadas situaciones particulares.

La figura de los mediadores sociales del Ingreso Mínimo Vital constituye un mecanismo de cooperación reforzada en la tramitación de la prestación que se hace necesaria durante los primeros cinco años desde la entrada en vigor de esta norma, para agilizar y facilitar a la entidad gestora de la prestación, la acreditación de determinados requisitos exigidos para el acceso a la misma. Para ello se regulan los requisitos sustantivos para que una entidad pueda considerarse mediador social del ingreso mínimo vital. Esta condición se obtendrá mediante la inscripción en el registro de mediadores sociales del ingreso mínimo vital, que se crea en la disposición transitoria octava que se introduce en el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo. La inscripción en el mismo se realizará por medio de resolución de la persona titular de la Secretaría General de Objetivos y Políticas de Inclusión y Previsión Social previa acreditación de todos los requisitos requeridos para la misma. El mantenimiento de los requisitos que permitieron la inscripción en el registro deberá acreditarse con carácter anual.

- **Otras modificaciones.** Las novedades afectan a: 1) Suspensión del derecho; 2) Acreditación de determinados requisitos mediante certificado de los servicios sociales competentes; 3) Obligaciones anuales de comunicar a la entidad gestora por parte de los servicios sociales el mantenimiento de determinados requisitos previstos en el art. 19 del RD-ley 20/2020; 4) La tramitación de las solicitudes fijando un plazo máximo de seis meses desde la solicitud, transcurrido los cuales se entenderá desestimada; 5) Composición de la Comisión de Seguimiento y del Consejo Consultivo; 6) Obligaciones de comunicación de cambios en el Padrón a cargo de los Ayuntamientos.

Por lo que respecta a la modificación del apartado 2 del art. 7 LIMV, relativo a los requisitos de acceso, solo cabe entender que se trata de un error de coordinación. La Ley 10/2021, de 9 julio, trabajo a distancia, proviene de la tramitación como proyecto de ley del RD-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. Aquel RD-ley introducía diversas modificaciones en el RD-ley 20/2020 de Ingreso Mínimo Vital. El proyecto de ley ha mantenido esas disposiciones sobre reforma de LIMV en su integridad, sin tener en cuenta que, con posterioridad el RD-ley 30/2020 había modificado nuevamente el RD 20/2020. Por lo que aquí se quiere destacar, el apartado 2 del art. 7 ha vuelto a su redacción anterior.

Y el resultado se puede apreciar en el siguiente cuadro comparativo:

<i>Redacción actual. DF. 11.1 Ley 10/2021. En vigor desde 11-7-2021</i>	<i>Redacción por DF 5.4 RD-ley 30/2020. Modificación en vigor desde 30-9-2020 a 10-7-2021</i>
<p>Art. 7.</p> <p>..</p> <p>2. Las personas beneficiarias a las que se refiere el artículo 4.1.b), que sean menores de 30 años en la fecha de la solicitud, deberán haber tenido residencia legal y efectiva en España, y haber vivido de forma independiente, durante al menos los tres años inmediatamente anteriores a la indicada fecha.</p> <p>Se entenderá que una persona ha vivido de forma independiente siempre que acredite que su domicilio ha sido distinto al de sus progenitores, tutores o acogedores durante los tres años inmediatamente anteriores a la solicitud, y en dicho periodo hubiere permanecido durante al menos doce meses, continuados o no, en situación de alta en cualquiera de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, incluido el de Clases Pasivas del Estado, o en una mutualidad de previsión social alternativa al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.</p>	<p>Art. 7</p> <p>..</p> <p>2. Las personas beneficiarias a las que se refiere el artículo 4.1.b), que sean menores de 30 años en la fecha de la solicitud del ingreso mínimo vital, deberán acreditar haber vivido de forma independiente en España, durante al menos los tres años inmediatamente anteriores a la indicada fecha.</p> <p>A los efectos del párrafo anterior, se entenderá que una persona ha vivido de forma independiente siempre que acredite que su domicilio ha sido distinto al de sus progenitores, tutores o acogedores durante los tres años inmediatamente anteriores a la solicitud, y en dicho periodo hubiere permanecido durante al menos doce meses, continuados o no, en situación de alta en cualquiera de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, incluido el de Clases Pasivas del Estado, o en una mutualidad de previsión social alternativa al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.</p> <p>Las personas beneficiarias a las que se refiere el artículo 4.1.b), que sean mayores de 30 años en la fecha de la solicitud, deberán acreditar que, durante el año inmediatamente anterior a dicha fecha, su domicilio en España ha sido distinto al de sus progenitores, tutores o acogedores.</p>
<p>Este requisito no se exigirá a las personas que por ser víctimas de violencia de género hayan abandonado su domicilio habitual, a las que hayan iniciado los trámites de separación o divorcio o a las que se encuentren en otras circunstancias que puedan determinarse reglamentariamente.</p>	<p>Los requisitos previstos en los párrafos anteriores no se exigirán a las personas que por ser víctimas de violencia de género hayan abandonado su domicilio habitual, a las que hayan iniciado los trámites de separación o divorcio o a las que se encuentren en otras circunstancias que puedan determinarse reglamentariamente.»</p>

3. USO ABUSIVO DE LA REMISIÓN A UN FUTURO REGLAMENTO DE DESARROLLO

La remisión a una futura concreción y desarrollo reglamentario se lleva a cabo en numerosas ocasiones y no a simples aspectos secundarios. Son el caso de remisiones (hasta 44 salvo error u omisión) a la:

- a) Determinación de beneficiarios: arts. 4.1 b y 4.2.
- b) Titulares del ingreso mínimo vital: art.5.4.
- c) Unidad de convivencia: art. 6.2 c).
- d) Situaciones especiales: art. 6 bis c)
- e) Requisitos de acceso: art. 7.1.a), c, y d); art. 7.2; y art.7.3.
- f) Situación de vulnerabilidad económica: art. 8.4 y 5.
- g) Determinación de la cuantía: art. 10.
- h) Suspensión del derecho: art. 14.1.d) y e).
- i) Extinción del derecho: art. 15.1 g) y h).
- j) Reintegro de prestaciones indebidas: art. 17.3.
- k) Comisión de seguimiento del ingreso mínimo vital: art. 30.3 m).
- l) Consejo consultivo del ingreso mínimo vital: art. 31.3 e).
- m) Obligaciones de las personas beneficiarias: art. 33.1 h) y j) y art. 33.2. h).
- n) Colaboración de empresas al tránsito de los beneficiarios del ingreso mínimo vital a la participación activa en la sociedad: DA. 1.^a.
- o) Exención de pago de precios públicos por los servicios académicos: DT. 5.^a.

El problema que puede plantear esta generosa derivación a desarrollos reglamentarios posteriores, ya nos la advertido en numerosas ocasiones el Tribunal Constitucional “... es doctrina reiterada de este Tribunal que la reserva de ley es compatible con la colaboración reglamentaria. Hemos excluido, sin embargo, ‘que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador Las habilitaciones o remisiones legales a la potestad reglamentaria deben, según nuestra doctrina allí expresada, restringir el ejercicio de dicha potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley, criterio contradicho con evidencia mediante cláusulas legales ... en virtud de las que se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir” (por todas STC 139/2016, de 21 julio).

4. REFLEXIONES FINALES

Un año después de la puesta en marcha del Ingreso Mínimo Vital (el 1 de junio de 2020 entró en vigor), podemos hacer algunas valoraciones o reflexiones sobre esta nueva prestación no contributiva.

Una gestión muy cuestionada

Es notorio el escaso éxito en la gestión de esta nueva prestación que no ha conseguido llevarla tal y como se anunciaba por el Gobierno a 850.000 hogares. Cabría preguntarse entonces ¿a qué se debe? (Monereo Pérez, J. L., Rodríguez Inieta, G. y Trillo García, A, 2021). La entidad gestora de las prestaciones es según el art. 22 LIMV el Instituto Nacional de la Seguridad Social. El INSS es quizás una de las entidades gestoras públicas con los técnicos (a todos los niveles) más cualificados de las administraciones públicas españolas. Su actuación, podría decirse o calificarse como “cartesiana”, es decir, son principios que rigen normalmente sus actuaciones: a) La duda o evidencia sistemática, que solo se acepta como verdadero lo comprobado; b) El análisis o descomposición de cada problema, este se descompone en tantas partes como sea posible y necesaria para su comprensión y solución; c) La síntesis y así se va de los pensamientos y razonamientos sencillos a los más difíciles; y d) La verificación o comprobación: se recuenta y se revisa todo para evitar que nada sea pasado por alta y comprobar que la evidencia es falsa o verdadera.

Pues bien, lo anterior casa mal cuando se introduce con urgencia una nueva prestación muy compleja, dentro de la Seguridad Social, de carácter periódico y de larga previsión temporal en su disfrute, que se quiere a toda costa que se reconozca a 2.500.000 de personas o 850.000 hogares de forma inmediata, diseñando o estableciendo unos requisitos para ello etéreos, que en muchas ocasiones la condición de beneficiario, titular, unidad de convivencia, etcétera, se deja como norma en blanco o a fijación reglamentaria. A ello se ha unido la escasez de personal con la que cuenta el INSS con olvido de la recomendación octava del Pacto de Toledo de 2020 que indicaba, más bien se reitera, la necesidad de proceder a abordar de forma inmediata un plan integral de recuperación y renovación de la plantilla de personal al servicio de la Seguridad Social. Esta falta de personal se ha intentado paliar con la incorporación de 1.050 trabajadores interinos en el último trimestre de 2020, con una formación mínima.

Por otro lado la “*externalización parcial*” (en términos de contratación pública vía “*encomiendas de gestión*”) de la gestión en la tramitación en favor de una empresa pública, tampoco ha tenido éxito. A ella se le encargó la captura y tramitación de la gestión electrónica de las prestaciones del Ingreso Mínimo Vital excluyendo obviamente la concesión o denegación de la prestación que obviamente reside en el personal del INSS. Esa externalización se llevó a cabo vía encomienda de gestión en julio de 2020 y posteriormente renovada en octubre hasta diciembre del mismo año. Pues bien, si la gestión es compleja, ahora se acude a otra “*externalización de servicios*” en favor de las entidades del tercer sector, creando una nueva figura el mediador social del Ingreso Mínimo Vital a las que se les va dotar del poder de acreditar situaciones de personas en situación de riesgo de exclusión social para las personas que vivan juntas sin vínculos o de quienes se encuentren empadronados en domicilios ficticios.

Tampoco debe de olvidarse la previsión futura de la asunción de competencias por parte de las Comunidades Autónomas en “dos velocidades” primero las previstas para el País Vasco y Navarra y sine die para el resto (art. 22 y DA. 4ª. y 5ª. LIMV). Y aquí podrá plantearse si servirán de algo las experiencias con la gestión transferida a las CC.AA. de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social. Desde luego el informe del Tribunal de Cuentas de 13 de junio de 2019 que aprueba el informe de fiscalización de los procedimientos de gestión y control de deudores por prestaciones del IMSERSO, ejercicio de 2016, no deja en muy buen lugar la gestión de estas.

Las razonables quejas de los ciudadanos

En el informe anual del Defensor del Pueblo de 2020 (apartado Seguridad Social y empleo, punto 9.4.2), se recogen múltiples quejas de los ciudadanos respecto al funcionamiento del IMV en el segundo semestre de 2020, que podrían resumirse en los siguientes aspectos

a) Retrasos en la gestión.

Los mensajes políticos a los ciudadanos sobre la inmediatez en resolución de las peticiones de IMV, no se han visto luego correspondidas y ha llevado a numerosas quejas. De aquí la modificación introducida en el plazo para resolver introducida por la DF. 11.13 del RD-ley 28/2020, ampliando el plazo de tres a seis meses (art. 25.3 LIMV).

b) Ámbito subjetivo de la prestación

Se han cuestionado por los ciudadanos lo que se considera restricciones en el ámbito subjetivo, por ejemplo: a) Si está o no justificado dejar al margen del IMV a unidades de convivencia en situación de vulnerabilidad económica, compuestas por una persona o más, mayor de 65 años y por un adulto en edad comprendida entre 18-23 años y sin hijos menores o bajo su guarda; b) Posibilidad de admitir varias unidades de convivencia en un mismo domicilio; c) El problema de personas que viven en las calles, parques, soportales, etcétera; d) La realidad de progenitores que tras enviudar, separarse o de hijos se reagrupan en un mismo domicilio y se les deniega la prestación por no haber convivido un mínimo de un año; e) Las exclusiones de los administradores de una sociedad de la protección; etcétera. Algunas de ellas se han ido atendiendo total o parcialmente en las sucesivas reformas del RD-ley 20/2020 (por ejemplo: la reseñada en la letra c) por RD-ley 3/2021; o la indicada en la letra e) por RD-ley 30/2020).

c) Falta de motivación de las denegaciones de la prestación

Han sido muy criticadas por el Defensor del Pueblo las escuetas respuestas iniciales del INSS a las solicitudes de IMV, como “no cumple los requisitos apropiados”; “forma parte de otra unidad de convivencia”; “dispone de rentas o patrimonio y no se encuentra en situación de vulnerabilidad económica”; o bien no detallando los ingresos

y rentas imputados de forma desglosada e indicar su procedencia, patrimonio considerado, valor imputado.

d) La valoración de los ingresos

La crítica fundamental ha sido en atención a la anualidad a tener en cuenta para el cómputo de ingresos. La queja fundamental está de que no se tiene en cuenta la situación actual al momento de la solicitud, sino la del año anterior. En relación con el patrimonio son múltiples las quejas de los ciudadanos destacando y cuestionando que se computen bienes que no están a disposición del solicitante (viviendas en casos de rupturas matrimoniales), herencias, etc.

Y por último una aplicación de presunción absoluta en los valores o ingreso que los organismos oficiales comuniquen, si admitir que el ciudadano pueda probar por otros medios admisibles en derecho lo contrario.

Un inacabado marco jurídico

Tras poco más de un año en vigor y con siete reformas de calado en su régimen jurídico, nos encontramos con que el RD-ley 20/2020, se encuentra tramitándose como proyecto de ley, habiendo terminado el plazo de presentación de enmiendas. El Boletín Oficial de las Cortes Generales de 18 de junio de 2021, núm. 25.2, las recoge y podemos destacar lo siguiente:

Todos los grupos políticos las proponen y alcanzan:

- A la generalidad del Proyecto de Ley.
- A la exposición de motivos con un total de 19 enmiendas.

- Al articulado se han presentado un total de 430 enmiendas. Destaca que todos los artículos y disposiciones son objeto de enmiendas, salvo: a) Artículos. 21 (normas de procedimiento), 23 (iniciación del procedimiento), 36 (procedimiento sancionador) y 37 (control de la prestación); b) Disposición Transitoria 4ª (régimen transitorio de aplicación del control financiero permanente), 5ª (exención del pago de precios públicos por servicios académicos universitarios), 6ª (financiación del ingreso mínimo vital en 2020); y c) DF. 1ª. (derogación normativa); 2ª. (modificación de la Ley 47/2003, de 26 noviembre), 3ª. (modificación del RD Legislativo 1/2015, de 24 julio); 5ª. (modificación de la Ley 6/2018, de 43 julio); 8ª. (cláusula de salvaguardia para modificaciones de norma de inferior rango); y 10ª. (habilitación al Gobierno y al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones para desarrollo reglamentario).

- Además se incorporan nuevos arts. 19 bis y 33 bis y varias DA, DF y DT, así como nuevos anexos.

Y finalmente, no debe olvidarse, que quedará pendiente su desarrollo reglamentario.

La necesidad de un replanteamiento general de las prestaciones no contributivas dentro del Sistema de Seguridad Social

En la actualidad en nuestro sistema de Seguridad Social se consideran expresamente como prestaciones no contributivas (de tipo económico) las siguientes (art. 42.1.c) LGSS): a) Pensiones de invalidez y jubilación no contributiva (arts. 363 a 373 LGSS); b) Prestaciones familiares (arts. 351 362 LGSS); c) Ingreso Mínimo Vital (RD-ley 20/2020). No se olvida que hay otras prestaciones dentro del sistema de Seguridad Social, innominadas como tales, pero que cabría considerarlas dentro del nivel no contributivo como: el nivel asistencial de las prestaciones por desempleo (arts. 274 y ss. LGSS); la prestación asistencial por nacimiento y cuidado de menor (arts. 181 y 182 LGSS); la prestación de orfandad (art. 224 LGSS) e incluso también las prestaciones en favor de familiares (art. 226 LGSS).

Sería deseable, un replanteamiento general de las prestaciones contributivas y asistenciales ya que tienen entre ellas muchos puntos comunes que sin embargo tienen diferentes tratamientos según se trate una u otra prestación, que en algunos casos puede entenderse como razonable, pero en otros casos es más discutible, teniendo en cuenta aspectos como:

- Que el objetivo declarado del establecimiento y regulación de un nivel no contributivo en el sistema es el desarrollo del principio rector contenido en el artículo 41 de nuestra Constitución, que encomienda a los poderes públicos el mantenimiento de un “régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos”.

- Que las situaciones de necesidad a cubrir por estas prestaciones no contributivas, no están suficientemente cubiertas por los mecanismos asistenciales hasta ahora existentes, de aquí que se busque satisfacerla de forma más segura jurídicamente y con mayor grado de suficiencia protectora con las nuevas modalidades no contributivas de prestaciones que se configuran como derechos subjetivos perfectos en favor de los beneficiarios.

- Que son requisitos básicos, con carácter general, la residencia en España y la insuficiencia de recursos. Insuficiencia de recursos que se fija en una cuantía inicial y en la que tiene influencia decisiva el estar inserto en una unidad de convivencia.

- Que la cuantía de las prestaciones es inicialmente uniforme y se fijará anualmente y en las que tiene influencia en su determinación final –además de los recursos económicos que no excedan del límite anual- el que el beneficiario viva dentro de una unidad de convivencia.

- Que son prestaciones que una vez reconocidas tienen una duración indefinida vinculada al mantenimiento de los requisitos por los cuales ser reconoció en su momento.

Por otro lado, no se olvide la previsión de integración de la prestación familiar no contributiva de asignación por hijo o menor a cargo en el ingreso mínimo vital (DT. 7ª. LIMV).

De aquí que se considera que pudiera haber un marco común de tratamiento de cuestiones como (sin ánimo de ser exhaustivo):

1) Integración y composición de la unidad de convivencia. Y aquí podemos encontrar múltiples aspectos a unificar: parentesco y grado a considerar; incidencia de un parentesco más próximo a otro más lejano; situaciones de tutela o acogimiento; toma en consideración de las parejas de hecho y que debe entenderse por ellas; la consideración de familia numerosa; la violencia de género, violencia contra la mujer y la explotación y trata de seres humanos, en unas prestaciones expresamente previstas y en otras no; etcétera.

2) Valoración común de los ingresos y patrimonio. En este sentido véase las singularidades (no justificadas) en la valoración de la carencia de rentas en las prestaciones no contributivas u otras asistenciales: a) Para el desempleo nivel asistencial (arts. 275. 2 y 4 LGSS; art. 15 RD 625/1985 y la instrucción del propio Servicio Público de Empleo Estatal de 7-11-2019). b) Para las pensiones no contributivas el diferente tratamiento y valoración de las rentas en RD 357/1991, de 15 de marzo y Orden PRE/3113/2009, de 13 de noviembre. c) Para las prestaciones familiares véase RD 1335/2005, de 11 de noviembre y RD 1716/2012, de 28 de diciembre; y d) Para el IMV véase el art. 18 RD-ley 20/2020.

3) Régimen de suspensión, extinción y obligaciones de los beneficiarios.

4) Acreditación de los requisitos para acceso y mantenimiento de las prestaciones (identidad, domicilio, etc.), expresamente previsto en el art. 19 del RD-ley 20/2020, frente al resto de prestaciones no contributiva que se deja a previsiones de tipo reglamentario o simplemente a título informativo en los propios impresos de solicitudes.

Etcétera.

BIBLIOGRAFÍA:

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: “Las prestaciones familiares, ese “pariente pobre” de la Seguridad Social”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, n.º 6, 2016, págs. 13-26.

Monereo Pérez, J. L., Rodríguez Iniesta, G. y Trillo García, A: *El Ingreso Mínimo Vital*, Murcia, Ediciones Laborum, Colección Trabajos de Investigación, 2021.

ALGUNAS INCONGRUENCIAS DEL INGRESO MÍNIMO VITAL CON EL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES: Y LA POBREZA SIGUE AHÍ

Dra. Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado¹

RESUMEN: El ingreso mínimo vital se configura en España como una prestación no contributiva y justificada, entre otros, por los altos índices estructurales de desigualdad, pobreza y exclusión social de nuestro país. Pero, el Pilar Europeo de Derechos Sociales de la Unión Europea número 13 y toda la política de protección social en torno a la renta mínima establece cuestiones fundamentales que todavía no han calado en España. Es por eso, que revisando las normas, recomendaciones y estadísticas tanto internas como europeas se plantean y analizan solo algunos de los problemas de la protección social en España.

PALABRAS CLAVE: protección social, Unión Europea, renta mínima, ingreso mínimo vital.

ABSTRATO: O rendimento mínimo vital configura-se em Espanha como um benefício não contributivo e justificado, entre outros, devido aos elevados índices estruturais de desigualdade, pobreza e exclusão social do nosso país. Mas, o Pilar Europeu dos Direitos Sociais da União Europeia é o 13 e toda a política de proteção social em torno da renda mínima estabelece questões fundamentais que ainda não penetraram na Espanha. É por isso que, ao rever as normas, recomendações e estatísticas, tanto internas como europeias, apenas alguns dos problemas da proteção social em Espanha são levantados e analisados.

PALAVRAS-CHAVE: proteção social, União Europeia, rendimento mínimo, rendimento mínimo vital.

ÍNDICE: I. Planteamiento; II. La renta mínima como Pilar Europeo de Derechos sociales: su importancia pre y post COVID-19: II.1. Pre-COVID-19. II. 2. Post COVID-19; III. Configuración del Ingreso Mínimo Vital vs. Renta Mínima europea: III.1. ¿Prestación no contributiva o asistencial? Un breve apunte sobre los Reglamentos de coordinación de la Seguridad social; III.2. Los Objetivos del Ingreso Mínimo Vital en España: la...¿reducción de la pobreza? IV. Conclusiones; V. Bibliografía

¹ Profa. Agregada (A. Titular) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social Universidad de Barcelona

I. Planteamiento

En España, el Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo por el que estableció el ingreso mínimo vital, crea una nueva prestación (en adelante, IMV) en medio de la crisis generada por la COVID-19, pero con vocación estructural y racionalizadora del sistema de protección social, como indica su propia Exposición de motivos.

Pese a la juventud de la norma y de la propia prestación, ya ha sido objeto de múltiples modificaciones, enfocadas a corregir aspectos de su propia configuración inicial, a través de los siguientes instrumentos, esto es: Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, Resolución de 16 de diciembre de 2020, de la Intervención General de la Administración del Estado, Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre y Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, y, la Ley 10/2021, de 9 de julio.

Sin embargo, muchos de los problemas técnicos de la prestación, todavía no han sido resueltos (Burriel, 2021). Entre ellos, la falta de reglamentación, la falta de diálogo social en su redacción y modificaciones posteriores, y el alejamiento, a nuestro modo de ver, de la política social europea y del Pilar Europeo de Derechos Sociales, en concreto del número 14, renta mínima; cuestión esta última, que no es exclusiva del Estado español, es cierto, y que guarda relación con la falta de competencia directa de la Unión en esta materia y con la producción de *soft law* de la misma, que convierten al Pilar Europeo de Derechos sociales en una especie de desiderátum, difícilmente aplicable, en ocasiones, dada la idiosincrasia de cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea (en adelante, UE).

No obstante, y siendo conscientes de esto último, no parece comprensible la falta de atención a algunas de las cuestiones que sí son derecho imperativo de la UE y de las recomendaciones directas a nuestro país en materia de pobreza y exclusión social. Una desconexión que convierte al IMV en una prestación *sui generis*, a caballo entre las prestaciones no contributivas de nuestro sistema de Seguridad social y la asistencia social, competencia de las Comunidades Autónomas.

II. La renta mínima como Pilar Europeo de Derechos sociales: su importancia pre y post COVID-19

II.1. Pre-COVID-19

La aparición del Pilar europeo de Derechos sociales y en concreto de la renta mínima, supuso un hito en el modelo social europeo (European Parliament, 2017), pero, además, el aspecto más novedoso es quizá su adopción de una forma explícita (Nato, A., 2020).

Fue precedido por la Consulta al respecto, en marzo de 2016², con el punto de mira en la importancia de la cohesión social y del correcto funcionamiento de los Estados del bienestar para el impulso de la productividad y la competencia internacional; como viene siendo frecuente en el ámbito europeo, política social al servicio de la política económica, y no como un fin en si mismo.

Por su parte, la Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión de 26 de abril de 2017, sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales, establece claramente su creación con la finalidad principal de que sean una “(...) guía para alcanzar resultados sociales y de empleo eficientes para responder a los desafíos actuales y futuros con el fin de satisfacer las necesidades esenciales de la población, así como garantizar una mejor regulación y aplicación de los derechos sociales”. Si bien, se trata de una declaración de principios, de un instrumento no normativo, la utilidad del mismo es la clarificación de los derechos sociales, el establecimiento de un plan de acción social, claro y contundente, para promover la aplicación plena y adecuada de la política social de la Unión (Monereo, J.L. y Fernández, J.A., 2017)

El principio sobre la renta mínima establece, del literal, que:

“Toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a unas prestaciones de renta mínima adecuadas que garanticen una vida digna a lo largo de todas las etapas de la vida, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación. Para las personas que pueden trabajar, las prestaciones de renta mínima deben combinarse con incentivos a la (re)integración en el mercado laboral”.

Como puede observarse la función que quiere cumplir el ingreso mínimo difiere de las prestaciones de desempleo, en puridad. No va dirigido en exclusiva a las personas que hayan perdido su empleo, sin más, incentivando la percepción de una prestación con políticas activas. En este caso, esa renta mínima que se pretende garantizar quiere abarcar cualquier etapa de la vida, combatiendo la pobreza y, al mismo tiempo, poniendo el acento en la integración social y, en su caso, en la reintegración en el mal llamado mercado de trabajo. Se trata de un objetivo mucho más amplio que el sistema de prestaciones por desempleo, que, además se encuentra en el Pilar número 13.

El ingreso mínimo deriva, para parte de la doctrina (Nato, A., 2019, entre otros) indirectamente del art. 34.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y es parte de la política social de la Unión. Lo que significa que las competencias en esta materia son muy limitadas, dado que, de conformidad al art. 153 del Tratado de Funcionamiento

² Nos referimos a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Apertura de una consulta sobre un Pilar Europeo de Derechos Sociales”. COM (2016) 127 final, Estrasburgo, 8 de marzo de 2016.

de la Unión Europea, la competencia de la Unión se limita al apoyo y complemento a la actividad de los Estados miembros; podríamos hablar de una competencia compartida (art. 4. párr. 2, inciso 2 del Tratado de Funcionamiento de la UE), legislando los Estados miembros en función de su soberanía, siempre que la UE no haya legislado previamente sobre esa cuestión.

De manera previa a la aparición del Pilar Europeo de Derechos Sociales, la UE había mostrado su interés y preocupación a través de la política social, de combatir la pobreza y la exclusión social; sin que proceda realizar un examen exhaustivo, nos referimos exclusivamente al 2013, cuando la Comisión establecía la importancia de la financiación de la protección social -entre ellos, un ingreso mínimo- como inversión para el bienestar social y, por ende, para combatir la crisis económica en el periodo subsiguiente³.

En esta misma línea de derecho suave o no imperativo es interesante la Recomendación del Consejo sobre el acceso a la protección social: hacer que los sistemas de protección social sean adecuados para el futuro, de 8 de noviembre de 2019 (2019/C387/01). Si bien es cierto que no es aplicable como tal a la asistencia social ni a las rentas mínimas, el punto de partida de la Recomendación del Consejo es el mismo que el del Pilar Europeo de derechos sociales, es decir, la necesidad de crear sistemas de protección social fuertes que prevengan y reduzcan la pobreza, manteniendo un nivel de vida adecuado de las personas como parte fundamental del modelo social europeo y de un buen funcionamiento de la economía social de mercado. La propia Recomendación en su considerando 17 especifica que una protección social se considerará adecuada “(...) cuando permite que las personas mantengan un nivel de vida digno, sustituyan su pérdida de ingresos de manera razonable y vivan con dignidad, y evita que caigan en la pobreza, contribuyendo al mismo tiempo, en su caso, a la activación laboral y a la facilitación de la vuelta al trabajo”. De esta manera la Recomendación además de poner de manifiesto la complejidad normativa y la falta de transparencia de la protección social de muchos Estados, insiste, apela a los Estados miembros que ofrezcan un acceso adecuado a la protección social, tanto a trabajadores por cuenta ajena como por cuenta propia, siempre en el respeto de las del acervo normativo en materia de protección social de la Unión.

II. 2. Post COVID-19

El establecimiento de un ingreso mínimo ha sido considerado recientemente por el Consejo de la UE (Conclusiones sobre el fortalecimiento de la protección del ingreso mínimo en la UE, 12 octubre de 2020) como un efecto estabilizador en el conjunto de la economía y como el instrumento idóneo para combatir la pobreza y la exclusión social

³ Nos referimos a la Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions COM/2013/083 final of 20 February 2013 on Towards Social Investment for Growth and Cohesion – including implementing the European Social Fund 2014-2020 [2013].

durante y después de la pandemia de la COVID-19. En este sentido, el Consejo ha pedido tanto a los Estados miembros como a la Comisión reforzar los esquemas nacionales en aras del cumplimiento de las recomendaciones de la UE y de la OIT, así como actualizar el mecanismo de apoyo y complemento de esta protección para implementar el Pilar Europeo de Derechos Sociales.

Pero, todas las recomendaciones de la UE, pese a su importancia en el contexto europeo de política social, se mueven dentro del *soft law*, como comentábamos anteriormente. En mayo del 2020, países como España, Francia e Italia se alineaban a favor de la creación de un piso mínimo común que sirviera no solo para disminuir las desigualdades regionales, sino para hacer frente de manera conjunta, con un escudo social europeo, a la crisis generada por la pandemia y a las graves consecuencias que se avecinaban. Pero la UE ha tardado unos meses en reaccionar. El nuevo objetivo, la reducción de las personas en riesgo de pobreza o exclusión social en, al menos, 15 millones en el ámbito europeo se ha dotado de un nuevo instrumento, la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de febrero de 2021, sobre la reducción de las desigualdades, con especial atención a la pobreza de los trabajadores (2019/2188(INI)). Son muy significativas sus consideraciones, pero, más aún las peticiones que realiza a los Estados miembros y a la Comisión, de las que destacamos las siguientes:

- Presentar unas normas mínimas para sus respectivos sistemas de seguros de desempleo y de garantía de ingresos mínimos nacionales en forma de marcojurídico a fin de mejorar la Seguridad social de quienes trabajan y residen en Europa.
- Lograr el objetivo (también se lo pide a la Comisión) de reforzar los sistemas de negociación colectiva enfocados a una protección social mínima y a un sistema de Seguridad social para todos los grupos de edad, para frenar las desigualdades cada vez más grandes, y conseguir unas condiciones de vida comparables mediante una convergencia social y económica al alza.
- Proponer (solo a la Comisión) un marco de la Unión sobre la renta mínima, lo que evidencia que, hasta ahora, el Pilar Europeo de Derechos sociales -y toda la política social de la UE- no ha sido suficiente para ello.

De manera más reciente, en marzo de 2021, salía a la luz el Plan de Acción sobre el Pilar Europeo de Derechos sociales (Employment, Social Affairs and Inclusion, 2021)⁴. La comisión propone tres objetivos del plan de acción, en empleo, capacidades y protección social, reforzando lo existente y en la línea de la Agenda 2030, y dotándolos de financiación económica. Los tres objetivos son:

⁴ El Plan de Acción proviene de una consulta que se realiza a gran escala. En este caso, se inició hace un año, y se documentaron más de mil contribuciones de ciudadanos, instituciones y organismos de la UE, Estados miembros, autoridades regionales y locales, interlocutores sociales y organizaciones de la sociedad civil. El Plan establece una serie de compromisos a adoptar por la Comisión. COM (2020) 14 final, de 14 de enero de 2020.

1º) Un mínimo del 78% de personas entre 20 y 64 años con empleo, una tasa de empleo inclusiva, insistiendo en disminuir la brecha de género y en colectivos especialmente desfavorecidos.

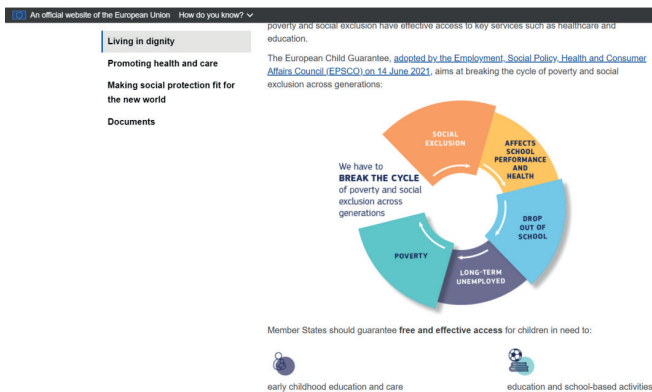
2º) Un mínimo del 60% de la población adulta participando en actividades de formación todos los años. Si bien la formación siempre ha sido uno de los puntos clave en la política social de la Unión, la pandemia ha evidenciado la necesidad de esta no solo para la mejorar la empleabilidad, sino para garantizar la igualdad social y la reducir la brecha digital.

3º) Una reducción mínima de 15 millones de personas en riesgo de pobreza o exclusión social.

Nos centramos en el último, íntimamente ligado a la situación del empleo de los países miembros. No solo hace falta centrarse en crear más puestos de trabajo, y adecuar las normas al futuro, sino que es necesario afrontar la pobreza en el trabajo, que genera altas brechas de desigualdad. Y en este sentido, un paso más para evitar la necesidad de recurrir a la protección social y a los ingresos mínimos puede venir de la propuesta de la Comisión europea de una Directiva sobre salarios mínimos adecuados en la UE (COM (2020) 682, de 28 octubre de 2020), que, cómo comprobaremos en los años venideros generará muchísima polémica en todos los países miembros, reacios a la renuncia de su soberanía nacional.

La importancia del Plan de Acción radica en este punto en la insistencia de la actualización y renovación del ingreso mínimo en cada uno de los Estados miembros. Aún conscientes de las diferencias entre países -en cuanto a cobertura, activación en el mercado laboral, requisitos, etc.- se insiste en la necesidad de un enfoque integrado y en la atención a la infancia, para reducir los ciclos intergeneracionales de pobreza y exclusión⁵.

Cuadro 1: *Employment, Social policy, Health and Consumer Affairs Council (EPSCO), 14 junio 2021*



⁵ En este sentido, junto con otras recomendaciones significativas, relativas a las personas sin hogar o a la pobreza energética, se destaca la iniciativa “Caminos hacia el éxito escolar”, para desvincular el nivel educativo y el rendimiento escolar de la situación social, económica y cultural.

En el Plan, de cara a un futuro se elabora, entre otras, la siguiente acción, esto es, para el 2022, una Recomendación del Consejo sobre la renta mínima para apoyar y complementar de forma eficaz las políticas de los Estados miembros. Si bien es cierto continúa sin ser derecho imperativo, el Plan pone de manifiesto la necesidad de adecuación de la protección social, usando para el debate sobre la estructura de cada país, las medidas coyunturales que con motivo de la COVID-19, cada uno ha aprobado. En nuestro caso, en España la actualización del sistema de protección social para hacer frente a la pandemia se ha dotado de varios subsidios extraordinarios ante la insuficiencia de nuestro sistema⁶, además de la creación del IMV.

La cobertura económica para aplicar el Pilar social y los objetivos propuestos se concreta en el FSE+, con 88.000 millones de euros que deben repartirse de la siguiente manera:

- Al menos el 25% de los recursos del fondo que se entreguen a nivel nacional deben invertirse en la lucha contra la pobreza y la exclusión social.
- Los países con mayor afectación de pobreza infantil destinarán de la anterior cuantía al menos un 5% a la misma.
- Todos deberán destinar un mínimo del 3% del fondo a luchar contra la privación material.

¿Incrementará España las cuantías del IMV o esperará a que las CCAA -como ya está sucediendo- transformen sus rentas mínimas en complementos de la prestación estatal?

III. Configuración del Ingreso Mínimo Vital vs. Renta Mínima europea

III.1. ¿Prestación no contributiva o asistencial? Un breve apunte sobre los Reglamentos de coordinación de la Seguridad social

El IMV es una prestación dirigida a prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas que vivan solas o integradas en una unidad de convivencia,

⁶ El RD-Ley 11/2020 recogió como novedad en nuestro sistema de protección social, dos subsidios de desempleo destinados, principalmente, a personas no protegidas suficientemente hasta el momento, entre los que se incluían trabajadores temporales; por una parte, el art. 30 prevé un subsidio mensual para personas empleadas de hogar y, por otra parte, el art. 33 un subsidio de desempleo excepcional y limitado a un mes, para personas que hubieran finalizado su contrato de duración determinada. Posteriormente, el RD-Ley 17/2020 de 5.5, por el que se aprobaron medidas de apoyo al sector cultura (en especial a su art. 2) regula un subsidio extraordinario para este colectivo, que el art. 2.4 del RD-Ley 32/2020, de 3.11 amplía para artistas en espectáculos públicos, no sometidos a ERTE, a personas que hayan estado trabajando al menos 5 días desde el 11.6.2020 hasta el 31.5.2021, de manera temporal, por tanto, con uno o más contratos. El art. 3 RD-Ley 32/2020 crea un nuevo subsidio excepcional para el personal técnico y auxiliar del sector la cultura. Y, este mismo RD-Ley 32/2020 flexibiliza el acceso a un subsidio extraordinario para los profesionales del mundo taurino (donde se incluyen matadores, banderilleros, picadores y mozos de espada).

cuando se encuentren en una situación de vulnerabilidad por carecer de recursos económicos suficientes (art. 1 RD IMV). A través de su creación se reconoce un derecho social subjetivo a una prestación principal de naturaleza económica y no contributiva -a través de transferencias del Estado-, que ha sido incluida en el art. 42.1c) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS). A su vez, esta prestación es asistencial, exigiendo “prueba de necesidad” (art. 9 RD IMV), con una duración indefinida, mientras persista la situación, pero con la finalidad de que no sea vitalicia.

No está concebida como una prestación de desempleo, pero en su desarrollo y regulación guarda muchas semejanzas con el subsidio por desempleo, buscando -o eso queremos creer- un cierto equilibrio entre las prestaciones sociales incluidas en el ámbito de la Seguridad Social. Pero, también, dada su composición y su cercanía a las rentas mínimas de las CCAA, que se basan en el título competencial de la asistencia social, parte de la doctrina la ubica aquí.

La cuestión es fundamental porque si es una prestación de Seguridad social no contributiva aplicaríamos los Reglamentos de coordinación de Seguridad social (Reglamento (CE) no 883/2004 y Reglamento 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo), y deberíamos plantearnos si es o no posible la exportación en los términos de esta normativa específica.

Si, por el contrario, consideráramos que es asistencia social, atenderíamos al art. 7.2 de la Regulación 492/2011 y al art. 24.2 de la Directiva 2004/38/EC, lo que implicaría: la obligación de los Estados miembros a reconocer la asistencia social en las mismas condiciones a los trabajadores comunitarios y a los trabajadores nacionales, pero, la exclusión de la Directiva, para el no reconocimiento de este derecho a los ciudadanos comunitarios durante los tres primeros meses de residencia⁷. Incluso, aunque no sea objeto de este estudio, podríamos recurrir a la revisión del IMV desde el punto de vista de la Carta Social Europea, donde por las características de la prestación podría ser catalogada con menores dudas que en el ámbito de la UE, como prestación de asistencia social (arts. 14 y 30 de la Carta social Europea), en el avance de los estándares internacionales de protección contra la pobreza y la exclusión social (Jimena, L., 2020).

Desde mi punto de vista, estamos ante una prestación no contributiva, en metálico (arts. 3.3 y 70.2.c) del Reglamento 883/2004) y, por tanto, si no figura en el

⁷ Además, las restricciones en el acceso a la asistencia social para los que no tengan la consideración de trabajadores cumplen con el derecho comunitario, de conformidad con la doctrina del TJUE. Entre otros, Case 316/85 Lebon, parr. 26 (1987); Case 138/02 Collins, parr. 31 (2004); Case 333/13 Dano, parr. 84 (2014); Case 67/14 Alimanovic, parr. 45 y 63 (2015).

Anexo X del Reglamento citado será exportable a otros Estados, donde sea aplicable la misma norma europea; todo ello pese al carácter territorialista de la prestación en cuanto al mantenimiento del derecho (art. 7.1.a) del RD-ley 20/2020). Se trata de una cuestión ciertamente polémica, de la que, salvo error u omisión, no se ha ocupado el Gobierno de España.

Si se incluye expresamente esta prestación en el Anexo X nos encontraríamos con una contradicción, a mi polémico modo de ver: por una parte, con un criterio excesivamente territorial para el acceso y mantenimiento de la prestación, algo que no encaja con la idea de espacio europeo común, sobre todo, cuando la finalidad de una estancia en el extranjero pueda estar vinculada con la búsqueda o realización de un trabajo, por cuenta ajena o propia; y, además, porque la exportación de prestaciones sociales es un principio básico del derecho social comunitario que debería ser restringido solo en casos excepcionales. Por otra parte, con la lógica de la prestación, de cubrir las situaciones de vulnerabilidad económica y pobreza de nuestro territorio, alzando las fronteras, pero generando, por ejemplo, para los menores de 30 años, un efecto exclusión, como veremos más adelante.

Es absolutamente necesario, al margen de las críticas a esta decisión, que se manifieste desde del poder legislativo si el IMV es o no una prestación exportable, porque al no incluirse en el Anexo X del Reglamento 883/2004 es exportable (Guerrero, T., 2020) y, sin embargo, no ha sido desarrollada en esos términos.

Y, para el planteamiento de una renta mínima europea, o de la ciudadanía europea, deberemos esperar a la Directiva de renta mínima y sus planteamientos, si bien podría ser elemento importante para reducir las brechas entre países y la exclusión social de los migrantes en el ámbito de la UE. Incluso, algún autor, considera que podría llevarse a cabo dentro del Método Abierto de Coordinación (Nato, A., 2019).

III.2. Los Objetivos del Ingreso Mínimo Vital en España: la...¿reducción de la pobreza?

Como indicábamos previamente, la propia Exposición de Motivos de la norma del IMV es consciente de su carácter permanente, no es una medida coyuntural dentro del escudo social de las medidas adoptadas por el Gobierno de España durante la pandemia y contra sus efectos. Sus objetivos son claros y muy amplios -hablaremos solo de algunos-, y los contrastamos a continuación con la renta mínima europea, destacando las que denominamos incongruencias entre ambas.

Primero. Garantizar la inclusión y evitar la trampa de la pobreza, aunque hasta el momento, y ante la ausencia de desarrollo reglamentario de estos aspectos, la norma va dirigida, en exclusiva, a garantizar una renta social mínima, una seguridad

económica mínima. Y es aquí donde se producen una primera desconexión con el Pilar europeo de derechos sociales.

Evitar la trampa de la pobreza implica la creación o incorporación de incentivos para evitar que la recepción de una prestación económica inhiba el amplio objetivo de inclusión, no solo social, sino también laboral, médico, formativo, etc. Se plantea como una garantía de acompañamiento social que favorezca el tránsito hacia la participación activa e integración sociolaboral efectiva. Pero, el IMV no ha desarrollado la compatibilidad de la percepción de la prestación con el trabajo, pese a anunciarlo en su (art. 8.4 RD IMV). Este precepto establece la compatibilidad de la prestación con el trabajo por cuenta ajena, pero, también, con el que se realice por cuenta propia, para no desincentivar la participación en el mal llamado mercado laboral por pérdida de la prestación. Pero estas cuestiones se encomiendan a una futura reglamentación del IMV, Reglamento que todavía no ha aparecido y que según el articulado debería llevarse en el marco del diálogo social. Es lo que yo vengo denominado “Esperando a Godot”⁸.

El art. 8 RD sí establece algunas líneas -veremos, si rojas- en lo que respecta a esta compatibilidad, por ejemplo, la participación obligatoria en las Estrategias de Inclusión, so pena de sanciones, tanto de suspensión, como de extinción de la prestación, pero solo para aquellas personas que se encuentren trabajando; algo que, pese a la falta de efectividad reiterada de las medidas de inserción a través de estas políticas de empleo, no deja sino de ser una diferencia entre personas receptoras de la prestación muy criticable por carencia de justificación objetiva; algo, que a mi modo de ver, puede generar distorsiones y el alejamiento del objetivo de inclusión múltiple de la prestación.

En este sentido, el Pilar Europeo indica claramente que debe producirse, en el caso de que las personas puedan trabajar, una reintegración, combinando la prestación con incentivos; por tanto, luchando contra la pobreza y la exclusión social, pero coordinando las transferencias monetarias con políticas de empleabilidad (Nato, A., 2019), en la línea de la política social de la Unión. De esta manera, el ingreso mínimo garantizado como pilar europeo de Derechos sociales intenta agrupar en una misma línea la eficiencia del mercado, la inclusión y la solidaridad. Ahora bien ¿cuál está siendo el éxito de este planteamiento europeo?

En la mayoría de los países europeos, hasta ahora, se ha afrontado el nivel de pobreza con carácter global, sin atender a las diferencias existentes entre la pobreza laboral -que no siempre afecta a personas con baja cualificación- y la que no lo es; todo

⁸ Alusión referida a la obra de teatro del mismo título de Samuel Beckett, publicada en 1952. Una representación del teatro del absurdo en el que dos personajes (Didi y Estragón) llegan al lado de un árbol, lugar elegido para esperar a Godot, el personaje que nunca aparece.

ello es debido en gran medida a que la política social, laboral incluso, de la Unión ha ido dirigida, fundamentalmente, a la empleabilidad y la flexibilidad del marco regulador (Banyuls, J. y Recio, A., 2017), tendencia de la denominada *flexicurity*.

En 2019 aproximadamente 91 millones de personas en la Unión se encontraban en riesgo de pobreza o exclusión social; de ellos, más de 17 millones son niños de edades comprendidas entre 0 y 17 años. Según los datos de Eurostat más recientes (2020) la cifra habría ascendido a 113 millones de personas. De manera más específica, en cuanto a la afectación de la población en edad de trabajar, en octubre de 2020 (OECD, 2020) 16 millones de personas estaban en paro, y, como viene sucediendo desde hace más de una década, el desempleo juvenil era más elevado que la tasa de desempleo general y suponía el 17,8 %. Las personas más afectadas por la crisis económica y social de la pandemia están siendo trabajadores con una baja cualificación, trabajadores con salarios bajos, trabajadores temporales y migrantes.

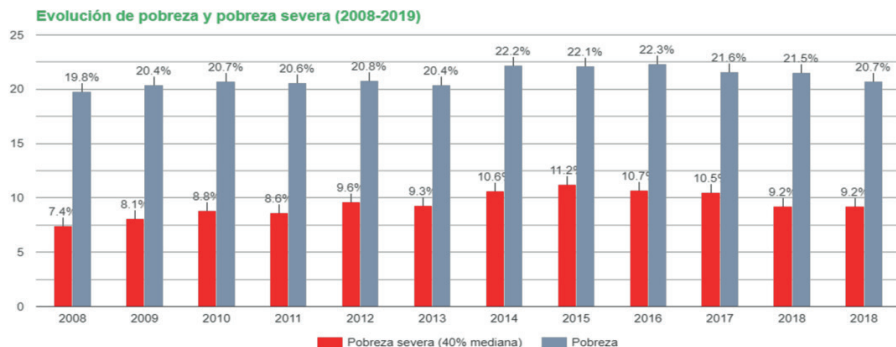
Segundo. Crear una prestación que cubra el riesgo de la pobreza y de exclusión social. Junto con el objetivo anterior, el IMV pretende ser una prestación que cubra dicho riesgo, y tal y como indica la EM España era el único país europeo que no contaba con una prestación o ayuda económica dirigida a ese fin. La prestación o mínimo económico se concibe como una herramienta para facilitar la transición y cubrir un vacío de protección social, cubierto en mayor o menor medida por las rentas de las CCAA. Es en este punto, donde la EM pone de manifiesto los altos niveles de desigualdad de nuestro país, la heterogeneidad existente en las CCAA, las altas tasas de pobreza infantil y el débil efecto redistributivo de la intervención del Estado en España, en comparación con otros países europeos.

Como puede leerse, nuestros legisladores han puesto muy alto el listón de lo que supuestamente puede conseguir, el IMV, una prestación o renta garantizada con una cuantía muy baja, 462 euros, para una persona sola.

Repasemos algunas cuestiones, antes de entrar en las posibles contradicciones con el pilar europeo.

El aumento significativo de la pobreza en España en la última década y, en concreto, de la pobreza laboral y su expansión cada vez mayor a todo tipo de personas son reflejo de los cambios de nuestra economía y nuestro mal llamado mercado de trabajo; desde la expansión de bajos salarios, externalización y subcontratación de las empresas españolas, basadas en un modelo productivo de poca competitividad, hasta las políticas de austeridad y las reformas laborales previas (Banyuls, J. y Recio, A., 2017). Si bien es cierto, en este sentido, que según la Encuesta de Condiciones de Vida en sus resultados definitivos para el año 2020 (INE, 2021) el porcentaje de personas que residen en hogares con baja intensidad de empleo se ha reducido en 9 décimas, situándose en el 9.9%.

Cuadro 2: Evolución de pobreza y pobreza severa en España 2008-2019



Fuente: European Anti Poverty Network-Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social en España (EAPN), 2020

En España, según datos de la Red Europea de Lucha contra la pobreza y la exclusión social en el 2019 (EAPN, 2020), más de 11 millones de personas, en torno a un 25.3 % de la población española se encontraba en riesgo de pobreza o exclusión social. De ellos, 9.7 millones en riesgo de pobreza, cifra que, como puede observarse en el gráfico es ligeramente mejor que en el 2018 (8 décimas menos), pero que seguía por encima de los datos de 2008, justo antes del impacto de la crisis económica y social en España, hay unas 653.000 personas más esta situación. Los últimos datos relativos al año 2020 no son más favorables, la tasa de riesgo y exclusión social se elevó hasta el 26.4% en España, el riesgo de pobreza del 20.7% que puede observarse en el gráfico al 21% y el 7% de la población se encuentra en situación de carencia material severa, frente al 4,7% del año 2019 (INE, 2021); ha aumentado la tasa AROPE en grupos de edad con diferentes intensidades, siendo los mayores de 65 años los que mayor incremento han padecido, un 4.8%, algo realmente preocupante.

Cuadro 3: Tasa de riesgo de pobreza y Exclusión Social (AROPE), de 2011-2020.
Población incluida por edades

Por el contrario, el porcentaje de personas residentes en hogares con alta intensidad en el riesgo de exclusión social disminuyó y se situó en el 6,6%.

Tasa AROPE. Población incluida en al menos uno de los tres criterios del riesgo de pobreza o exclusión social por componentes

Por grupo de edad	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Total	20,6	20,6	20,7	20,8	20,8	21,0	21,1	21,2	21,3	21,4
Menores de 16 años	10,6	10,6	10,6	10,6	10,6	10,6	10,6	10,6	10,6	10,6
Entre 16 y 64 años	18,8	18,8	18,8	18,8	18,8	18,8	18,8	18,8	18,8	18,8
65 años y más	22,2	22,2	22,2	22,2	22,2	22,2	22,2	22,2	22,2	22,2

Por grupo de edad, la tasa AROPE subió en todos. Entre los mayores de 65 años aumentó 4,8 puntos, entre los menores de 16 años subió 1,1 puntos y en el grupo de 16 a 64 años 4,8 puntos.

Tasa AROPE. Población incluida en al menos uno de los tres criterios del riesgo de pobreza o exclusión social por grupos de edad

Por grupo de edad	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Total	20,6	20,6	20,7	20,8	20,8	21,0	21,1	21,2	21,3	21,4
Menores de 16 años	10,6	10,6	10,6	10,6	10,6	10,6	10,6	10,6	10,6	10,6
Entre 16 y 64 años	18,8	18,8	18,8	18,8	18,8	18,8	18,8	18,8	18,8	18,8
65 años y más	22,2	22,2	22,2	22,2	22,2	22,2	22,2	22,2	22,2	22,2

Las fechas correspondientes a la tasa AROPE se muestran en un indicador de interacción entre las fechas con las que se encuentran en un mismo año que las del año anterior.

Fuente: Encuesta de Condiciones de Vida, Instituto Nacional de Estadística, 2021

Y, además, es preocupante, cómo casi la mitad de los hogares monoparentales con hijos y adolescentes están incluidos en esta tasa de riesgo (EAPN, 2020); en 2020, según el INE, el porcentaje asciende al 49.1% de un adulto con hijos dependientes.

Aproximadamente el 9% de la población, es decir, 4.3 millones de personas viven en pobreza severa, situación que se refiere a privaciones y condiciones de vida muy similares a las de los países en vías de desarrollo de los que presumimos estar alejados. Y, en 2020, con datos correspondientes al ejercicio de renta de 2019, un 1.4% de la población se encontraba al mismo tiempo en situación de riesgo de pobreza, carencia material severa⁹ y baja intensidad en el empleo.

No hemos cumplido con el objetivo de reducción de la pobreza y exclusión social (Estrategia UE-2020), de disminuir la tasa hasta un 1.5 millones de personas, como también pudo comprobar el relator especial de la ONU, Sr. Philip Alston, en su visita a nuestro país de febrero de 2020 (Naciones Unidas, 2020)¹⁰; pero, además, estos datos, que ya son abrumadores, no tienen en cuenta totalmente el devastador efecto de la pandemia que, iniciándose en 2020, continúa.

Los perfiles de las personas en situación de pobreza o en riesgo de padecerla han ido variando al cabo de los años.

Por una parte, las personas desempleadas que se encuentran en situación de riesgo de pobreza y exclusión social constituyen la tasa más alta, el 43.3%, pero, sin embargo, como he tenido ocasión de escribir y analizar en otras publicaciones, el trabajo no sirve para salir de la pobreza: la tasa de riesgo de pobreza en personas con trabajo sea incrementado ligeramente (hasta el 15%). Si combinamos este dato con otros (por ejemplo, en riesgo de pobreza o exclusión social el colectivo de jubilados supone un 16.7%) podemos afirmar que uno de cada cuatro pobres está desempleado o jubilado, y el resto tienen un trabajo insuficiente y precario, los denominados “working poor”.

Por otra parte, se ha incrementado el porcentaje de personas pobres con educación superior (16%), el de las personas jubiladas (11.9%) o el de los niños, niñas y

⁹ La carencia material severa se mide en función de nueve conceptos, y en 2020 los que más han aumentado son: primero, tener retrasos en el pago de gastos relacionados con la vivienda principal o en compras a plazos en los últimos 12 meses (13,5%, frente a 8,3% en 2019); segundo, no poder permitirse mantener la vivienda con una temperatura adecuada (10,9%, frente a 7,6%), es decir, la pobreza energética; y, tercero, no poder permitirse una comida de carne, pollo o pescado al menos cada dos días (5,4%, frente a 3,8%).

¹⁰ Las transferencias sociales en España solo lograron reducir un 22,94% en comparación con el promedio de la UE de 33,2% en la UE, en 2018. Naciones Unidas, Informe del Relator especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos acerca de su visita a España, A/HRC/44/40/Add.2, 2020.

adolescentes (30.3% en 2019)¹¹, así como la tasa de riesgo de pobreza de las personas adultas con discapacidad que ha alcanzado cotas históricas para olvidar (28.9%).

Junto con los índices de pobreza relativa y absoluta, riesgo de pobreza o exclusión social, cada vez más, percibimos y comprobamos la ampliación de la brecha entre personas pobres y ricas, o, como se suele decir, los pobres son más pobres y los ricos son más ricos; no solo en España donde la renta total del 20 % de la población con mayores ingresos multiplica por seis la renta total del 20 % con menores ingresos, sino que la tendencia es mundial, como ya apuntó Oxfam International en un estudio sobre 2018 (Oxfam International, 2019)

De manera reciente, se ponía de manifiesto que el ingreso medio por persona en 2019 fue superior en 5.2% al año 2018, lo que aumenta también el umbral de riesgo de pobreza.

Cuadro 4: Renta media y umbral de la pobreza en España, 2011-2020

El umbral de riesgo de pobreza para los ingresos de una persona (calculado con los datos de ingresos de 2019) se situó en 9.425 euros, un 6,8% más que el establecido en el año anterior. El ingreso compensador por dos adultos y dos menores de 14 años, dicho umbral fue de 20.215 euros.

Renta mediana y umbral de riesgo de pobreza

Indicador	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Renta mediana	10.200	10.200	10.200	10.200	10.200	10.200	10.200	10.200	10.200	10.200
Umbral de riesgo de pobreza	8.200	8.200	8.200	8.200	8.200	8.200	8.200	8.200	8.200	9.425
Umbral de riesgo de pobreza y dos adultos y dos niños	17.200	17.200	17.200	17.200	17.200	17.200	17.200	17.200	17.200	20.215

Población en riesgo de pobreza:
 En 2020 el número de personas en riesgo de pobreza (que incluye a la población absoluta, a la población relativa y a la población en riesgo de pobreza) se situó en 17,9 millones, un 0,1% más que el establecido en el año anterior. El número de personas en riesgo de pobreza (que incluye a la población absoluta, a la población relativa y a la población en riesgo de pobreza) se situó en 17,9 millones, un 0,1% más que el establecido en el año anterior. El número de personas en riesgo de pobreza (que incluye a la población absoluta, a la población relativa y a la población en riesgo de pobreza) se situó en 17,9 millones, un 0,1% más que el establecido en el año anterior.

Fuente: ECV, Instituto Nacional de Estadística, 2021

En el ámbito europeo, en 2019, alrededor de 91 millones de personas (de las cuales 17,9 millones eran niños de 0 a 17 años) estaban en riesgo de pobreza o exclusión social en la UE. Esa cifra en 2020 se ha incrementado.

Tercero. “Vocación racionalizadora” del pilar no contributivo de la Seguridad social. Si hasta ahora nos habían parecido abrumadores los objetivos normativos, este enunciado, los supera a todos ellos. Relacionándose con el Pilar 14 de Derechos sociales de la UE, el IMV pretende ser el primer paso para, en mi opinión, absorber el entramado de subsidios de desempleo de nuestro país. De tal manera que su vocación

¹¹ Con respecto a la población infantil, hacemos la siguiente aclaración: el 30,3% está en situación AROPE, el 27,4% vive en riesgo de pobreza, el 6% soporta privación material severa, el 13,1 % lo hace en pobreza severa medida con un umbral del 40% de la mediana, y el 8,4% vive en hogares con baja intensidad de empleo (EAPN, 2020).

sistémica, estructural, desborda su pura dimensional prestacional y resulta excesivamente ambicioso.

En este sentido, el pilar 14, con el título “Prestaciones por desempleo” indica, del literal:

“Los desempleados tienen derecho a ayudas adecuadas a la activación por parte de los servicios públicos de empleo para (re) integrarse en el mercado laboral y a prestaciones de desempleo adecuadas de duración razonable, en consonancia con sus propias contribuciones y los criterios de concesión nacionales. Estas prestaciones no deben desincentivar un retorno rápido al trabajo”.

Si bien la UE recomendaba en el último Plan de Acción del Pilar europeo de Derechos sociales atender a la necesidad de reformar las estructuras de la protección social de los Estados miembros, ante la insuficiente manifiesta durante la crisis de la COVID-19, e, incluso, estudiar el futuro del estado del bienestar, su financiación y conexiones de cara a presentar un estudio en el 2022, España ha aprovechado tanto la aprobación del RD del IMV como del reciente Plan de Choque para la economía de los cuidados y refuerzo de las políticas de inclusión, componente 22, de 2021 para anunciarlo¹²

Son muchas las cuestiones que se plantean en este documento, reiterando en continuas ocasiones que se trata de cumplir adecuadamente los principios del Pilar Europeo de Derechos Sociales, pero, también, de fortalecer la protección social desde la inclusión social como derecho de ciudadanía. Entre los objetivos que más se relacionan con nuestro tema de análisis, destacamos los que siguen, a saber:

- Mejorar el marco normativo estatal del sistema de servicios sociales y de la política de protección a las familias, en sus distintas formas.
- Innovar en materia de servicios sociales, a través de las nuevas tecnologías.
- Mejorar los servicios de protección de la infancia y adolescencia, rompiendo los ciclos de desventaja social.
- Promover la accesibilidad universal en todos los ámbitos donde existen barreras que impiden la participación plena de todas las personas en condiciones de igualdad.
- Apoyar el crecimiento inclusivo reduciendo la desigualdad de la renta y las tasas de pobreza extrema y moderada, a través del Ingreso Mínimo Vital y la reorganización del sistema de prestaciones no contributivas.

¹² Accesible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/05052021-Componente22.pdf>.

El cumplimiento de estos objetivos se plantea en distintas reformas, sometidas a plazos diferentes, alcanzando el 2023 para su implementación definitiva. En este sentido, como se puede observar en los objetivos transcritos, se destaca significativamente la lucha contra la pobreza y la exclusión social, reforzando los servicios sociales y de empleo, como lugar cercano de atención a las personas vulnerables, la necesidad de atender a la infancia y a los diferentes modelos de familia existentes, en la misma línea que las recomendaciones de la UE, y, finalmente, esa reordenación del sistema de prestaciones no contributivas a través del IMV¹³. Es en este último punto, donde ese tímido avance del objetivo de vocación racionalizadora de esta prestación, anunciado en la Exposición de motivos del RD de IMV, se muestra en todo su esplendor.

Incluso el Plan, insistiendo en la necesidad de reducir la fragmentación del sistema nacional de asistencia al desempleo, reitera la existencia de carencias en los regímenes autonómicos y plantea el IMV como un “suelo estatal” que pueden complementar las rentas autonómicas. Esta consideración no es nueva ni exclusiva del Gobierno, pues ya en junio de 2020, el Consejo Económico y Social (CES, 2017) ponía de manifiesto que pese a las reformas de las últimas décadas de las rentas mínimas autonómicas en virtud de sus competencias (art. 148.1. 20ª CE) existían importantes diferencias en cuanto al acceso y la efectividad, recibiendo importantes críticas también en cuanto a la insuficiencia de sus cuantías para luchar contra la pobreza¹⁴.

Pues bien, en este punto, donde entre las rentas mínimas de las CCAA y el IMV, todas ellas con carácter subsidiario, puede estar produciéndose una reducción del ámbito de protección, negativa, tanto a nivel económico como de intensidad, pero, también, un problema competencial directo. Debemos esperar al próximo pronunciamiento del Tribunal Constitucional que el 23 de abril de 2021, ha admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra los arts. 17.1, 22.1 y 2, 24.1, 25.1 y 2, 26.1 y 2; disposiciones adicionales 1ª y 4ª; disposición transitoria 1ª.1, 5, 8, 9 y 10 y la disposición final 9ª, del RD-L 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital; fundamentalmente, por una cuestión competencial.

Asimismo, en el Plan de Choque del Gobierno de España se plantea la mejora de muchas de las lagunas de la norma, mencionamos solo dos.

¹³ Entre otras, las reformas C22.R2 y C22.R5.

¹⁴ Es relevante indicar, que esto también ha sucedido con respecto a las observaciones del cumplimiento de la Carta Social Europea: El Comité DESC, ‘Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España’, E/C.12/ESP/CO/6, 2018, con respecto a la pobreza ya indicaba a España que establecer un mínimo de edad para el acceso a las rentas mínimas en las CCAA suponía un incumplimiento de la Carta social -no revisada-. Téngase en cuenta que estas conclusiones no tuvieron en cuenta la prestación del IMV porque no estaba aprobado, y en 2021 debe manifestarse al Comité en sus nuevas Observaciones.

1ª) La creación de incentivos al empleo vinculados a la prestación que permitan la transición real desde la exclusión a la inclusión social, que es precisamente lo que el Pilar Europeo de Derechos sociales enuncia, y una de nuestras principales críticas en cuanto a las distorsiones que se producen. No ya por evitar la trampa de la pobreza sino más bien por estar suponiendo un motivo de inadmisión de las solicitudes de la prestación de aquellas personas o unidades de convivencia que pretendieran compatibilizar trabajo y prestación del IMV¹⁵.

2ª) La mejora del apoyo de las familias para reducir la pobreza infantil, planteándose para finales de 2021 -perdón, pero vamos tarde atendiendo a las vergonzosas cifras de pobreza infantil de nuestro país- modificar los umbrales de renta garantizada del IMV para las familias con menores, revisando, asimismo, las deducciones fiscales de estas unidades familiares. En este sentido, sin entrar en muchos detalles, en el RD IMV hacía desaparecer, solo en algunas ocasiones, la prestación familiar por hijo/a cargo.

En líneas generales, la prestación familiar de hijo/a a cargo desaparece en caso de que la persona tenga derecho al IMV, otorgándose un derecho de opción, en 30 días, por una u otra prestación si el IMV es inferior a la prestación por hijo/a a cargo. Si la persona opta en ese plazo por el IMV, la prestación familiar se perdería (art. 16 y Disposición Transitoria 1ª RD-L 20/2020). Carece de sentido, primero, la opción por una prestación de menor cuantía, pese a que sea mejor en cuanto a que no limita su percepción a la edad del menor sino solamente su convivencia; y, segundo, dejar en manos de la persona perceptora de la prestación una decisión que debería afrontar el propio sistema y no la persona en situación de necesidad.

Sin embargo, esa prestación no se pierde si el hijo/a posee una discapacidad a partir del 33%, pese a que haya identidad de causantes. Y, la norma prevé que, aunque haya identidad, si no hay derecho al IMV, la prestación familiar, lógicamente, no se perderá.

Se plantea además otra situación derivada de la afectación de la prestación familiar por el IMV, y es que cuando estamos ante personas que trabajan y que no solicitan el IMV, estas siguen percibiendo la prestación familiar.

Todo lo descrito debe ser estudiado desde la óptica del derecho a la igualdad y no discriminación en el acceso a las prestaciones de Seguridad social, pues, aunque la finalidad del IMV sea la protección de la pobreza, puede estar generando situaciones de discriminación su incidencia en la prestación familiar. Asimismo, en el mes de mayo

¹⁵ En la Comparecencia del Ministro de Inclusion, Seguridad social y Migraciones en el Congreso de los Diputados, de 21 de marzo de 2021, los datos ofrecidos eran que el 60% de las solicitudes denegadas o inadmitidas incumplían los criterios de renta. Teniendo en cuenta que a 4 de Agosto de 2021 nos encontramos sin desarrollo reglamentario de la posibilidad de compatibilidad de la prestación y el trabajo, la autora considera que es probable que el rechazo administrativo venga provocado por esa carencia legal.

de 2021 la UE recomendaba a España intensificar la protección a nivel prestacional de los hijos, atendiendo a las escandalosas cifras de pobreza infantil de nuestro país, y es en este marco donde la aparición/desaparición de la prestación familiar no encuentra una adecuada justificación.

Es realmente sorprendente que con la regulación actual del IMV se pretenda un enfoque de protección a la familia, en línea con el Pilar Europeo de Derechos sociales y que se insista en ello en el Plan de Choque del Gobierno de España. Deberían llevarse a cabo importantes modificaciones al respecto en el RD actual para que esta prestación supusiera una ayuda real a las familias con hijos y un instrumento eficaz de lucha contra la pobreza y la exclusión en familias con hijos no discapacitados; tal y como se enuncia en la actualidad, es imposible poder considerarlo así (SÁNCHEZ-RODAS, 2021), y, además, acorde con los principios y recomendaciones de la Unión al respecto¹⁶.

IV. Conclusiones

Las ventajas e inconvenientes de la renta o ingreso mínimo también han sido puestas de manifiesto por la doctrina (Gimeno, J.A., 2019). La renta mínima puede generar como efecto directo una “trampa de pobreza”, convirtiéndose en un desincentivo para el empleo e, incluso, en un estímulo para la informalidad laboral, uno de los principales retos que debemos afrontar en nuestro mundo del trabajo y que, en mi opinión, puede verse incrementada sustancialmente como consecuencia de la actual crisis. Otro de los inconvenientes de este tipo de renta, puede ser los altos gastos de gestión de la misma, tanto para las Administraciones públicas competentes como para los beneficiarios, teniendo en cuenta la complejidad administrativa existente ya en nuestro sistema de protección social. A su vez, y dependiendo de su diseño, puede contribuir a disminuir las altas tasas de pobreza y exclusión social de nuestro país.

Sin embargo, en la elaboración y puesta en marcha del IMV en España se ha optado por un modelo muy ambicioso, pero *low cost*. El art. 12 de la LPGE plantea como tope absolutamente máximo para el mismo, tres mil millones de euros, inferior a la propia propuesta de AIREF de 3 mil quinientos millones y a la Iniciativa Legislativa Popular del sindicato Comisiones Obreras, de 5 mil millones. Ese tope, incluye los altos gastos de administración y sistemas burocráticos de la puesta en marcha de una prestación social, cuya competencia ha sido otorgada principalmente al INSS, con un éxito relativo que han provocado cambios en la gestión y en la propia configuración normativa, descentralizando en cierta medida la recepción de solicitudes.

¹⁶ En este sentido, en el mes de mayo de 2021, la UE realizaba la recomendación específica a España de incrementar la protección de la familia, no de hacerla más restrictiva como en la actualidad establece el RD del IMV.

Ese presupuesto inicial podría -y debería- ser modificado para el cumplimiento de los grandes objetivos que ha declarado España desde la aparición de la norma en mayo de 2020, así como para adecuarse a todas y cada una de las recomendaciones generales y específicas de la Unión. La protección a la infancia, por ejemplo, y la ruptura del ciclo de desigualdades transgeneracionales exige un esfuerzo de inversión, que la propia Unión ha establecido en su Plan de Acción del Pilar europeo de Derechos Sociales. España es el séptimo país con la tasa de pobreza y exclusión social más alta en la UE (Tasa AROPE) como hemos visto y la afectación a la infancia es realmente grave: los componentes que miden pobreza, privación material severa y baja intensidad de empleo se incrementaron, incluso, de manera previa a la COVID-19, desde 2008 somos el cuarto país con peor evolución de esta tasa.

Por ello, el nuevo fondo creado debe servir para luchar contra un problema estructural, que, también, se ha agravado -aunque no conozcamos los contornos totales todavía- durante la pandemia de la COVID-19.

El cumplimiento de la renta mínima como Pilar Europeo de Derechos Sociales es fundamental sí, pese a no ser un instrumento jurídicamente vinculante y resultar insuficiente en sus consideraciones de apoyo y colaboración. Sin embargo, para suplir estas carencias, la Unión a través de sus fondos económicos está dotando a los Estados miembros para que el esfuerzo presupuestario que puede suponer su cumplimiento no altere el equilibrio financiero de cada uno de ellos; las consecuencias de la crisis de la COVID-19 están sirviendo de excusa para una importante movilización de capitales que facilita mayores recursos a los Estados para ello.

El incremento de indicadores de los países miembros como el PIB, la contención de los despidos y el mantenimiento del empleo o la disminución del abandono escolar prematuro no generan por sí mismas una reducción de las brechas sociales y económicas en España; deben venir acompañadas de un esfuerzo mayor, de mucha mayor implicación de todos los agentes políticos de los diferentes niveles territoriales y de los agentes sociales, entre otras cuestiones.

No es de extrañar que, en este marco, desde EAPN a Cáritas en 2020 hayan pedido un marco europeo -real si me permiten- sobre las rentas mínimas, incluso, en la forma de Directiva. Es necesario la creación de unos estándares sociales mínimos sí, pero también, en nuestro territorio, eliminar las brechas existentes en torno a la protección del ingreso mínimo vital. Porque como indican EAPN (2021) no se trata solo de un instrumento de justicia social, sino que el ingreso mínimo es un instrumento de inteligencia económica que beneficia al conjunto de la población, tanto española, como europea.

V. Bibliografía

AIREF (2019), *Los programas de rentas mínimas en España*, accesible: https://www.airef.es/wp-content/uploads/RENTA_MINIMA/20190626-ESTUDIORentas-minimas.pdf.

Banyuls Llopis, Josep; Recio Andreu, Albert (2017): “Pobreza laboral en España: causas y alternativas políticas”. Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales, Vol. 4, <http://dx.doi.org/10.5565/rev/aiet.59>.

Burriel Rodríguez-Diosdado, P. (2021), “Problemas internos y externos del ingreso mínimo vital”, *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, núm. 224, julio 2021.

CES, (2017), *Informe 2017*, 2017, accesible en: www.ces.es/informes.

EAPN-ES *European Anti Poverty Network* (Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social en España) (2020), *El estado de la pobreza. Seguimiento del indicador de pobreza y exclusión social en España 2008-2019*, 10º Informe, octubre 2020.

Gimeno, J.A., (2019), “De rentas mínimas a renta básica”, *Revista Diecisiete* nº 1, octubre 2019.

Guerrero Padrón, Thais, (2020) “Ingreso Mínimo Vital y nacionales británicos en España en tiempos del Brexit”, *E-Revista Internacional de la Protección Social* nº 20/2020.

Jimena Quesada, Luis, ‘El derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social como paradigma del respeto a la dignidad humana. La inserción del ingreso mínimo vital en el marco de la evolución de los estándares internacionales’, *Lex Social*, 10(2), 2020.

Monereo Pérez, José Luis, y Fernández Bernat, Juan Antonio, “El pilar europeo de los derechos sociales: un mecanismo insuficiente para garantizar la dimensión social”, *Diario La Ley*, Madrid, n. 9001, de 15 de junio de 2017.

Nato, Alessandro (2019), “El ingreso mínimo garantizado en la Unión Europea Entre la crisis económica y el Pilar Europeo de los Derechos Sociales: aspectos críticos de un instrumento legal positivo y esencial para combatir la pobreza”, *Revista IUS ET VERITAS* núm. 59, noviembre 2019, <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201902.016>.

OECD, (2020), “Policy Responses to Coronavirus (COVID-19), “What is the impact of the COVID-19 pandemic on immigrants and their children?”, october 2020, <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/what-is-the-impact-of-the-covid-19-pandemic-onimmigrants-and-their-children-e7cbb7de/>.

Oxfam International, (2019), *Public Good or private health? Universal health, education and others public services*, Oxfam Briefing Paper – january 2019.

Sánchez-Rodas Navarro, C., (2021) “**El ingreso mínimo vital a la luz del derecho de la unión europea y de los convenios internacionales de seguridad social vigentes en España.**” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, nº 1/2021, marzo 2021.

INGRESSO MÍNIMO VITAL – SOLUÇÃO PARA A PRECARIEDADE E A POBREZA?¹

Georgenor de Sousa Franco Filho²

RESUMO: Este estudo examina os instrumentos criados para fazer face às dificuldades econômicas decorrentes da pandemia causada pela Covid-19. A partir de considerações gerais sobre pobreza e precariedade, são feitos comentários à legislação espanhola sobre o ingresso mínimo vital e à brasileira sobre o benefício emergencial. Em conclusão, leva-se em conta a necessidade da superação dessa pandemia para que se possa retornar à normalidade.

ABSTRACT: This study examines the instruments created to address the economic difficulties arising from the pandemic caused by Covid-19. From general considerations about poverty and precariousness, comments are made to the Spanish legislation on the minimum vital admission and the Brazilian legislation on the emergency benefit. In conclusion, it takes into account the need to overcome this pandemic in so that normality can be returned.

PALAVRAS-CHAVE: Ingresso mínimo vital. Benefício emergencial. Covid-19. Pobreza. Precariedade.

KEYWORDS: Vital minimum ticket. Emergency benefit. Covid-19. Poverty. Precariousness.

SUMÁRIO: 1. Pobreza e precariedade. 2. Importância de um mínimo vital. 3. Sistema espanhol de rendimento mínimo: um possível modelo. 4. O benefício mínimo no Brasil. 5. O que esperar para o futuro? Referências.

SUMMARY: 1. Poverty and precariousness. 2. Importance of a vital minimum. 3. Spanish minimum income system: a possible model. 4. The minimum benefit in Brazil. 5. What to expect for the future? References.

¹ Palestra proferida no XI Congresso Internacional da Academia Brasileira de Direito do Trabalho - ABDT (Sevilha, Espanha, 7.10.2021, 11,50h Brasil).

² Desembargador do Trabalho de carreira do TRT da 8ª Região. Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor *Honoris Causa* e Professor Titular de Direito Internacional e do Trabalho da Universidade da Amazônia. Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Membro de Número da Academia Ibero-Americana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Membro da Academia Paraense de Letras, da Academia Brasileira de Seguridade Social, da Asociacion Ibero-Americana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social e da Academia Paraense de Letras Jurídicas.

1. Pobreza e precariedade

As palavras precariedade e pobreza são partes do vocabulário do Direito do Trabalho contemporâneo de modo muito enfático.

Pobreza significa possuir menos do que o mínimo indispensável à vida, é o que se chama pobreza absoluta ou extrema, que existe em seu grau menos doloroso como pobreza relativa, significando possuir menos que outros integrantes do grupo social a que se pertence. Paralelamente, existe a pobreza subjetiva, que ocorre quando a pessoa se sente com recursos menores dos que, em tese, necessitaria para continuar vivendo.

Por pobreza crítica deve-se considerar aquela extrema, na qual a renda diária é de US\$1,90 por dia, segundo o Banco Mundial.³ Nessa linha, um dos propósitos essenciais da Organização dos Estados Americanos (OEA), como consta de sua Carta, atualizada pelo Protocolo de Manágua de 10.6.1993, é justamente “erradicar a pobreza crítica, que constitui um obstáculo ao pleno desenvolvimento democrático dos povos do Hemisfério” (art. 2, g), e, dentre seus princípios, consta que “A eliminação da pobreza crítica é parte essencial da promoção e consolidação da democracia representativa e constitui responsabilidade comum e compartilhada dos Estados americanos” (art. 3, f).

Esses propósitos e princípios da OEA deveriam ser estendidos a todos os continentes, porque, segundo dados do Banco Mundial, dos dez países com maior percentual de pobreza em sua população, oito são da África, um é da América do Sul e um, da Ásia, sendo a Síria o mais pobre, com 82,5% da sua população abaixo da linha de pobreza, ou seja, ganham menos de US\$ 1,90/dia.⁴

E a precariedade? Quando uma atividade é desenvolvida colocando os seus executores em situação de vulnerabilidade ou de risco, encontra-se caracterizado um trabalho precário. Existe um reduzido nível de proteção e de garantias mínimas, sem condições para desenvolver dignamente seu labor.

Em alguns casos, cria-se uma falsa liberdade, transformando, por exemplo, um trabalhador subordinado em autônomo, em patrão de si mesmo, falsamente independente, e, na verdade, um trabalhador precarizado.

Deve-se aduzir que, ao significar um verdadeiro desmonte de direito do trabalho, a precarização ganha maior terreno com o desenvolvimento tecnológico que exclui boa parte da mão de obra humana, gerando desemprego estrutural. Alia-se a isso a ignorância digital e a carência tecnológica. Aquela deve ser entendida pelo profundo

³ Cf. <https://www.worldbank.org/en/news/feature/2016/01/13/principles-and-practice-in-measuring-global-poverty>. Acesso em: 04 jun. 2021.

⁴ Abaixo da Síria estão: Zimbábue, Madagascar, Serra Leoa, Nigéria, Suriname, Guiné Bissau, São Tomé e Príncipe, Sudão do Sul e Burundi. A título de ilustração, observe-se que Brasil figura em 165º lugar; EUA, em 127º; Portugal, em 112º e Espanha, em 104º. Cf. <https://www.indexmundi.com/g/r.aspx?v=69&l=pt>. Acesso em: 04 jun. 2021.

desconhecimento da grande maioria das pessoas das modernidades. Esta é a falta de condições de acesso às novas tecnologias ocasionadas pelo mundo cibernético.

2. importância de um mínimo vital

O ingresso mínimo vital⁵ é um necessário benefício que se cria para o iniciar da vida ativa e, em momentos de grave problema, para ajudar na superação de dificuldades que podem surgir.

Lembram Rivero e Savatier, que “l’idée du minimum vital qui doit être garanti à tout travailleur, quelles que soient les possibilités économiques de ‘entreprise, inspire l’institution du salaire minimum”⁶. Completam ensinando as razões justificadoras desse salário mínimo:

*[...] garantie d’un minimum vital, d’un pouvoir d’achat constant, d’une croissance de la rémunération avec le développement économique, enfin instrument de correction des inégalités de salaires, telles sont les fonctions, apparues successivement, du salaire minimum légal pour tous les salariés.*⁷

Acerca de salário mínimo, Palomino explica que

*[...] es vital, porque debería serlo en el sentido de que sirva y alcance para mitigar las necesidades primarias del trabajador y su familia, pero no logra este propósito, pues ni siquiera le permite al trabajador cubrir estrictamente las necesidades más elementales de la vida en lo que concierne a él y los que dependen económicamente de él.*⁸

Na doutrina francesa, para o Direito do Trabalho, salário é “toute somme ou tout avantage accordé à l’occasion du travail dans le cadre de l’entreprise avant pris le travailleur en charge”.⁹ Esse também é o pensamento italiano, porque:

*[...] costituendo l’oggetto dell’obbligazione fondamentale dell’imprenditore e quindi del diritto fondamentale del prestatore di lavoro, la retribuzione è il punto più importante per la disciplina del rapporto di lavoro.*¹⁰

Na lição sempre atual de Martins Catharino,

⁵ Na lição de José Martins Catharino, o salário suficiente também é chamado de *mínimo* ou *vital*, ou, ainda, *salário mínimo vital* (CATHARINO, José Martins. **Tratado jurídico do salário**. ed. fac-similada, São Paulo, 1994. p. 186).

⁶ RIVERO, Jean; SAVATIER, Jean. **Droit du travail**. 11. ed. Paris: Presses Universitaires, 1989. p. 667.

⁷ RIVERO, Jean; SAVATIER, Jean., *idem*, p. 683

⁸ PALOMINO, Teodosio A.. **El salario**. Lima: Ernesto Impresiones, 2017. p. 126.

⁹ LYON-CAEN, Gérard & PÉLISSIER, Jean. **Droit du travail**. 14. ed. Paris: Dalloz, 1988. p. 533

¹⁰ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Nozioni di Diritto del Lavoro**. 35. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1987. p. 216-217.

[...] o direito à existência é um direito consubstanciado na pessoa, e resultado de seu incontestável primado sobre as contingências econômicas. É pois dever da lei, se as partes assim não o fizerem, assegurar a quem trabalha um salário suficiente.¹¹

Adiante, distingue o salário mínimo em duas vertentes. O sentido amplo é “aquele capaz de assegurar a vida normal do trabalhador e daqueles que dele dependem”, e, em sentido estrito, “é aquele que se destina, exclusivamente, a assegurar a satisfação das necessidades mínimas do assalariado”.¹²

Interessante assinalar que “le salaire est le revenu essentiel d’une famille, et l’un des principaux postes de charge pour l’entreprise”, como assinala Jean-Emmanuel Ray, destacando, ainda, que, na França, em 2004, 39% dos conflitos envolviam questão salarial, e que “la politique de rémunération joue para ailleurs donc un rôle majeur dans la politique sociale de l’entreprise”.¹³

Destaca-se, ainda, com Norbert Olszak, que, na França, a ideia de um salário mínimo vital, independentemente do mercado, foi introduzido pela Carta do Trabalho, de 4 de outubro de 1941, conforme trecho a seguir:

[...] dont l’objectif était de parvenir à une organisation sociale des professions. Ce minimum était fixé directement par le gouvernement et non par les organisations professionnelles qui n’interviennent que pour les éléments complémentaires à ce salaire vital (rémunération de qualification et des conditions particulières de travail ainsi que suppléments familiaux).¹⁴

Intervieram apenas para os elementos adicionais a este salário de subsistência (remuneração por qualificações e condições especiais de trabalho, bem como suplementos familiares).

É o salário mínimo, então, um direito garantido, no Brasil, no art. 7º, IV, da Constituição, que o consagra como sendo, nos expressos termos da Lei Fundamental:

[...] fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.¹⁵

Vale lembrar, como doutrina, Amauri Mascaro Nascimento, que, no cálculo do valor do salário mínimo, são consideradas algumas necessidades vitais básicas indicadas pelo legislador.¹⁶

¹¹ CATHARINO, J. M., *op. cit.*, p. 183.

¹² CATHARINO, J. M., *idem*, p. 186.

¹³ RAY, Jean-Emmanuel. **Droit du travail droit vivant**. Paris: Liaisons, 2005. p. 165.

¹⁴ OLSZAK, Norbert. **Histoire du droit du travail**. Paris: Economica, 2011. p.75.

¹⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Salário: conceito e proteção**. São Paulo: LTr, 2008. p. 169.

¹⁶ NASCIMENTO, A.M., *ibidem*.

Como ressalta Palomino, “el salario vital debe satisfacer las necesidades elementales del trabajador, e arremata, todos los elementos esenciales que se asocian con la vida material, espiritual, psicológico del trabajador y de los suyos”.¹⁷

Essas noções todas, entretanto, revelam o mínimo enquanto salário básico para a sobrevivência humana em tempos de normalidade. Não se quer, com isso, falar em novo normal. O que existe, presentemente, no Brasil e no resto do mundo, é um modo anormal de viver e espera-se poder voltar ao normal da humanidade um dia. Portanto, não se trata de salário mínimo, mas de um ingresso mínimo vital, um aporte financeiro excepcional com causa e destinação específicas, para garantir a sobrevivência das pessoas nesses momentos aterrorizantes para a humanidade.

Enquanto isso não ocorre, isto é, o retorno à normalidade, vários instrumentos precisaram ser criados para garantir o mínimo de sobrevivência digna aos seres humanos. Daí se poder falar em ingresso mínimo vital, que, desde já, entende-se não se tratar nem de precarização, nem de incentivo à pobreza. Ao contrário, trata-se de um mecanismo para ajudar a superar esses momentos diferentes de sobrevivência.

3. Sistema espanhol de rendimento mínimo: um possível modelo

Dentro desse panorama pode-se dizer diferente, vários mecanismos têm sido tentados. Excelente exemplo é o sistema espanhol de rendimento mínimo vital, estabelecido pelo Real Decreto-Lei nº 20/2020, de 29 de maio.¹⁸ O seu objetivo:

[...] é criar e regular o rendimento mínimo vital como benefício destinado a prevenir o risco de pobreza e exclusão social de pessoas que vivem sozinhas ou integradas em unidade de convivência, quando se encontram em situação de vulnerabilidade devido à falta de recursos econômicos suficientes para cobrir suas necessidades básicas (art. 1).

O mesmo diploma dispõe que esse rendimento é um direito subjetivo a um benefício de natureza econômica que garante um nível mínimo de rendimento a quem se encontre em situação de vulnerabilidade econômica, a fim de garantir melhoria para sua inclusão social e laboral de quem dele se beneficiar (art. 2, 1), com relevância para o papel dos poderes públicos no que respeita ao regime da seguridade social e seu relevante papel, conforme inclusive o art. 41 da Constituição Espanhola (art. 2,2).

Como se verifica, o Real Decreto-Lei nº 20/2020 surgiu em plena pandemia do SARS-CoV-2, que persiste até o momento. Vai daí que o Real Decreto-Lei nº 3/2021, de 2 de fevereiro de 2021, modificou em parte aquela norma e adotou medidas de redução da lacuna de gênero e deu outras providências nas áreas da Segurança Social e Econômica, flexibilizando as exigências iniciais.

¹⁷ PALOMINO, T., *op. cit.*, p. 127.

¹⁸ Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/05/29/20/con>. Acesso em: 02 jun. 2021.

Constata-se que, com

[...] a persistência da crise sanitária provocada pelo vírus SARS-CoV-2, é necessário continuar a adotar as medidas que a situação exige em cada momento, utilizando também os instrumentos que permitam que tais medidas sejam eficazes no menor tempo possível, dada a urgência inerente ao cenário atual.¹⁹

Assim tem sido procedido na Espanha, onde o ingresso mínimo vital

[...] opera como uma rede de proteção que visa permitir a transição de uma situação de exclusão para a participação na sociedade. Para tal, conterà incentivos ao emprego e à inclusão na sua concessão, articulados através de diferentes formas de cooperação entre administrações.²⁰

A esse respeito, é importante destacar que

[...] o montante do rendimento mínimo vital para o beneficiário individual ou unidade habitacional será a diferença entre o rendimento garantido e o conjunto de rendimentos dessas pessoas, desde que o montante resultante seja igual ou superior a € 10 mensais.²¹

Relevante assinalar que o pagamento do benefício é mensal, mediante transferência bancária para a conta do beneficiário, e é intransferível. De igual sorte, as pessoas beneficiárias devem cumprir diversas obrigações sob pena de perder direito e devolver o que recebeu indevidamente.

Ressalta-se que muitas coisas específicas envolvem o sistema espanhol de garantia de renda mínima, seja no que respeita a seu alcance, sua abrangência, as comprovações periódicas, a necessidade de práticas honestas de procedimento pena de perda do benefício. Preocupou-se o legislador espanhol em fixar claramente o sentido de vulnerabilidade econômica para evitar fraudes.

4. O benefício mínimo no Brasil

O sistema brasileiro é diferente do da Espanha. A legislação espanhola assinala preocupação com ausência, em seu sistema de Seguridad Social, de uma política que garantisse renda mínima à população mais vulnerável,

O Brasil adotou o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, com aplicação durante o estado de calamidade pública com efeitos até 31 de dezembro de 2020 (Decreto Legislativo nº 6/2020), de acordo com a Lei nº 14.020, de 06 de julho de 2020.

¹⁹ Cf. <https://www.camprmanyabogados.com/blog/ingreso-minimo-vital>. Acesso em: 02 jun. 2021.

²⁰ Cf. <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/65850d68-8d06-4645-bde7-05374ee42ac7>. Acesso em: 22 abr. 2021.

²¹ N. sent.: ROCHA, Tiago Santos. O ingresso mínimo vital na estrutura de proteção social da Espanha após a pandemia de Covid-19. *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 3, p. 994-1019, set./dez. 2020.

O art. 3º desse diploma, de vigência temporal limitada, menciona as medidas que foram adotadas nesse Programa Emergencial: o pagamento do Benefício, a ser custeado com recursos da União; a redução proporcional de jornada de trabalho e de salário e a suspensão temporária do contrato de trabalho.

O valor desse benefício tem como base de cálculo o valor mensal do seguro-desemprego, com cálculos específicos para cada situação. O percentual da redução para redução de jornada de trabalho e salário; 100% ou 70% do valor do seguro-desemprego para hipóteses específicas.

Por outro lado, durante o período em que o empregado receber o Benefício Emergencial terá garantia provisória no emprego (art. 10).

Em 27 de abril de 2021, foi editada a Medida Provisória nº 1.045, que reiterou com pequenas mudanças as regras da Lei nº 14.020, instituindo um Novo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, pelo prazo de cento e vinte dias, destinado a preservar o emprego e a renda, garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais e reduzir o impacto social decorrente das consequências da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19).

Esses instrumentos, entretanto, não são destinados a garantir, permanentemente, uma renda mínima vital para o trabalhador brasileiro. São temporários, emergenciais, mas, enfim, é o que se tem para tentar superar as inesperadas dificuldades que sufocaram a economia do Brasil e do mundo todo.

5. O que esperar para o futuro?

O ingresso mínimo vital da Espanha ou o benefício emergencial do Brasil são faces da mesma moeda. O acesso a eles é ocasionado pelo empobrecimento da população em decorrência dos trágicos efeitos na economia causados pela peste que está disseminando parte da humanidade.

Na Espanha, o governo estima atender 850 mil famílias em risco de pobreza, com o valor do auxílio variando entre € 461,5 para um adulto e € 1.015 para uma família de cinco membros.²² No Brasil, o valor médio do benefício é de R\$ 250, variando de R\$ 150 a R\$ 375, a depender do perfil do beneficiário e da composição de cada família, em até quatro parcelas.²³ Em última análise, parece que é o tempo de sobrevivência para quem não tem emprego, está ameaçado de perder ou simplesmente desistiu de conseguir um, em meio a essa tragédia que se abateu sobre a humanidade.

À indagação formulada pela comissão organizadora, se o ingresso mínimo vital é uma solução para a precariedade e a pobreza, acredita-se que, de tudo o que foi elencado ao longo desta exposição, a resposta é indubitavelmente negativa. Trata-se

²² Cf. <https://www.rtve.es/noticias/20210318/ingreso-minimo-vital-todo-debes-saber/2014771.shtml>. Acesso em: 22 jun. 2021.

²³ Cf. <https://www.caixa.gov.br/auxilio/auxilio2021/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 22 jun. 2021.

apenas de um paliativo para esse momento dantesco que ainda se vive e não se sabe até quando. Certamente, este mínimo é indispensável para proporcionar pelo menos um *standard minimum* de dignidade para os vulneráveis, os menos favorecidos, aqueles que, carentes, precisam do apoio e do incentivo, ainda que pequeno, do Estado. Espera-se que, futuramente, quando a humanidade tiver podido retornar à normalidade verdadeira, os governos e os parceiros sociais se unam no sentido de proporcionar a superação das muitas dificuldades existentes, sobretudo de uma renda justa, com acesso sobretudo aos desenvolvimentos tecnológicos que, hodiernamente e para além, serão indispensáveis à humanidade.

Relevante lembrar o ensinamento de Giovanni Nicolini, de que *“la retribuzione è diritto fondamentale del prestatore di lavoro e fondamentale obbligazione del datore del lavoro. Infatti, il contratto di lavoro è caratterizzato dallo scambio tra lavoro e retribuzione”*.²⁴ Em outros termos, se todos entenderem como o mínimo vital certamente a condição de direito fundamental do trabalhador ganhará muito maior vulto, e, sem dúvida, o ingresso mínimo vital do momento é apenas sazonal, isto é, minimizador do grave problema da crise sanitária mundial.

Um canção popular do Brasil escreveu, certa vez, que “amanhã há de ser outro dia”. É fato. Todo amanhã é novo. Em março de 2020, a humanidade acordou de um modo completamente diferente do que tinha no ontem. O mundo tem vivido um hoje terrível, preocupante, apavorante, temeroso, incerto. O medo da grande certeza da vida é alucinantemente intenso.

Espera-se o amanhã. O outro dia. A volta à normalidade. E ela vai chegar.

Referências

- CATHARINO, José Martins. **Tratado jurídico do salário**. ed. fac-similada, São Paulo, 1994.
- LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean. **Droit du travail**. 14. ed. Paris: Dalloz, 1988.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Salário: conceito e proteção**. São Paulo: LTr, 2008.
- NICOLINI, Giovanni. **Compendio di diritto del lavoro**. Milão: Cedam, 2004.
- OLSZAK, Norbert. **Histoire du droit du travail**. Paris: Economica, 2011.
- PALOMINO, Teodosio A. **El salario**. Lima: Ernesto Impresiones, 2017.
- RAY, Jean-Emmanuel. **Droit du travail droit vivant**. Paris: Liaisons, 2005.
- RIVERO, Jean; SAVATIER, Jean. **Droit du travail**. 11. ed. Paris: Presses Universitaires, 1989.
- ROCHA, Tiago Santos. O ingresso mínimo vital na estrutura de proteção social da Espanha após a pandemia de Covid-19. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 3, p. 994-1019, set./dez. 2020.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Nozioni di diritto del lavoro**. 35. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1987.

Belém, 15.4.2021/21.6.2021

²⁴ NICOLINI, Giovanni. **Compendio di diritto del lavoro**. Milão: Cedam, 2004. p. 283

PROTEÇÃO SOCIAL DE GRUPOS VULNERÁVEIS NA PÓS-PANDEMIA

Joselita Nepomuceno Borba¹

RESUMO: O trabalho ocupa – e sempre ocupou – posição de destaque na vida humana. Primeiro, com conotação individual, voltado à subsistência e segurança. Depois, com conotação social, quando, sobrando força trabalho, passou a ser despendida em favor de outrem e, como tal, elemento de produção. A essencialidade do trabalho na vida humana foi causa determinante de subjugo não só na exploração capitalista sem limite, causa de miséria e degradação, mas pela servidão e escravidão. Resgate da humanidade no trabalho consolidou-se no Século XX, com o Tratado de Versalhes e criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT). A legislação social consolida e expande-se. Constantemente revisitada e revisada, encontra-se apta e com força suficiente para enfrentar as transformações no mundo do trabalho e os abalos decorrentes de catástrofes, como o desastre natural em saúde que se abate sobre a humanidade. Essa é a conclusão da Conferência Internacional do Trabalho (2021), sobre aspectos inerentes ao mundo do trabalho em tempos de COVID-19. A abordagem foi centrada no ser humano, com chamado global à ação de recuperação, ficando evidenciado que não haverá desenvolvimento sustentável se não for dada atenção especial ao vulnerável, de cujo universo de vulnerabilidade se destaca a tentativa de o Brasil proteger a mulher gestante e o nascituro.

ABSTRACT: Work occupies – and has always occupied – a prominent position in human life. First, with individual connotation, focused on subsistence and security. Then, with social connotation, when, with the remaining workforce, it began to be spent in favor of others and, as such, an element of production. The essentiality of work in human life was a determining cause of subjugation not only in capitalist exploitation without limit, cause of misery and degradation, but by servitude and slavery. The rescue of humanity at work was consolidated in the 20th century with the Treaty of Versailles and the creation of the International Labour Organization (ILO). Social legislation consolidates and expands. Constantly revisited and revised, it is able and strong enough to face the transformations in the world of work and the shocks resulting from disasters,

¹ Mestre e Doutora em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, titular da Cadeira nº 08. Procuradora do Trabalho aposentada do Ministério Público do Trabalho. Membro da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho. Professora. Advogada. Consultora.

such as the natural disaster in health that is being struck down on humanity. This is the conclusion of the International Labour Conference (2021), on aspects inherent to the world of work in times of COVID-19. The approach was centered on the human being, with a global call to recovery action, and it is evident that there will be no sustainable development if special attention is not given to the vulnerable, whose universe of vulnerability stands out the attempt of Brazil to protect pregnant women and the unborn child.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção social. Grupos vulneráveis. OIT. Chamada global. Ação. Recuperação. Trabalho. Homem. Pós-pandemia. OIT. Lei brasileira nº 14.151/2021. Proteção à gestante e ao nascituro.

KEYWORDS: Social protection. Vulnerable groups. ILO. Global call. Share. Recovery. Work. Man. Post-pandemic. ILO. Brazilian Law No. 14,151/2021. Protection for pregnant women and the unborn child.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Proteção social no contexto do “direito das necessidades”. 2. Legado da Declaração da Filadélfia. Capital a serviço do homem. 3. Resposta global a uma recuperação centrada nas pessoas. 4. O trabalho em tempos de COVID-19: 109ª Conferência Internacional do Trabalho (2021). 5. Proteção social aos vulneráveis. 6. Vulnerabilidade da mulher gestante e a intenção de protegê-la na pandemia. Conclusão. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. Social protection in the context of the “right of needs”. 2. Legacy of the Philadelphia Declaration. Capital in the service of man. 3. Global response to a people-centred recovery. 4. Work in times of COVID-19: 109th International Labour Conference (2021). 5. Social protection for the vulnerable. 6. Vulnerability of pregnant women and the intention to protect them in the pandemic. Conclusion. References.

Introdução

O trabalho é condição vital para o homem, pois através dele garante sua subsistência e, por consequência, sua sobrevivência. Registra a história da humanidade, com cores indelévels, que o trabalho, por sua essencialidade à vida, desde sempre, foi causa de subjugação do homem, que passou a depender do sistema político/econômico de cada época, pela condição de escravo, servo, operário, até galgar a condição de cidadão, no marco das modernas democracias e da declaração de direitos tradicionais do homem pelo Tratado de Versalhes, no Século XX.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), integrante do Tratado de Versalhes (1919), tem a missão de impulsionar a justiça social e promover o trabalho decente por meio de um conjunto de normas e recomendações internacionais. Tais documentos, ao plantarem as bases filosóficas para os direitos do homem, humanizaram o trabalho.

A par disso, vinha a OIT, no correr dos anos, acompanhando atentamente as transformações no mundo do trabalho e desse empenho e dedicação resultou um lastro normativo, permanente revisitado, suficiente para atravessar intempéries.

O desastre em saúde pública, que não se sabe o quão duradouro será, atinge escala global, com drásticos impactos no mundo do trabalho. Então, em pleno estado de emergência, realiza-se a Conferência Internacional do Trabalho (2021),² com o propósito de cuidar de aspectos inerentes ao mundo do trabalho em tempos de COVID-19.

Nessa ocasião, mais uma vez, reafirma a Conferência Internacional do Trabalho que o sólido legado da Declaração da Filadélfia seria suficiente para enfrentar o estado de crise aguda no mundo do trabalho, lançando forte apelo à ação global para uma recuperação centrada nas pessoas da crise da COVID-19.³

Na abordagem, centrada no ser humano, a OIT deixa claro que ao cumprir o objetivo da ONU para o desenvolvimento sustentável não se pode esquecer da população que mais está sofrendo os efeitos da crise, que são os jovens, mulheres, migrantes, entre outros, a merecer atenção especial. Os vulneráveis, na visão da OIT, deverão ter atenção especial, mesmo porque sem isso não haverá desenvolvimento sustentável.

Assim, considerando o largo universo de vulnerabilidade, destaca-se a proteção à mulher grávida no sistema nacional que, em certas circunstâncias, não pode exercer a atividade laboral sem risco extremo para si e para o nascituro.

1. Proteção social no contexto do *direito das necessidades*

O trabalho, desde sempre, ocupou posição fundamental na vida humana,⁴ servindo pela essencialidade de instrumento de opressão do mais forte, conforme o sistema político-econômico imperante em cada época.

Foi causa de subjugo do homem, levando-o a suportar o trabalho escravo, ou servil, o operário, até galgar a condição de direito humano,⁵ no marco do Estado-Social das modernas democracias do Século XX.

A conquista importou, como assinala José Marín Marín,⁶ em *Los trabajos, los días... y el derecho*, na passagem do contrato do modelo *liberal* para *estatuto* do Estado reformista.

² Cf. Memoria del Director General: El trabajo en tiempos de la COVID. **Oficina Internacional do Trabalho**. Genebra/Suíça. Primeira Edição.

³ *Idem*

⁴ Sobre a história operária consultar, por todos, Eric J. Hobsbawm, em **Mundos do Trabalho**. Novos estudos sobre história operária.

⁵ **Los trabajos, los días... y el derecho**: una aproximación a la “prehistoria” del Derecho del Trabajo. Albacete/Espanha. Editorial Bomarzo. 2000

⁶ *Ibidem*. p. 364

Tal mudança significou o resgate da humanidade no trabalho, pois, como afirmara Rui Barbosa,⁷ o “capital é inteligente, mas não tem direito sobre a humanidade”.⁸

Consolida-se o Direito do Trabalho, integrado a documentos do pós Segunda Grande Guerra que, selando a paz, plantou bases filosóficas para os direitos tradicionais do homem.

Como parte integrante do Tratado de Versalhes (1919), a Organização Internacional do Trabalho (OIT) carrega, entre seus fundamentos, a persecução da paz universal alicerçada na justiça social e na necessidade de mudar o estado de miséria e injustiça social imperante no mundo.

Para cumprir sua finalidade – a de criar regime de trabalho humanizado – a Organização Internacional do Trabalho (OIT) oferece, em sua síntese, um conjunto de princípios, normas, convenções e recomendações, cujo conteúdo essencial é formado pelas declarações universais dos direitos do trabalhador.

Todavia, a instabilidade não tarda, surgindo os primeiros abalos ainda naquele século, inicialmente com a crise energética (década 1970), que levou setores produtivos, que dependiam do combustível fóssil, a empreender esforços para reduzir custos de produção e distribuição e a buscar novas alternativas; depois o desenvolvimento da *internet*, da informática, da robótica, fazendo surgir o que se chamou de 3ª Revolução Industrial.

Tamanho o impacto da tecnologia no mundo do trabalho, com o recrudescimento, cada vez mais fulgurante, da externalização produtiva e mundialização da economia, que se chegou a imaginar não haver futuro possível⁹ para recuperar o direito tutelar originário.

Os direitos sociais derivados da normativa internacional para o padrão industrial de outrora e modelo produtivo correlato não eram mais suficientes. A nova realidade, modificada a cada instante pelo extraordinário avanço da tecnologia e das comunicações, mudou totalmente o padrão organizativo da empresa e a forma de prestar o trabalho, a exigir a adequação dos direitos sociais.

A onda de flexibilização e a difusão da solidariedade teve, entre suas causas, o armazenamento instantâneo de informações, a comunicação remota pela transferência de voz e dados e a possibilidade de produção sem intervenção direta do ser humano.

Significativos impactos também foram suportados pelo setor produtivo de bens e serviços, com o surgimento de vendas *online* no comércio, a utilização do computador

⁷ **A questão social e política no Brasil.** Conferência pronunciada no Teatro Lírico, do Rio de Janeiro, a 20 de março de 1919. São Paulo: LTr – Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1983.

⁸ *Ibidem*, p. 16-17

⁹ Ilustrativamente, nesse contexto, lembra-se aqui obra de Jeremy Rifkin (**Fim dos Empregos.** Makron Books) e, em contraponto, a de Domenico de Mais (**O ócio criativo.** Rio de Janeiro: Sextante).

pelas empresas e pelos consumidores finais, o uso do celular, da *internet*, com substancial interferência no segmento fotográfico, musical, entretenimento, turismo, transporte, só para exemplificar.

Frente a tão profundas e significativas transformações Antônio Carlos Aguiar¹⁰ não deixa esquecer: o mundo mudou. Mudança marcada por intensa informatização e robotização do processo produtivo, que vai da substituição da mão de obra humana por robôs no dia a dia laboral até a dinâmica de acompanhamento do trabalho subordinado, dentro e fora das dependências do empregador (uso de meios telemáticos), por intermédio dos mais diversos tipos tecnológico-digitais, e mais, pelo surgimento na última década de plataformas digitais de trabalho *online*.

Instala-se a 4ª Revolução e, com ela, a máquina passa a competir com o homem, subtraindo lugar e diminuindo-lhe oportunidades de trabalho e chances de reivindicar direitos trabalhistas.

E assim os influxos próprios das transformações vivenciadas, aliados à natureza do direito que, na expressão de Washington Luiz da Trindade,¹¹ submete-se às “leis das necessidades”, abalou a consistência do direito tutelar.

Em xeque as conquistas sociais dos trabalhadores; para piorar o cenário, emerge situação de calamidade pública decretada em virtude da doença provocada pelo novo coronavírus (COVID-19).

A calamidade pela pandemia levou a imperiosa necessidade de se adotar contenção social como forma de prevenir a doença, levando as mais desastrosas consequências ao mundo do trabalho.

2. Legado da Declaração da Filadélfia. Capital a serviço do homem

É certo que o mundo do trabalho encontra-se em constantes e progressivas modificações, sendo certo também que a sociedade moderna, que se põe sob a luz da normativa internacional dos Direitos do Homem, não admite retrocesso: o homem jamais voltará a servir ao capital. A supremacia do homem (humanidade) é conquista permanente e condição para a paz e a justiça social.

Nem mesmo os mais consistentes e sistêmicos abalos gerados pelas transformações no mundo do trabalho, potencializados pela tragédia humanitária decorrente da COVID-19, seriam capazes de aniquilar enunciado base da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) e da normativa da Organização Internacional do Trabalho (OIT), voltada à persecução da dignidade humana.

¹⁰ **Direito do trabalho 2.9 digital e disruptivo.** São Paulo: LTr, 2018. p.16

¹¹ A avulsividade e o declínio do salário. **Revista Trabalho & Doutrina.** Diretor: Valentin Carrion, v. 19, dez. 1998.

O caminho a seguir, sem chance para retrocesso de direitos sociais, é o da dignidade e da justiça social e, para tanto, a solução é perseguir a inspiração da Declaração da Filadélfia.

Com esse legado, se o sistema de tutela sofreu – e está sofrendo – abalos, a solidez da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) é suficiente para conter qualquer dialética com potencial desintegrador”.¹²

3. Resposta global a uma recuperação centrada nas pessoas

O que se percebe, com clareza, é que a OIT está vigilante e agindo prontamente no contexto das rápidas e progressivas mudanças econômico-sociais, oriundas das mais diversas e até improváveis causas, que, necessariamente, impactam o mundo do trabalho.

De fato, em qualquer cenário, por mais substanciais que foram os abalos, a normativa internacional dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais do Trabalhador deu – e continuará dando – resposta adequada.

Não fosse a Declaração de Filadélfia se apresentar apropriada e pertinente para os desafios do século XXI, a normativa contida na Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Justiça Social para uma Globalização Equitativa de 2008,¹³ a clarividência da Administração da Organização Internacional do Trabalho (OIT), Convenções e Recomendações, que tratam de direitos fundamentais,¹⁴ além de outras que se revestem da maior importância para a governança,¹⁵ são suficientes para o enfrentamento das questões inerentes ao trabalho.

¹² Joselita Nepomuceno Borba. **Sistema social e econômico. Do Estado Social ao Estado pós-Social ou Moderno. Perspectiva para um trabalho decente pós-COVID-19, sob a perspectiva dos Direitos Humanos e observância dos elevados valores:** solidariedade, cidadania e ética. Atualidades e Tendências do Direito e Processo do Trabalho. (Coord.: Amanda Barbosa, Andreia Chiquini Bugalho e Luiza Miessa dos Santos). Salvador: *Jus Podivm*. 2021. No prelo.

¹³ https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336918.pdf

¹⁴ Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre direitos fundamentais: Convenção nº 87 – Liberdade sindical e proteção ao direito de sindicalização; Convenção nº 98 – Direito de sindicalização e de negociação coletiva; Convenção nº 29 – Trabalho forçado; Convenção nº 105 – Abolição do trabalho forçado; Convenção nº 138 - Idade mínima; Convenção nº 182 - Piores formas de trabalho infantil; Convenção nº 100 – Igualdade de remuneração; Convenção nº 111 – Discriminação (emprego e ocupação). Ver: <https://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang--es/index.htm>

¹⁵ Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre governança: Convenção nº 81 – Inspeção do trabalho; Convenção nº 122 – Política de emprego; Convenção nº 129 – Inspeção do trabalho (agricultura); Convenção nº 144 – Consulta tripartite (normas internacionais do trabalho). Ver: <https://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang--es/index.htm>

Alie-se a tudo isso, frente cenário sombrio instalado pela pandemia,¹⁶ os esforços da Organização Internacional do Trabalho (OIT),¹⁷ tendentes a avançar no objetivo da justiça social, que é condição indispensável para obter uma paz duradoura em todo o mundo.

A Agenda Mundial para políticas econômicas e sociais, que vinha priorizando formas de alcançar o pleno emprego,¹⁸ viu-se diante de premente necessidade de defender trabalho e renda.

Seguramente, no cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), a Declaração de Direitos Fundamentais dos Trabalhadores adotada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) reafirmou a obrigação dos países membros de cumprir, mediante mecanismos de controle, os direitos fundamentais inerentes à liberdade sindical, abolir o trabalho forçado e erradicar o trabalho infantil e eliminar toda e qualquer modalidade de discriminação no trabalho.¹⁹

Na sequência, reveste-se da maior relevância a Conferência Internacional do Trabalho, de 1999, acerca do *trabalho decente*, como forma de “melhorar a situação dos seres humanos no mundo do trabalho”²⁰.

Em 2017, por ocasião da 106ª reunião da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em Genebra, a atenção se voltou para o emprego e trabalho decente em situações de *crise* causadas por *conflitos e desastres*. Nessa oportunidade, princípios foram reafirmados para, sobre tal alicerce, emitir a Conferência Geral da Organização e a Recomendação nº 205 sobre Emprego e Trabalho Decente para a Paz e Resiliência.²¹

Já em tempos de pandemia, com o futuro radicalmente transformado pela pandemia da COVID-19, reúne-se a Conferência Internacional do Trabalho,²² em sua 109ª (2021), ocupando-se do tema “O trabalho em tempos de COVID”.

¹⁶ Ver: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_749470.pdf

¹⁷ Ver: <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang--en/index.htm>

¹⁸ Cf. Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento social (Copenhagem/1995); da Conferência Interministerial da OMC - Organização Mundial do Comércio, (Cingapura/1996); da Declaração de Direitos Fundamentais dos Trabalhadores da Organização Internacional do Trabalho – OIT (junho/1988), quando se comemorou os 50 anos da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

¹⁹ Naquela oportunidade os países membros foram conclamados a implantar a liberdade sindical (Convenção 87); abolir toda forma de trabalho forçado (Convenções 29 e 105); erradicar todo tipo de trabalho infantil (Convenção 138) e eliminar qualquer modalidade de discriminação no trabalho (Convenções 100 e 111).

²⁰ Cf. *Memoria del Director General: Trabajo decente*. Oficina Internacional del Trabajo Ginebra. Conferência Internacional del Trabajo. 87ª reunião. Ginebra, junio de 1999. Ver: <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>

²¹ Ver: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R205

²² Cf. *Memoria del Director General: El trabajo em tempos de la COVID*. Oficina Internacional do Trabalho. Genebra/Suíça. Primeira Edição.

Na *Memoria del Director General*²³ ficou assentado que o impacto social e econômico e, por consequência, a crise sem precedente no mundo do trabalho em decorrência da COVID-19, reclama resposta global para uma recuperação centrada nas pessoas, constando, ainda, do documento final da Conferência “apelo à ação global para uma recuperação centrada nas pessoas da crise da COVID-19, que seja inclusiva, sustentável e resiliente”.

Esse documento – e seu anexo –, como ali esclarecido, tem o propósito de dar resposta à crise a partir das lições aprendidas até o momento e enfrentar o desafio de construir o melhor para o futuro no marco de uma recuperação centrada nas pessoas.²⁴

Estima o Conselho de Administração, conforme consignado no referido Relatório, que esse é um grande passo para definir o rumo para o mundo cumprir os objetivos comuns da Agenda 2030 das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável e para a OIT promover a justiça social e o trabalho decente para todos.²⁵

A resposta global para uma recuperação centrada nas pessoas está alicerçada em sólido lastro normativo, permanentemente revisitado e de comprovada eficácia, a ele agregado a implantação da Agenda 2030 das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável e o cumprimento da meta da OIT para o alcance da justiça social e o trabalho decente para todos, é suficiente para atravessar as intempéries.

4. O trabalho em tempos de COVID-19. 109ª Conferência Internacional do Trabalho (2021)

Os atores sociais que participaram da 109ª Conferência Internacional do Trabalho (2021),²⁶ à unanimidade, lançaram um chamado global à ação para facilitar a resposta do mundo do trabalho à crise da COVID-19.

O conclave se ocupou da tragédia abatida sobre a humanidade decorrente da COVID-19 e as drásticas consequências sobre as relações de trabalho, além de apontar saídas capazes de impedir retrocesso social, com agravo à justiça social e potencialização do estado de miséria e injustiça social imperantes no mundo.

O documento final da Conferência, de forma concisa, clara e sistemática, enfrenta a questão da calamidade que está atingindo o mundo do trabalho em transformação, aponta medidas para superar a crise, indica o caminho e a ação da OIT²⁷ para

²³ Prefacio.

²⁴ **Memoria del Director General: El trabajo em tempos de la COVID.** Oficina Internacional do Trabalho. Genebra/Suíça. Primeira Edição, p. 4

²⁵ *Idem*, p. 4.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Idem*, p. 3-27.

a recuperação, além de apresentar um projeto intitulado “Apelo à ação global para uma recuperação centrada nas pessoas da crise COVID-19 que seja inclusiva, sustentável e resiliente”²⁸, que, doravante, norteará as ações da Organização sobre o tema.

A abordagem constante do Relatório está centrada no ser humano e envolve três áreas de ação: (i) aumento do investimento nas capacidades das pessoas, (ii) aumento do investimento nas instituições de trabalho e (iii) aumento do investimento em trabalho decente e sustentável, refletindo, portanto, as principais recomendações da Comissão Global sobre o Futuro do Trabalho (2019).

A chamada global à ação de que trata o mencionado Relatório contém um chamado aos Estados-membros para garantir emprego a todas as pessoas em um mundo do trabalho em transformação, garantir proteção adequada aos trabalhadores e promover o crescimento econômico sustentado, pleno emprego e trabalho decente.

E esse chamado global recomendou o cumprimento da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas (2015), consistindo esta em um plano de ação para pessoas, planeta e prosperidade, dela constando três dimensões da sustentabilidade: econômica, social e ambiental, com 17 objetivos globais de desenvolvimento e metas a serem alcançadas.

Entre as metas enumeradas, destaca-se a importância do trabalho decente para o desenvolvimento sustentável, propósito almejado também em tempos de incertezas geradas pela pandemia decorrente da COVID-19, agravadas por informações conflitantes e falta de conhecimento científico sobre a moléstia. Nesse cenário nebuloso, decidiram os autores do Relatório da Conferência Internacional do Trabalho (2021) atuar com o mesmo pragmatismo daqueles autores da Agenda 2030, para realizar o processo de recuperação da COVID-19.²⁹

Quando apontam o caminho da recuperação, são incisivos em lembrar que, em quase todos os países, inclusive aqueles em melhor situação, a população está sofrendo desproporcionalmente os efeitos da crise: jovens, mulheres, migrantes, trabalhadores de baixa qualificação e pessoas que trabalham nos setores mais afetados.³⁰ Ou seja, os vulneráveis são os mais atingidos.³¹ E deixá-los à margem não estaria

²⁸ *Idem*, p. 29.

²⁹ *Item*, p. 67.

³⁰ *Idem* item 84, p.

³¹ 86 Esse declínio na produtividade e na participação no mercado de trabalho, juntamente com o impacto econômico e social desproporcional da pandemia sobre grupos desfavorecidos e vulneráveis e a irregularidade e incerteza das trajetórias de crescimento esperadas em detrimento dos países emergentes e em desenvolvimento, oferece um contraponto muito sombrio à perspectiva de “*una repetición de los «locos años veinte»*», que algunos pronostican para las economías avanzadas bajo el impulso de la aplicación continuada de estímulos fiscales y la liberación de la demanda contenida durante los periodos de confinamiento. Tampoco debe olvidarse que tras los «locos años veinte» las cosas acabaron mal”

conforme a visão de crescimento inclusivo, emprego produtivo e trabalho decente, defendida pela Agenda 2030.

Também alicerça-se a Conferência Internacional do Trabalho (2021) na Declaração do Centenário da OIT, que tem como um de seus eixos estimular todos os Estados-membros a desenvolverem uma abordagem centrada nas pessoas para o futuro do trabalho, apostando em três áreas: (i) capacidades de todas as pessoas, por meio de medidas voltadas para: igualdade de gênero, aprendizagem ao longo da vida e educação de qualidade para todos; acesso universal à proteção social abrangente e sustentável e apoio efetivo para que as pessoas lidem com transições ao longo da vida profissional; (ii) instituições de trabalho, a fim de proporcionar proteção adequada a todos os trabalhadores em relação a: respeito aos seus direitos fundamentais; um salário mínimo adequado; limites máximos no tempo de trabalho, e segurança e saúde no trabalho, e (iii) crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente, por meio de políticas públicas.³²

Como se vê, os instrumentos normativos de eficácia comprovada, aliados às ações da OIT, são suficientes para enfrentar os tempos de crise e, em consequência, a Conferência Internacional do Trabalho (2021) lançou o “chamamento mundial à ação para uma recuperação centrada nas pessoas da crise causada pela COVID-19 que seja inclusiva, sustentável e resiliente”.³³

Os objetivos perseguidos no compromisso são: (a) emprego pleno, produtivo e livremente escolhido e trabalho decente, às necessidades dos mais vulneráveis e mais afetados pela pandemia e o apoio a empresas sustentáveis, trabalhando para (b) crescimento econômico inclusivo e emprego; (c) proteger todos os trabalhadores, (d) proteção social universal e (e) diálogo social.³⁴

Proteção aos trabalhadores, com especial atenção aos vulneráveis, e proteção social universal são aspectos relevantes, como visto, fazem parte dos objetivos do compromisso assumido em 2021 pela OIT.

5. Proteção social aos vulneráveis

Uma das funções primordiais, senão a principal, da OIT é a adoção de convenções e recomendações sobre questões relacionadas ao trabalho e a política social. Estas (Recomendações) não têm caráter obrigatório, servem para orientar as políticas

(perspectiva de uma repetição dos “anos 20 loucos”, que alguns prevêem para economias avançadas sob o impulso de estímulos fiscais contínuos e a liberação da demanda subjugada durante períodos de confinamento. Também não se deve esquecer que depois dos “anos loucos” as coisas terminaram mal).

³² *Idem*

³³ Cf. Projeto anexo ao Relatório, p. 29.

³⁴ *Idem*, p. 29-33

e ações das autoridades nacionais; aquelas (Convenções), quando ratificadas pelos países membros, são de observância obrigatória.

O plexo dessas normas internacionais importa, sem sombra de dúvida, conquista da humanidade e um legado indestrutível.

No espaço das Convenções, voltou-se a OIT, com toda ênfase, para a tutela do trabalho dos vulneráveis: mulher,³⁵ criança e adolescente,³⁶ maternidade,³⁷ enfermagem,³⁸ idade avançada e sobreviventes³⁹ e aquele sujeito a trabalho forçado, além da seguridade social,⁴⁰ só para exemplificar.

Vulnerabilidade é termo que aparece nas discussões de Direitos Humanos, geralmente vinculado à defesa dos direitos de grupos ou indivíduos fragilizados jurídica e politicamente ou ainda de quem se encontra suscetível à exposição a danos físicos ou morais.

Pode estar em condição de vulnerabilidade a pessoa ou grupo, conforme a capacidade de prevenir, resistir ou contornar potenciais agressões ou impactos. As razões que levam à condição de fragilidade são as mais diversas, todavia para a qualificação ou inserção nessa conjuntura o risco é fator determinante.

No grupo dos vulneráveis, pode-se identificar algumas categorias: mulher, crianças e adolescentes, idosos, pessoas com deficiência ou sofrimento mental, orientação sexual (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transsexuais).

Além destes, há grupos classificados como minorias, em decorrência de características específicas (religião, etnia, linguística própria, migração), que os colocam em posição diferente em relação à população, como: índios, remanescentes de quilombolas, ciganos e migrantes.

6. Vulnerabilidade da gestante e a intenção de protegê-la na pandemia

Todo esse universo de vulnerabilidade recebe atenção da OIT, por meio de normas gerais ou específicas, merecendo destaque o âmbito de tutela da criança e da mulher.

³⁵ Convenção n. 45, sobre trabalho subterrâneo/mulheres (1935), Recomendação n. 4, sobre o saturnismo/mulheres e crianças (1919), entre outras.

³⁶ Convenção n. 138, sobre a idade mínima (1973), Recomendação n.146, sobre a idade mínima (1973), Convenção n. 182, sobre as piores formas de trabalho infantil (1999), Recomendação n. 190, sobre as piores formas de trabalho infantil (1999), entre outras.

³⁷ Convenção n. 3, sobre proteção à maternidade (1919), Recomendação n. 191, sobre proteção à maternidade (2000), Convenção n. 183, sobre proteção à maternidade (2000).

³⁸ Convenção n.149, sobre equipe de enfermagem (1977), Recomendação n. 157, sobre equipe de enfermagem (1977).

³⁹ Convenção n. 128, sobre idade avançada e sobreviventes (1967), atualizada (Convenção C128 - Convenção de Benefícios da Velhice, Velhice e Sobreviventes, 1967 (nº 128) (ilo.org)

⁴⁰ Convenção n. 102, sobre seguridade social (1952).

Alie-se a esse estado de fragilidade, ainda, o fato de em tempos de pandemia serem, segundo informe da OIT, as mais atingidas no mercado de trabalho, por perda de emprego.

O risco de demissão ou de redução de horas de trabalho no período de isolamento social em decorrência do estado de calamidade em saúde pública é alto e, ainda, se perdem a renda continuam com o peso do trabalho não remunerado do cotidiano, desdobrando-se nos cuidados com filhos, família e casa.

Se não perdem o emprego, a vulnerabilidade se potencializa pela possibilidade de exposição ao vírus no local de trabalho, especialmente em serviços de saúde e de atendimento a necessidades essenciais.

Todavia, o mais impactante – e que merece toda atenção – é o período de gestação, para que a gestante tenha saúde e para o bom e saudável desenvolvimento do feto; passado esse período, persistem motivos para a mesma atenção, em virtude do período reconhecido como ideal para amamentação ou enquanto durar o estado de puerpéra da mulher.

Exatamente esse premente estado de necessidade de tutela, agregando-se ao conjunto de leis que protegem a maternidade,⁴¹ foi causa determinante para a edição Lei nº 14.151/2021,⁴² que dispõe, no sistema nacional, sobre o afastamento da empregada gestante das atividades de trabalho presencial, durante a emergência de saúde pública, decorrente do novo coronavírus.

A esse grupo de risco ficou assegurado o trabalho à distância, em *home office*, o que retira as beneficiárias dos espaços e locais de prováveis contágios. A alteração fica por conta da modalidade de prestar o trabalho, ativando-se a gestante normalmente em suas atribuições normais.

A dificuldade surge no momento em que, estando a gestante em condições de trabalhar, as atividades a serem desempenhadas não permitem a execução à distância e se enquadram em atividade de risco. Dessa forma, além de exposição ao risco na locomoção por meio de transporte público, local de alta probabilidade de contágio, nos serviços de saúde e de cuidados com infectados, só para ficar em um exemplo, o perigo de contágio se apresenta em grau máximo.

⁴¹ O capítulo III da Consolidação das Leis do Trabalho cuida da proteção do trabalho da mulher (artigo 372 e seguintes), enquanto a Seção V deste mesmo Capítulo dispõe sobre a proteção à maternidade (artigos 391/400). O afastamento, com garantia de salário-maternidade, é de 120 dias, podendo chegar a 180 dias. Por tempo não superior a seis meses, a mulher tem direito a duas pausas por dia, de meia hora cada, para amamentar. O STF, chamado a dar interpretação a dispositivo da Lei nº 13.467/2017, já pacificou que é proibido o trabalho de gestante e lactante em atividade considerada insalubre. Entre as garantias, está garantia de emprego, visto que o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, no art. 10, II, *b*, assegura estabilidade à empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até 5 meses após o parto.

⁴² Lei nº14151 (Disponível em: planalto.gov.br).

A referida Lei não cuidou desse aspecto, apenas assegurou que o trabalho fosse na modalidade teletrabalho, deixando lacuna quanto à possibilidade ou não de a gestante trabalhar de forma presencial em serviços ou atividades que requerem necessariamente a presença da trabalhadora gestante no local de trabalho.

Se o objetivo da lei, conforme precisa observação de Otávio Torres Calvet,⁴³ foi reduzir a possibilidade de contaminação da gestante, inconcebivelmente falhou, quando deixou à margem da disciplina a gestante que trabalha em serviços de saúde (hospitais) e em atividades essenciais (supermercado, farmácias, abastecimento, entre outras), onde a presença é condição necessária.

Pode-se até imaginar que o Judiciário venha dar interpretação ampliada à referida lei, estendendo a proteção à gestante em quaisquer situações. Mas se – e quando – o fizer terá antes de ponderar entre interesses que envolvem o atendimento a vítimas da doença e o interesse à proteção à maternidade, além de definir quem arcará com os custos do trabalho no período.

De qualquer forma, recomendou o Conselho Nacional de Saúde (CNS)⁴⁴ aos governos estaduais, municipais e distrital o implemento de medidas com ações de cuidado pré-natal de todas as gestantes assintomáticas; a criação de políticas emergenciais de combate e de mitigação de riscos de violência contra a mulher; a criação de medidas emergenciais de proteção à mulher trabalhadora, incluindo mulheres com deficiência, especialmente no setor de saúde; a garantia de serviços essenciais de saúde para mulheres e meninas; a destinação de recursos orçamentários para as redes de proteção às mulheres vítimas de violência, contemplando a acessibilidade a mulheres com deficiência nesses serviços e espaços, entre outros.

⁴³ Ver: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-18/trabalho-contemporaneo-remuneracao-gestante-durante-pandemia-quem-filho>. Acesso em: capturado em: 01 ago. 2021.

⁴⁴ Recomendação CNS n. 039, de 12/05/2020, em suas considerações, destaca: [...] que até o dia 17 de abril de 2020 havia cerca de 8.265 profissionais de saúde afastados do trabalho desde o começo da pandemia por apresentarem sintomas suspeitos para o coronavírus, que, entre os que conseguiram fazer o teste, pelo mais de 1.400 estavam infectados e só na Enfermagem, categoria prevalentemente feminina, existem cerca de 4 mil profissionais afastados pela doença, sendo 552 com diagnóstico confirmado e mais de 3,5 mil em investigação e 30 óbitos; [...] evidências de que os impactos econômicos do COVID-19 afetarão mais as mulheres, à medida que trabalham em empregos mal remunerados, inseguros e informais, nos quais as restrições de movimento comprometem a sua capacidade e atender às necessidades básicas de suas famílias, por serem, em sua maioria, cuidadoras e/ou provedoras da subsistência de suas famílias e que o risco à exploração sexual com fins comerciais aumenta; [...] a Nota Técnica nº 7/2020-COSMU/CGCIVI/DAPES/SAPS/MS que trata da atenção às gestantes no contexto da infecção SARS-COV-2 e determina que “todas as demais gestantes, assintomáticas ou sem síndrome gripal, deverão ter preservado seu atendimento, posto o caráter autolimitado da gestação, cujo desfecho em parto é inexorável, de tal modo que a suspensão ou o adiamento despropositado podem culminar em perda de oportunidades terapêuticas de atenção à mulher, ao bebê, e à família, inclusive para eventos graves, como infecções sexualmente transmissíveis. Disponível em: Conselho Nacional de Saúde - RECOMENDAÇÃO nº 039, DE 12 DE MAIO DE 2020 (saude.gov.br). Acesso em: 30 jul. 2021.

O que se vê, pois, são tentativas de se proteger a gestante, no entanto, se incompletas as leis nacionais, as normas da OIT são suficientes e apropriadas para suprir as lacunas.

Conclusão

O homem conquistou a humanidade no trabalho no Século XX. Os direitos sociais consolidaram-se e o Direito do Trabalho, direito social que é, floresceu e levou estabilidade às relações de trabalho, enquanto duraram as características sociais do ambiente de trabalho. Alteradas as características sociais nas quais fora gestado e operado radical mudança no modelo produtivo, os direitos sociais foram duramente impactados.

Inobstante isso, a OIT vem empreendendo todos os esforços no sentido de atualizar e manter a normativa internacional apta e capaz de responder aos desafios que, a cada momento, apresentam-se com vigor.

E assim, enquanto os esforços visavam soluções para o descompasso entre direitos sociais e econômicos, depara-se com os desafios do mundo em decorrência da COVID-19.

Diante da tragédia humanitária em matéria de saúde, com duros reveses às relações de trabalho, a OIT reafirma a Declaração da Filadélfia, conclama o cumprimento da Agenda Mundial, reporta-se à Declaração da Conferência Internacional do Trabalho sobre trabalho decente e trabalho em situações de crise decorrentes de conflitos e desastres, para concluir que o legado da normativa internacional, permanentemente revisitado, possui força suficiente para atravessar intempéries.

Por ocasião da Conferência Internacional do Trabalho (2021), em tempos de pandemia, mais uma vez a OIT ratifica a posição de suficiência do seu conjunto normativo para fazer frente à calamidade que atinge o mundo do trabalho.

A abordagem, conforme Relatório de tal Conferência, é centrada no ser humano e traz um chamado global de ação de recuperação com base na sustentabilidade, inclusive em sua dimensão social.

Sob essa perspectiva, um dos objetivos é a proteção da população que mais está sofrendo os efeitos da crise: mulheres, jovens, migrantes, entre outros, a merecer atenção especial.

Sem atenção especial ao vulnerável, na percepção da OIT, não haverá desenvolvimento sustentável.

No contexto da vulnerabilidade, a situação da mulher grávida merece especial atenção, pois nem sempre as condições na prestação permitem o trabalho sem risco extremo para si e para o nascituro.

Por isso, com o intuito de oferecer proteção à maternidade, foi editada a Lei nº 14.151/2021, que permite o afastamento da trabalhadora gestante do trabalho presencial. Não tratou a lei brasileira do trabalho da mulher, quando a atividade pres-supõe prestação pessoal, como ocorre em unidades de saúde, espaços próprios ao atendimento de contaminados.

Se o trabalho da gestante somente pode ser feito de forma remota, isso significa que ela estaria liberada do trabalho em atividade de saúde – e de saúde pública? A puérpera também se beneficiaria dessa proteção?

Essa viva controvérsia ocupa a doutrina nacional, esperando-se que a Justiça venha dar a melhor interpretação à lei e, no preenchimento de lacunas, que adote a normativa internacional, inclusive a recente, advinda da Conferência Internacional do Trabalho (2021), que busca facilitar a resposta do mundo do trabalho à crise da COVID-19.

Referências

BARBOSA, Ruy. **A questão social e política no Brasil**. Conferência pronunciada no Teatro Lírico, do Rio de Janeiro, a 20 de março de 1919. São Paulo: LTr – Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1983.

BARROS FILHO, Clóvis de. **A filosofia explica grandes questões da humanidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Casa do Saber - São Paulo: Casa do Saber, 2014.

BORBA, Joselita Nepomuceno. **Trabalho e emprego na reconstrução do Direito do Trabalho**. Recomendação 205 da OIT. COVID-19. Ensaio para o VIII Congresso Iberoamericano y Europeo de Derecho del Trabajo y Seguridad Social virtual, 2020. Bogotá/Co-Anais. No prelo.

BORBA, Joselita Nepomuceno. Trabalho decente. **X Congresso Internacional da ABDT: crise econômica e social e o futuro do direito do trabalho – Anais do Congresso**. Coordenação Alexandre Agra Belmonte et al. São Paulo: Matrioska Editora, 2020. [livro eletrônico]

BORBA, Joselita Nepomuceno. Atuação sindical em tempos de coronavírus. **Direito do Trabalho na crise da COVID-19**. Coordenação Alexandre Agra Belmonte et al. Salvador: JusPodivm, 2020. [livro eletrônico]

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Crise do Estado, mudança social e transformação do direito no Brasil. *In*: **O Direito na Sociedade Complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Democracia**. São Paulo: Max Limonad. 2ª edição. 2000.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico. *In*: FARIA, José Eduardo (org.) **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

DE GIORGI, Raffaele. Apresentação. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. Tradução de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

HOBBSAWM, Eric J. **Mundos do Trabalho**. Novos estudos sobre história operária. 3. ed. Tradução de Waldea Barcellos e Sandra Bedran. Rio de Janeiro: Terra e Paz, 2000.

MANNRICH, Nelson. Novo debate sobre tema antigo. Congresso Internacional Novos Temas e Desafios no Mundo do Trabalho (2012/São Paulo). *In: Novos Temas e Desafios no Mundo do Trabalho: Anais da Academia Brasileira de Direito do Trabalho*. Coord. Nelson Mannrich [et.al.] São Paulo: LTr, 2013.

MARÍN MARÍN, José. **Los trabajos, los días... y el derecho**. Una aproximación a la “prehistoria” del Derecho del Trabajo. Albacete: Bomarzo, 2000.

MONEREO PÉRES, Luis. Los presupuestos histórico-institucionales de la seguridad social en la constitución social del trabajo. *In: Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social* (Coord.) Gloria Rojas Rirevo. Albacete: Bomarzo S.L., 2012.

OFICINA INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Memoria del Director General: El trabajo en tiempos de la COVID**. ILC.109/Report I(B). Genebra/Suíça. Primeira Edição. Disponível em: [captura wcms_793265.pdf \(ilo.org\)](https://www.ilo.org/wcms_793265.pdf). Acesso em: 30 jul. 2021.

OFICINA INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Proposta de resolução relativa a um chamado global à ação para uma recuperação centrada no ser humano da crise COVID-19 que é inclusiva, sustentável e resiliente**. ILC.109/Registro nº 5. Disponível em: [wcms_803428.pdf \(ilo.org\)](https://www.ilo.org/wcms_803428.pdf). Acesso em: 30 jul. 2021.

OJEDA AVILÉS, Antônio. **La deconstrucción del Derecho del Trabajo**. Madrid: Claves La Ley Editor, 2010.

RASO DELGUE, Juan. **X Congresso Internacional virtual da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (ABDT)**, sobre o mundo do trabalho pós COVID-19, de 12-14.08.2020. 4º painel (<https://www.youtube.com/watch?v=rHzEOM-cLGU&list=PLPD41Uho76vG7szY7avP4S4cgnNUMdEuv&index=2>).

SUPIOT, Alain. **El espíritu de Filadelfia: La justicia social frente al mercado total**. Tradução de Jordi Terré. Barcelona: Edições Península, 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *In: A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. 2. ed. São José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.

TRINDADE, Washington Luiz da. A avulsividade e o declínio do salário. **Revista Trabalho & Doutrina**. Diretor: Valentin Carrion, v. 19, dez. 1998.

ZYLBERSTAJN, Hélio. **X Congresso Internacional virtual da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (ABDT)**, sobre o mundo do trabalho pós COVID-19, de 12-14.08.2020. 12º painel. (<https://www.youtube.com/watch?v=rHzEOM-cLGU&list=PLPD41Uho76vG7szY7avP4S4cgnNUMdEuv&index=2>).

PROTECCIÓN SOCIAL E INGRESOS MÍNIMOS GARANTIZADOS EN LA UE ¿UTOPIA O REALIDAD?

M^a Dolores Ramírez Bendala¹

RESUMEN: El derecho a la seguridad social y a la protección social es considerado como integrante inalienable de los derechos fundamentales de la persona que aseveran de cierta manera la certeza y seguridad ante las distintas contingencias a las que nos podemos enfrentar a lo largo de la experiencia vital, y que aseguran y fortalecen el derecho a la existencia digna de las personas. Para que ello sea factible, es necesario que dicho derecho se caracterice de forma universal, que todos los ciudadanos sean acreedores del mismo y que su efectividad se ponga de manifiesto cuando se actualicen determinadas contingencias. Sin embargo, a pesar de que en la mayoría de los países se encuentran implantados sistemas de protección social, se pone de manifiesto, y se ha acentuado en estos momentos, que los mismos presentan evidentes brechas y deficiencias en su aplicación, y sus objetivos se ven mermados. En este análisis se tratará de aportar una visión general del reconocimiento del derecho a la protección social en distintos niveles territoriales y se centrará en observar como uno de los principales problemas que afecta desde hace años, el riesgo de pobreza y exclusión social, no encuentra suficiente cobertura por parte de los Estados. Es necesario tender a la universalización de la protección a través de los distintos mecanismos que en la actualidad están implantados y de aquellos otros que se encuentran en fase de debate y experimentación.

ABSTRACT: The right to social security and social protection is considered an inalienable component of the fundamental rights of the person that asserts in a certain way the certainty and security against the different contingencies that we can face throughout our life experience, and ensure and strengthen people's right to a dignified existence. For this to be feasible, it is necessary for said right to be universally characterized, for all citizens to be its creditors, and for its effectiveness to be revealed when certain contingencies are updated. However, despite the fact that social protection systems are in place in most of the countries, it is evident, and it has been accentuated at the moment, that they present evident gaps and deficiencies in their application, and their objectives have been depleted. This analysis will try to provide an overview of the recognition of the right to social protection at different territorial levels and will focus on observing

¹ Universidad de Sevilla

how one of the main problems these years, the risk of poverty and social exclusion, does not find enough coverage by States. It is necessary to strive for the universalization of protection through the different mechanisms that are currently in place and those that are in the debate and experimentation phase.

PALABRAS CLAVE: Protección social y seguridad social, pobreza y exclusión social, ingreso mínimo garantizado, rentas mínimas adecuadas, renta básica universal.

KEYWORDS: Social protection and social security, poverty and social exclusion, guaranteed minimum income, adequate minimum income, universal basic income.

ÍNDICE: 1.- El reconocimiento del Derecho a la Protección Social en el plano internacional. 2.-El Derecho a la Protección Social en la UE: pobreza y exclusión social. 3.-Las respuestas de los Gobiernos a las desigualdades: el Ingreso Mínimo Vital. 4.-La pobreza y la exclusión social y los nuevos riesgos emergentes. 5.-Del Ingreso Mínimo garantizado a las rentas mínimas universales. 5.1. El Ingreso Mínimo Vital. 5.2. La Renta Básica Universal. 5.3. El "Derecho perfecto al Trabajo". 6.- Conclusiones

INDEX: 1.- The recognition of the Right to Social Protection at the international level. 2.-The Right to Social Protection in the EU: poverty and social exclusion. 3.-Government responses to inequalities: Minimum Living Income. 4.-Poverty and social exclusion and new emerging risks. 5.-From the Guaranteed Minimum Income to the universal minimum income. 5.1. The Minimum Vital Income. 5.2. The Universal Basic Income 5.3. The "Perfect Right to Work". 6.- Conclusions

1.- El reconocimiento del Derecho a la Protección Social en el plano internacional

Una de las principales obligaciones que, como garante, asume todo Estado Social de Derecho es la protección y promoción de los Derechos Humanos, entre los que destaca el derecho a la protección social.

Este derecho ha sido reconocido en textos internacionales de indudable relevancia. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) en su artículo 22 reconoce expresamente el derecho de toda persona a la seguridad social. De la misma forma el art. 25 recoge el derecho a seguros en caso de que acaezcan determinadas contingencias.

De otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) hace alusión al derecho de todas las personas a la seguridad social, incluso al seguro social.

Para la concreción y determinación de este derecho podemos acudir a la definición que la OIT, en su Informe Mundial sobre Protección Social², aporta y que nos acerca al concepto de Protección Social o Seguridad Social. Así, lo define como un “derecho humano que engloba un conjunto de políticas y programas diseñados para reducir y prevenir la pobreza y la vulnerabilidad en todo el ciclo de la vida”. Ello se materializa a través de la configuración de políticas de protección social que comprenden regímenes contributivos y no contributivos. Estos contemplan nueve ramas fundamentales: las prestaciones familiares y por hijo, las prestaciones de protección de la maternidad, las prestaciones de desempleo, las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y de enfermedades profesionales, las prestaciones de enfermedad, la protección de la salud, las prestaciones de vejez, las prestaciones de invalidez o de discapacidad, y las prestaciones de sobrevivientes.

Siguiendo esta línea las distintas experiencias nacionales han desarrollado sus propias políticas de protección social configurándolas como piezas esenciales para el desarrollo económico y social. Es decir, no solo contribuyen a la protección de los sujetos a los que van dirigidas, que encuentran cubiertos determinados riesgos durante el itinerario de su experiencia personal y profesional, sino que también contribuyen, de forma determinante, a la estabilidad económica y la productividad del país donde se implementan.

Sin embargo, de los datos extraídos del Informe de la OIT se concluye que solo el 45 por ciento de la población mundial tiene cobertura efectiva por al menos un beneficio de protección social, mientras que el 55 por ciento restante –unos 4000 millones de personas– no tienen protección alguna. Estas cifras manifiestan una evidente falta de asistencia en gran parte de la población y por lo tanto la no realización plena del derecho que analizamos.

El estudio que se inicia ahora centra su atención en una de las manifestaciones más evidentes de la protección social. Su objetivo es el análisis de las distintas estrategias internacionales y nacionales para reducir la pobreza, las desigualdades y la exclusión social, así como la eficiencia en la configuración y la cobertura que los distintos sistemas de protección social evidencian.

Ya la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) aboga por la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la misma. En el art. 23 reconoce el derecho a una remuneración satisfactoria que le asegure una existencia digna y que será completada, si fuese necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. EL Pacto Internacional de

² OIT. (2017). *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019. La protección social universal para alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible.*

Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/--dcomm/documents/publication/wcms_624890.pdf

Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art 11) recoge el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. De esta forma contemplan un derecho social a un mínimo vital, ligado directamente a la dignidad de la persona, y que se concretaría en unas garantías básicas durante todo el ciclo de la vida.

En este sentido la OIT ha jugado un papel fundamental estableciendo un marco normativo flexible para la gran diversidad de regímenes y sistemas de protección social existentes en los distintos países. Destaca, junto al Convenio sobre la seguridad social 102³, la Recomendación 202 sobre los “pisos de protección social”⁴ que reconoce la importancia de la seguridad social en la lucha contra la pobreza y la exclusión social y da orientaciones a los estados para establecer y mantener dichos pisos: conjunto de garantías básicas de seguridad social que aseguren progresivamente niveles más elevados para el mayor número de sujetos, y que afiancen una protección dirigida a aquella lucha (deberían asegurar, al menos, que durante el ciclo de la vida todas las personas necesitadas tengan acceso a una atención de salud esencial y a una seguridad básica del ingreso que, conjuntamente, puedan suponer un acceso efectivo a los bienes y servicios definidos como necesarios a nivel nacional (punto 4). Para la puesta en práctica de esta Recomendación los estados deben actuar teniendo muy presente el principio de la universalidad de la protección, basada en la solidaridad nacional. En este sentido, la propuesta de resolución sobre protección social recogida en la Conferencia Internacional de la OIT en junio de este año⁵ recalca la importancia de que todas las personas tengan acceso a una protección integral, adecuada y sostenible como elemento, no solo esencial para reducir y prevenir la pobreza, desigualdades y exclusión social, sino también como pieza estabilizadora de la economía y la producción. La protección social universal exige actuaciones que hagan efectivo el derecho a la seguridad social, de manera que todas las personas tengan acceso a la misma, y vivan en condiciones de salud y dignidad. Representan además un adecuado mecanismo de respuesta a la crisis pues supone un apoyo a los ingresos, facilitando las transiciones laborales y la estabilidad de las empresas.

En la misma línea de universalización, ya en el año 2015, 193 países se comprometieron con los 17 objetivos de desarrollo sostenible (ODS) de Naciones Unidas (Agenda 2030)⁶; entre ellos el implementar a nivel nacional sistemas y medidas apropiadas de protección social para tod@s, incluidos unos niveles mínimos y lograr en 2030 una amplia cobertura de las personas pobres y vulnerables.

³ Convenio 102 OIT, Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952.

⁴ R202-Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012 (núm. 202)

⁵ Conferencia Internacional del Trabajo – 109 reunión, 2021. ILC.109/Actas núm. 7ª. Fecha: 18 de junio de 2021

⁶ Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Asamblea General de Naciones Unidas. Septiembre 2015

La crisis derivada de la pandemia ha puesto de manifiesto las deficiencias y brechas de las que adolecen los sistemas de protección social, algunas de las cuales ya se habían evidenciado; de ahí la necesidad de reforzar este principio de universalidad para asegurar la máxima cobertura tanto desde la perspectiva subjetiva como objetiva, poniendo como foco de atención a los más vulnerables. Así, ya en el Informe de la OIT sobre la protección social universal se aludía al debate abierto sobre el Ingreso Básico Universal, que garantizaría un nivel de vida mínimo a todas las personas, independientemente del empleo, la edad y el género, y proporcionaría a las mismas la libertad y el espacio para poder vivir la vida que desearan y coadyuvaría a la eliminación de la pobreza y exclusión social. Se reafirma la necesidad y la importancia de que todos los ciudadanos tengan al menos un nivel mínimo de seguridad en los ingresos, fundamental para el respeto de la dignidad humana.

2.- El Derecho a la Protección Social en la UE: pobreza y exclusión social

Desde una perspectiva europea también encontramos un reconocimiento jurídico del derecho a la seguridad social y a la protección social. En este ámbito se alude expresamente a la lucha contra las situaciones de pobreza y exclusión social presentándose como uno de los objetivos de los Estados y la UE.

En la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁷ (art 34) se reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales; así, de forma específica, el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes. Reconocimiento de derechos que se reitera en la Carta Social Europea⁸ que concreta, además, el derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social.⁹

Por otra parte, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁰ indica que la UE y los estados miembros tendrán, entre sus objetivos la mejora de las condiciones de vida y trabajo, una protección social adecuada y la lucha contra las exclusiones. Reitera dicha afirmación el art 153 del mismo texto al establecer el apoyo de la UE a los estados miembros completando y apoyando las acciones que éstos lleven a cabo en las materias referidas.

⁷ Carta Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01) DOCE 18.12.2000.

⁸ Carta Social Europea (1961, revisada en 1996).

⁹ Merger, A. (2020). El Ingreso mínimo Vital y el Sistema complejo de Protección Social Pública. en Monero Pérez, J.L., Rodríguez Hiniesta, G y Trillo García, A. (2020) *El Ingreso Mínimo Vital en el Sistema de Protección Social. Estudio de su configuración y régimen jurídico*. España, Ed. Laborum, pp-76.

¹⁰ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOCE 83/47. 30.03.2010.

De forma expresa, la Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores (1989) establece el derecho a prestaciones y recursos suficientes adaptados a la situación personal, como uno de los principios sociales de derecho comunitario.

También a nivel comunitario se aporta una aproximación al concepto de protección social a través del Reglamento SEEPROS¹¹ indicando que se considera como tal a “todas las intervenciones de organismos públicos o privados destinadas a aliviar a hogares y particulares de la carga de un conjunto definido de contingencias o necesidades, siempre que no existan acuerdos simultáneos recíprocos ni individuales (se considera que las contingencias o necesidades que pueden dar lugar a protección social son los siguientes: enfermedad; discapacidad; vejez; supervivencia; familia/hijos; desempleo; vivienda; otro tipo de marginación social”. Se aprecia que las actuaciones que se realicen en este ámbito deben contemplar, entre otras, aquellas situaciones derivadas del desempleo y la marginación social, incluyendo de esta forma a las derivadas de la pobreza y exclusión social. En el mismo texto se alude a las prestaciones de protección social como transferencias económicas o en especie dirigidas a particulares y hogares que coadyuven a la superación de necesidades derivadas de diversas contingencias.

Esta atención que Europa otorga a la pobreza y exclusión social no es novedosa. Los proyectos y programas europeos sobre esta materia aparecen ya en el año 1975 dirigidos a concienciar a los estados sobre este problema social e intentando buscar las pautas adecuadas para mitigar sus efectos. Sin embargo, no será hasta el Tratado de Ámsterdam¹² donde se sienten las bases legales de la UE en cuestiones sociales como esta. En el año 1992 las Recomendaciones del Consejo 92/441¹³ y 92/442¹⁴ instaban al reconocimiento, mediante una disposición global, del derecho fundamental de la persona a recursos y prestaciones suficientes para vivir conforme a la dignidad humana. Así, todas las personas que no dispongan de recursos suficientes se encuadrarían dentro del ámbito de aplicación de este derecho, que por otra parte no tendría límite de duración. Se configuraría como un derecho auxiliar, respeto a otros en materia

¹¹ Reglamento (CE) no 458/2007 del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de abril de 2007 Sobre el Sistema Europeo de estadísticas integradas de Protección Social (SEEPROS) (Art 2). DOCE L 113/3. 30.04.2007.

¹² Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos 1997. DOCE núm.340. 10.11.1997. Recuperado de <https://www.europarl.europa.eu/topics/treaty/pdf/amst-es.pdf>

¹³ Recomendación del Consejo de 24 de junio de 1992 sobre los criterios comunes relativos a recursos y prestaciones suficientes en los sistemas de protección social. (92/441/CEE) DOCE L 245/46 26.08.1992.

¹⁴ Recomendación del Consejo de 27 de julio de 1992 relativa a a convergencia de los objetivos y de las políticas de protección social (92/442/CEE) DOCE L 245/49 26.08.1992.

de protección social, y se acompañaría de políticas nacionales dirigidas a la inserción e integración económica y social de las personas afectadas.

En años posteriores la Comisión evalúa la aplicación de aquellas Recomendaciones en los distintos ámbitos nacionales y llega a la conclusión de que en aquellos países donde se han implantado dispositivos de renta mínima en la lucha contra la pobreza y exclusión social, estos presentan un deficitario funcionamiento.

Después de reiterados intentos de avanzar en la construcción del modelo social europeo, se establece un punto de inflexión en el año 2010, iniciándose una nueva etapa en las políticas europeas de inclusión y cohesión social, sucediéndose actos comunitarios centrados en la acuciante necesidad de actuaciones de los estados miembros, en cooperación y colaboración con las instituciones de la UE, para lograr alcanzar el objetivo de reducción de las situaciones de riesgo de pobreza y exclusión social establecido en la Estrategia Europa 2020¹⁵.

A partir de este momento diversos instrumentos comunitarios inciden en el papel fundamental que debe jugar, en la lucha contra la pobreza y la exclusión social, el establecimiento de una renta mínima (Dictamen Comité de las Regiones 2011, Dictamen del CESE 2013 y 2014)¹⁶ y el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a unos ingresos mínimos garantizados. La renta mínima se configura como un pilar de vital importancia y como una red de seguridad para las personas más vulnerables. Sin embargo, se reclamaba un nuevo instrumento europeo que respaldara eficazmente esta materia, y en este sentido el Comité Económico y Social Europeo se pronuncia en el año 2014¹⁷, en su Dictamen sobre renta mínima, reconociendo que la pobreza supone un ataque a los derechos fundamentales y que es uno de los principales retos y desafíos en la Europa comunitaria, abogando por el establecimiento de un sistema de renta mínima instrumentada a través de una Directiva Marco. Esta directiva desarrollaría un papel fundamental en la ampliación de los regímenes de renta mínima a todos los estados (aumentando la eficacia de los existentes) teniendo en cuenta los distintos contextos nacionales. Se habla de un instrumento jurídicamente vinculante que establezca un régimen de renta mínima europeo y que armonice las cuestiones básicas que permitan establecer o revisar los regímenes nacionales dedicados a ella. Cinco años después,

¹⁵ Comunicación de la Comisión Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Bruselas, 3.3.2010 COM (2010) 2020 final.

¹⁶ Dictamen del Comité de las regiones sobre la Plataforma europea contra la pobreza y exclusión social (2011/C 166/04) DOCE 7.06.2011 C 166/18; Dictamen del Comité económico y Social Europeo "Por una dimensión social de la Unión económica y Monetaria Europea" SC/038. Bruselas 22.05.2013; Comité Económico y Social "Un Plan de Acción para Europa". Bruselas 30.04.2014; Dictamen del Comité Económico y Social "Completar la Unión económica y Monetaria. Propuestas del Comité económico y Social Europeo para la próxima legislatura europea" ECO/357. Bruselas 3.09.2014.

¹⁷ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la renta mínima europea e indicadores de pobreza 2014/C 170/04, DOCE 5.06.2014).

y continuando en la misma línea, el Dictamen del CESE de 2019¹⁸, abunda en este tema recalcando el hecho de que ni la estrategia Europa 2020, ni la aplicación del principio de subsidiariedad y del MAC (Método Abierto de Coordinación) han arrojado los resultados esperados, incumplándose las expectativas puestos en ellos. Igualmente, la invitación que se hizo a la Comisión para analizar las distintas posibilidades de financiación de una renta mínima europea no ha sido llevada a cabo. Resalta la necesidad de establecer un marco europeo vinculante para una renta mínima decente en Europa que constituya una respuesta efectiva al problema de la pobreza y la exclusión social, siendo esta una cuestión eminentemente política, no existiendo unanimidad sobre el fundamento jurídico de una legislación europea sobre renta mínima; pero se trata de una cuestión que incumbe a la UE no pudiéndose escudar la Comisión en el principio de subsidiariedad para decidir que no puede actuar en este sentido, ya que ello sería inaceptable y afectaría directamente a los derechos humanos.

No hay que obviar la declaración proclamada por todas las instituciones comunitarias, el llamado Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS)¹⁹, en cuyo punto 14 aboga por una renta mínima adecuada, que garantice una vida digna, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación, para todas aquellas personas que carezcan de recursos suficientes. El PEDS pone en primer plano las obligaciones de los estados miembros de prestar especial atención a derechos y principios que hasta ahora se encontraban relegados, defendiendo el afianzamiento de los derechos sociales que en el mismo se promulgan y haciendo un llamamiento a los estados miembros para su colaboración en este fin. El objetivo fundamental del PEDS es el de servir de guía para alcanzar resultados sociales y de empleo para responder a los actuales desafíos y a los futuros, con el fin de satisfacer las necesidades esenciales de la población, así como garantizar una mejor regulación y aplicación de los derechos sociales (pto.12). Todos los principios recogidos en este documento son compartidos por el Comité, en el sentido de que los mismos deben fundamentar las propuestas políticas y legislativas que se susciten en este ámbito. Sin embargo, el documento al que ahora nos referimos no está exento de críticas. Por un lado son numerosos los autores e incluso instituciones (p.e. Parlamento Europeo²⁰) que se han pronunciado sobre la eficacia del PEDS indicando que se trata de una mera declaración de principios o buenas intenciones, sin concretos instrumentos legislativos o financieros que hagan efectivos los derechos contemplados en el mismo. Se alude a la falta de valor jurídico del mismo y a su falta de efectividad, al no venir acompañado de las herramientas necesarias y específicas que

¹⁸ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo Sobre "Por una Directiva marco europea sobre la Renta Mínima" (2019/C 190/01), DOCE 5.06.2019.

¹⁹ Pilar Europeo de Derechos Sociales 2017/C 428/9, DOCE 13.12.2017.

²⁰ Parlamento europeo de derechos sociales. Referencia oficial P8_TA_prov (2017)0010 Europeo de derechos sociales.

permitan avanzar en una Europa social²¹. En el mismo sentido Sánchez-Rodas (2021)²² indica que no estamos ante nuevos derechos que se hayan incluido en el articulado del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Sin embargo, hay otros autores que valoran la importancia del PEDS al servir de instrumento para que la dimensión social cobre relevancia y protagonismo en la Europa comunitaria, dando visibilidad e impulsando los principios y derechos sociales existentes, en la senda de crear un auténtico derecho europeo de la seguridad social que garantice un estándar mínimo comunitario de derecho a las prestaciones sociales²³.

Dicho todo ello, hay que reiterar la importancia de los mecanismos sociales existentes en muchos Estados miembros de la UE, configurados para la lucha contra la pobreza y exclusión social que han permitido amortiguar los efectos de la crisis.

Los países que cuentan con sistemas de rentas mínimas decentes tienen mayor capacidad para resistir los efectos negativos de la crisis y reducir las desigualdades que socavan la cohesión social. Se reabre el debate, tras los acontecimientos derivados de la pandemia, sobre la necesidad de establecer una renta mínima decente en Europa y que se lleve a cabo mediante instrumentos vinculantes para los estados.

3.- Las respuestas de los Gobiernos a las desigualdades: el IMV

A pesar de todos los esfuerzos que a nivel supranacional se han realizado en el establecimiento y reconocimiento de derechos sociales, sobre todo aquellos relacionados directamente con la pobreza y exclusión social, lo cierto es que el aumento de las desigualdades y la pobreza en Europa es cuestión urgente a resolver. Los actuales sistemas y regímenes de protección social vienen evidenciado una importante brecha que ha sido agravada por la pandemia, poniéndose en evidencia la eficacia de aquellos ante las situaciones provocadas por la misma. De esta forma los datos (aunque aún no se han registrado datos concluyentes) demuestran que la pobreza y la vulnerabilidad han aumentado y van a seguir haciéndolo significativamente.

En España la tasa AROPE²⁴ es 4,3 puntos superior a la media de la UE y la séptima más alta de todos los países miembros. Se sitúa así como el cuarto país con

²¹ Arufe Varela, A. (2018). El nuevo Pilar europeo de derechos sociales. Análisis crítico, *Revista general de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 49, pp. 53-54

²² Sánchez-Rodas Navarro, C. (2021). "El ingreso mínimo vital a la luz del derecho de la unión europea y de los convenios internacionales de seguridad social vigentes en España". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 13, Nº1, pp. 629-656. DOI:10.20318/cdt.2021.5974.

²³ Monereo Perez, J.L. (2018). Pilar europeo de derechos sociales y sistemas de seguridad social. *Revista jurídica de los derechos Sociales, Lex social*, pp.277

²⁴ El indicador AROPE (At Risk Of Poverty and/or Exclusion) es un indicador creado por la Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social. Trata de medir la pobreza en base a una serie de parámetros entre los que se incluye el riesgo de pobreza, la privación de recursos, así como el empleo.

peor evolución de la tasa desde 2018²⁵, por debajo de Bulgaria, Rumania, Grecia, Letonia, Lituania e Italia. Los datos del año 2019 reflejan que un 25.3% de la población española se encontraba en riesgo de pobreza y exclusión social (tendencia descendente por quinto año consecutivo, pero con menor intensidad de reducción en los dos últimos años). Ello evidencia, además, que los objetivos de reducción de la pobreza y la exclusión social recogidos en la estrategia Europa 2020, una vez terminada su vigencia, se han visto incumplidos.

Las evidentes desigualdades en relación a los niveles de renta que se vienen manifestando en España, agravada por la actual crisis derivada de la pandemia sirven de resorte para la irrupción el pasado año, en nuestro sistema de seguridad social, de una prestación no contributiva cuyo objetivo es el establecimiento de una red de protección mínima y común de ingresos que ayude a prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social cuando las personas se encuentren en situación de vulnerabilidad económica: el Ingreso Mínimo Vital ²⁶. Se configura como un derecho subjetivo a una prestación económica, de carácter indefinido (mientras se mantengan las circunstancias y la carencia de recursos que le da origen). Conformada como una prestación “suelo”, última red de seguridad a la que pueden optar todos los ciudadanos que residan legalmente en España, se ve condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos (residencia legal, carencia de recursos...).

La aparición de esta nueva prestación ha provocado la concurrencia de la misma con prestaciones autonómicas, que aparecieron en nuestro país a partir de los años noventa (rentas o salarios mínimos autonómicos). La finalidad de estas rentas autonómicas es similar: apoyos a los más vulnerables ante situaciones de carencia de rentas. La aplicación del IMV en nuestro sistema de seguridad social hace necesario una adaptación y armonización de las regulaciones autonómicas, al declararse todas ellas subsidiarias de las prestaciones del sistema de seguridad social (entre ellas en IMV). Tras la aprobación del RDL 20/2020 y la regulación a nivel estatal de una prestación no contributiva para la cobertura del riesgo de pobreza y exclusión social, las comunidades autónomas están definiendo el papel que desean desempeñar en el desarrollo de las políticas sociales y, sobre todo, de sus rentas mínimas regionales (el RDL no las hace incompatibles con el IMV).

Sin lugar a dudas esta nueva medida legislativa contribuye a los fines que a la misma se atribuyen (prevenir del riesgo de pobreza y exclusión social a las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad por carecer de recursos suficientes para la cobertura de sus necesidades básicas), sin embargo no estamos ante una

²⁵ European Anti-Poverty Network (EAPN) (2020). El estado de la pobreza. Seguimiento del indicador de pobreza y exclusión social en España 2008-2019. Recuperad de <https://www.eapn.es/publicaciones/404/10-informe-sobre-el-estado-de-la-pobreza-2020>.

²⁶ Real Decreto Ley 20/2020, 29.05. Establece el Ingreso Mínimo Vital- BOE 1.06.2020 núm. 154.

prestación de carácter puramente universal, habiéndose puesto ya de manifiesto deficiencias de cobertura subjetivas algunas de las cuales han sido rectificadas a través de posteriores modificaciones legislativas²⁷.

Este mecanismo de cobertura no es nuevo en el entorno europeo. Así, encontramos prestaciones de protección social de similares características en distintos países. En Portugal el Decret-Lei nº 283/2003²⁸ introdujo el Rendimiento Social de Inserción cuyo objetivo principal es asegurar recursos para la satisfacción de necesidades mínimas a personas en situación de carencias socio económicas y riesgo de exclusión social. Se dirige a personas o familias que se encuentren en situación de necesidad económica grave y que necesiten de apoyo para mejorar su integración social. Para poder ser acreedor del mismo deben cumplir una serie de requisitos y condiciones (residencia legal, carencia económica grave, cumplimiento de contrato de inserción, ser mayor de 18 años, inscripción en servicios de empleo, así como estar desempleado u apto para trabajar). La duración de la prestación es de 12 meses con posibilidad de prórroga si se mantienen las condiciones que dieron origen a la misma. Estamos ante un diseño dirigido a proteger a las personas en situación de pobreza extrema, que consiste en una cuantía económica cuya función es satisfacer las necesidades mínimas vitales, a la que acompaña un programa de inserción (contrato de inserción) para los titulares y miembros de la unidad familiar.

En Francia, desde el año 2009, está implantado la Renta de Solidaridad Activa (*revenu de solidarité active*) al que pueden acceder, con carácter general, aquellas personas, residentes, que vivan en Francia de manera estable y regular, mayores de 25 años o mayores de 18 con hijos a cargo, o trabajadores con niveles salariales muy bajos, y que no superen determinados niveles de ingresos. Es un derecho subsidiario respecto a otras prestaciones de seguridad social de las que se pudiera ser beneficiario, y no exige la búsqueda activa de empleo, es decir no va directamente vinculado a la inserción sociolaboral. El importe de la ayuda se relaciona directamente con del nivel de ingresos y con los integrantes de la unidad familiar.

En Italia la renta de ciudadanía (Reddito di Cittadinanza 2019) está dirigida a combatir la pobreza, fomentar la inclusión social y la reinserción en el trabajo de los desempleados. El derecho está condicionado a los ingresos del beneficiario (con verificación de recursos) y a la búsqueda de empleo proactiva. Es necesario acreditar la carencia de recursos y la residencia, y consiste en una percepción económica de duración máxima de 18 meses (prorrogables otros 18).

²⁷ EAPN (2021) *Valoración de las nuevas medidas del IMV. Informe de posicionamiento de EAPN España*. Recuperado de <https://www.eapn.es/publicaciones/429/valoracion-de-las-nuevas-medidas-del-ingreso-minimo-vital>.

²⁸ Decret-Lei nº 283/2003 de 8 de noviembre. Diário da República — I Série-a N.º 259 — 8 de Novembro de 2003.

En Alemania, en el año 2015 surge el llamado Hart IV que tiene por objetivo garantizar la subsistencia de aquellas personas mayores de 15 años y menores de 65-67 que reúnen ciertos requisitos, tales como residir y haber trabajado en Alemania, no contar con los suficientes recursos, haber agotado la prestación por desempleo y tener capacidad para trabajar. Esta medida contempla una renta mínima de subsistencia, a los que se añaden complementos para otro tipo de gastos esenciales, aunque no contempla incentivos específicos diseñados a la búsqueda de empleo.

Las medidas o mecanismos implantados en casi todos los países del entorno europeo no son nuevas; algunas llevan décadas implementadas, pero destacan por su heterogeneidad. Las diversidades aparecen ya en el diseño mismo de dichos instrumentos que provocan divergencias en su organización administrativa, en su apoyo financiero o económico, en los beneficiarios al que van dirigidos, en los derechos que se adhieren a la prestación económica, en la condicionalidad de la prestación, en los resultados sobre los índices de pobreza y el empleo.... Añadir que en su gran mayoría no atienden al carácter de universal, dejando fuera de su ámbito a sectores de la población que se encuentran desprotegidos. Tampoco son prestaciones incondicionales y de carácter indefinido, haciendo depender su concesión y mantenimiento del cumplimiento de una serie de requisitos. Es necesario diseñar una estrategia a nivel europeo que contemple la lucha contra la pobreza y exclusión social, asegurando unos sistemas de ingresos mínimos adecuados en toda la UE y para todos los sujetos en situación de vulnerabilidad, con aplicación flexible en función de las características de cada país.

4.- La pobreza y exclusión social y los nuevos riesgos emergentes

Se ha manifestado, en líneas anteriores, que el derecho a la protección social se engloba dentro de los derechos humanos, y que en el mismo confluyen una serie de políticas y actuaciones dirigidas a la cobertura de necesidades o contingencias, entre las que se encuentran la pobreza y exclusión social. La preocupación y atención que se ha otorgado a estos riesgos, derivan fundamentalmente de los datos que revelan la afección de un gran número de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad. El compromiso europeo de sacar a 20 millones de personas de la pobreza para 2020 se ha incumplido en gran medida, lo que supone además una derrota para los derechos sociales.

De Schutter, relator especial de Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, durante su visita a comienzos de 2021 alertó sobre las cifras preocupantes que emergen de diferentes estudios en Europa: una de cada cinco personas en la región, es decir, el 21,1% de la población, estaba en riesgo de pobreza o exclusión social en 2019, lo cual representa un total de 92,4 millones de personas. Además, un total de 19,4 millones de niños y niñas, que representan el 23,1%, viven en la pobreza en toda la Unión, y 20,4 millones de trabajadores viven en riesgo de pobreza. Asimismo,

las mujeres están desproporcionadamente representadas entre los pobres. El 85% de las familias monoparentales están encabezadas por mujeres, y el 40,3% de ellas están en riesgo de pobreza.

Estos datos se han visto agravados por la pandemia. La crisis del Covid 19 ha puesto de manifiesto que la atención dedicada a la protección social por los distintos ordenamientos nacionales se ha mostrado totalmente insuficiente. Personas que hasta ese momento no habían experimentado la pobreza se ven ahora afectadas por la misma, colocándolas en situaciones de vulnerabilidad económica, social y laboral. Los Estados Sociales han visto desbordados sus objetivos de garantizar seguridad en todas las experiencias del ciclo vital de las personas, y se han enfrentado a nuevos retos derivados de la pandemia ante los cuales deben reinventarse y formular nuevos mecanismos de actuación. Los Estados y sus instrumentos de seguridad generalizada están en crisis ante la emergencia de la sociedad del riesgo que produce desajustes en los instrumentos clásicos de prevención²⁹. La crisis sanitaria ha evidenciado las carencias de los tradicionales sistemas de protección social, aflorando nuevas situaciones de necesidad que no se cobijan bajo el paraguas de la Seguridad Social tradicional. Así se han sucedido numerosas disposiciones jurídicas tendentes a la ampliación de la cobertura de los sistemas a través de la adaptación de instituciones jurídicas ya existentes (ERTE, prestaciones desempleo, cese actividad....)³⁰. Sin embargo, el alcance de todas estas medidas se manifiesta insuficiente necesitando otros mecanismos que amplíen el ámbito subjetivo de actuación y que de cobijo a todos aquellos que se han visto afectados por esta crisis, sobre todo sectores de población que sufren una mayor desprotección. En nuestro país la aparición del IMV supuso una última red de seguridad para aquellos que se encontraban en situación de necesidad y carencias de rentas. Prestación no contributiva desligada de la trayectoria profesional del sujeto y de su empleabilidad, y con vocación y tendencia de permanencia y universalidad. Igualmente, otros países también pusieron en marcha mecanismos destinados a tal fin.

No hay que obviar que la pobreza no solo afecta a las personas que carecen de recursos básicos, sino que nos enfrentamos a nuevas situaciones que posicionan en situación de vulnerabilidad a determinados sujetos cuya empleabilidad es efectiva. Así, derivado de los cambios de los que está siendo objeto el mundo del trabajo encontramos a trabajadores empleados en la economía informal y que encuentran graves deficiencias en la cobertura otorgada por los sistemas de protección social. También

²⁹ Monero Perez, J.L. (2008) El ciclo largo de la reforma de la Seguridad Social. Significación técnica y político jurídica del proceso de reforma legislativa actual, en Monereo Pérez, J.L. (ed.), *La reforma de la seguridad social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social*, La Ley, p.52.

³⁰ Vigo Serralvo, F. (2021). Repensar el derecho perfecto al trabajo en el debate pospandemia sobre la universalización de la protección social. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 9, núm.1, pp. 55-56.

las nuevas formas de empleo derivadas de la globalización y la digitalización, así como formas de empleo temporal o a tiempo parcial (en general formas “atípicas de empleo”) conllevan un mayor grado de inseguridad en los ingresos, en el empleo y limitación de derechos sociales.

Ante este nuevo panorama se necesitan nuevas respuestas de los sistemas de protección social, aportando adaptaciones a la evolución del mundo del trabajo y a los nuevos riesgos derivados de la crisis sanitaria, que evite las desigualdades que se están manifestando derivadas de las brechas de cobertura de las políticas de protección social.

5.- Del Ingreso Mínimo garantizado a las Rentas Mínimas universales

5.1- El ingreso mínimo garantizado

La preocupación por los distintos regímenes y sistemas de protección social no es nueva, sin embargo, los datos y estadísticas revelan que los objetivos que a nivel internacional se marcaron para conseguir reducir las tasas de pobreza y exclusión social no se han conseguido. A ello se une que la irrupción el pasado año de la Covid 19 está manifestando que dichas tasas continúen en ascenso, y cuando se aporten datos definitivos de los efectos de la crisis sanitaria sobre la sociedad y la economía estos van a ser reveladores. La pandemia en la que estamos inmersos ha puesto en evidencia la insuficiencia de los distintos mecanismos ya existentes de protección social para la lucha contra la pobreza y exclusión social, sobre todo aquellos dirigidos a la población más vulnerable, población que por otra parte se ha incrementado al verse afectados sectores de la misma que antes no estaban expuestos a estas contingencias o riesgos.

Los distintos instrumentos que estaban implantados, cuyo objetivo principal es permitir la suficiencia de ingresos o rentas para las personas que carezcan de recursos no han sido suficientes para afrontar los nuevos riesgos que ahora se presentan. Diversas experiencias nacionales han puesto en marcha reformas y han implementado nuevas prestaciones, básicamente no contributivas, de nivel asistencial que permitan hacer frente a la pobreza y exclusión social. Así, ya se ha comentado como en España, y de forma irruptora el gobierno aceleró la propuesta que ya estaba presente y que había sido reclamada por sectores de la sociedad, regulando el Ingreso Mínimo Vital. Sin duda, esta nueva prestación ya era objeto de debate, pero la crisis sanitaria aceleró su puesta en marcha y funcionamiento ante las evidentes desigualdades que la misma estaba provocando en nuestra sociedad, afectando sobre todo a los más vulnerables (aunque no solo estos se vieron inmersos en esta tesitura, pues otros sujetos se enfrentaron por primera vez a estas situaciones de pobreza). La falta de cobertura subjetiva y objetiva de la que adolecían otras prestaciones de seguridad social o asistenciales, hizo necesario que el IMV apareciera con vocación de universalidad, tendiendo a dar cobertura a todos los

sujetos afectados. Sin embargo, esa universalidad se ha quedado en un plano eminentemente formal pues del análisis de la norma se detecta que su ámbito de actuación no ha llegado a toda la población. Además, estamos ante una prestación que adolece de carácter de incondicional, ya que el derecho a la misma está sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos y condiciones que no siempre hacen posible su reconocimiento (residencia legal, carencia de rentas...). Siguiendo con esta línea, también habría que indicar que el IMV, aunque debería tener carácter permanente, ya que aparece como una prestación de carácter estructural, en realidad, cuando no se cumplen todos los requisitos legales que se exigen para su concesión, pierde esa cualidad.

La valoración que la EAPN (European Anti Poverty Network) ha realizado de esta nueva prestación concluye en resaltar la importancia de esta nueva medida en relación a la lucha contra la pobreza. Recalca que el IMV sigue los acuerdos del PEDS y sirve además como estabilizador económico impidiendo que los hogares caigan en la exclusión social, incentivando además el consumo. Las modificaciones de las que ha sido objeto han contribuido a ampliar el ámbito de cobertura a grupos que estaban excluidos, valorando positivamente los cambios normativos de los que ha sido objeto y que han contribuido al diseño de estas políticas sobre ingresos mínimos. Sin embargo, manifiesta y pone en primer plano las evidentes mejoras de las que puede ser objeto, ya que siguen existiendo grupos de la población que no encuentran cobertura (inmigrantes irregulares, refugiados, menores de 23 años, personas sin hogar.); además se han endurecido determinados requisitos de solicitud para aquellos que no forman unidad de convivencia y para las parejas de hecho; añadir que en el cálculo de los miembros de la unidad de convivencia no contabilizan todos los hijos y personas dependientes (sólo se computa hasta el tercer hijo menor o dependiente); recalca la necesidad de mejorar los sistemas de solicitud y adjudicación, acortando plazos, mejorando la información, creando un sistema ágil y accesible. De otra parte, no hay que obviar la posibilidad de complementariedad respecto a las rentas mínimas autonómicas que puede provocar desigualdades territoriales cuando se establezca como van a coexistir. La EAPN efectúa propuestas para la mejora del IMV sobre todo en relación al aumento de su cuantía; la garantía de la ampliación de su extensión y cobertura, de forma que cubra al máximo de grupos; la recomendable inclusión de completos para vivienda; el diseño de itinerarios de inserción socio laboral para la incorporación de los sujetos al empleo; el compromiso de las CCAA para que los fondos que se vean liberados de renta mínima se destinen a la inclusión social; establecimiento de mecanismo adicionales de protección respecto a los hijos menores de edad.

La mayor parte de los países europeos tienen implantados mecanismos similares, compartiendo el configurarse como apoyos económicos cuando existe carencia de recursos o rentas. Aparecen básicamente como una prestación suelo para poder mantener unos mínimos vitales. Según Morales Ramírez (2021) se identifican por unas determinadas características común a esos Ingresos Mínimos: focalizados (se otorga

solo a personas que no cuenten con recursos económicos suficientes); condicionados (se otorgan solo si se cumplen y mantienen durante su percepción determinados requisitos); temporales (conseguida la finalidad por la que aparecieron deja de percibirse) y bajo nivel de gastos (están supeditados a los presupuestos nacionales)³¹. También podemos incluir una apreciación más: estos Ingresos mínimos destinados a la cobertura económica, fundamentalmente, de aquellos sujetos que carecen de rentas y se encuentran en situación de vulnerabilidad económica, social y laboral, aparecen cuando ya las necesidades se han manifestado y son evidentes, es decir, estamos ante una prestación *ex post*. Añadir que los países se centran en establecer mecanismos no contributivos para atender necesidades de las personas que se encuentran en situación de pobreza extrema y mayor vulnerabilidad, pero que estos mecanismos en muchos casos adolecen de insuficiencia de cobertura, tanto desde el punto de vista de los sujetos como desde el de las cuantías que se reconocen. No olvidemos que, del análisis realizado en líneas anteriores, se concluye que tanto a nivel internacional como europeo se insta al reconocimiento de unos “pisos nacionales de protección social”, a una renta mínima adecuada, con carácter universal, que aseguren una protección dirigida a la lucha contra la pobreza y exclusión social. Estos instrumentos reguladores de Ingresos Mínimos pueden ser la respuesta a aquel mandato.

5.2- La Renta Básica Universal

Sin embargo, se deben analizar otras posibilidades en materia de protección social como la llamada “Renta Básica Universal”. Esta se define como una prestación económica, de carácter permanente, dirigida a todos los ciudadanos, independientemente de su nivel de rentas e incondicional, es decir, no supeditada al cumplimiento de requisitos o condiciones por parte de sus titulares (ni económicos, sociales, laborales o personales). Iría destinada a la cobertura de necesidades fundamentales o vitales del sujeto y a la erradicación de la pobreza y exclusión social. Estaríamos ante una prestación que no actúa una vez presentada la necesidad, sino que aparece desde un primer momento, vinculada a la ciudadanía, de forma preventiva, garantizando un mínimo vital de ingresos y la plena libertad del individuo. Según algunos autores las características de este mecanismo serían: universal (se otorga a toda la población); individual (se aplica a cada persona independientemente de otras circunstancias, incluso laborales); incondicional (no se exigen requisitos para su otorgamiento); suficiente (se sitúa por encima de la línea de pobreza de cada país, con el fin de alcanzar un nivel de vida digno); vitalicia (se percibe durante toda la vida) e integración fiscal progresiva (la prestación adquiere el carácter de crédito fiscal en el impuesto a ingresos personales)³².

³¹ Morales Ramírez, M.A. (2021). ¿La crisis del Covid-19 conduce hacia el establecimiento de la renta básica universal? *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y derecho del Empleo*, Volumen 9, núm. 1, pp. 106-107.

³² Morales Ramírez, M.A. (2021), op.cit.

En el Informe Mundial sobre Protección Social de la OIT se alude al debate abierto sobre el Ingreso Básico Universal, donde se agruparían propuestas diferentes en cuanto a objetivos, niveles de protección, mecanismos de financiación y otras características. Irían destinados a garantizar un nivel de vida mínimo para todas las personas independientemente del empleo, la edad, el género, y que proporcionaría a las personas la libertad y el espacio para poder vivir la vida que desearan. Contribuiría a aliviar los datos de pobreza, reduciendo además el costo de los sistemas de protección social.

Es evidente que este mecanismo ha encontrado defensores y detractores para su implantación. Así, aquellos que están a favor del mismo indican que la renta básica universal contribuiría a la lucha contra la pobreza y coadyuvaría a eliminar las desigualdades produciendo además un efecto positivo sobre la economía. Además, fomentaría la inclusión social. Con ella se garantizaría un nivel mínimo que apoyaría el desarrollo personal y profesional del sujeto reforzando la dignidad humana y eliminando la estigmatización de la pobreza. La Renta Básica aumentaría los niveles de independencia del sujeto, al ver cubiertas sus necesidades básicas, mejorando la capacidad de tomar decisiones. Serviría a los ciudadanos para asumir riesgos y emprender actividades lucrativas³³.

Por otra parte, hay autores que entienden que la implantación de la renta básica podría perjudicar la creación de empleo, a pesar de configurarse como compatible con el mismo, pues podría desincentivar la búsqueda y desarrollo de aquel. Además, no parece que sea la solución para erradicar las causas estructurales de la pobreza y la desigualdad. Adicionalmente no hay que obviar que la viabilidad de su financiación económica parece de difícil alcance.

Actualmente ya se han puesto en marcha algunas experiencias piloto de renta básica incondicional. La experiencia más avanzada actualmente es la de Finlandia. En 2017 y 2018, dos mil finlandeses desempleados, entre 25 y 58 años recibieron un sueldo básico mensual de 560 euros, en lugar de la ayuda al desempleo, sin ningún tipo de trámites o solicitudes burocráticas ni condicionado a la búsqueda activa de trabajo. Ello no impedía la generación de ingresos de forma voluntaria y adicional sin ningún tipo de repercusión sobre dicha renta. Se pretendía comprobar, de forma práctica, si las personas se sienten más motivadas a aceptar un trabajo cuando los ingresos adicionales no afectan a sus prestaciones sociales. Las conclusiones de este programa experimental evidenciaron que los participantes no tenían mayor éxito en la búsqueda de empleo que los que no percibían esta renta, acomodándose a su condición de perceptores; sin embargo, se detectó una evidente mejora en la calidad de vida

³³ Calvo Vérguez, J. (2020). A vueltas con la implantación de una renta básica:pros y contras de su establecimiento a la luz del análisis de distintas experiencias comparadas. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. Editorial Aranzadi, S.A.U.

de los participantes, en su bienestar y en su salud, evidenciando una perspectiva más optimista respecto de sus oportunidades y su futuro.

En nuestro país, el ayuntamiento de Barcelona, entre los años 2017 y 2019 ha realizado un ensayo de renta ciudadana, que puede inscribirse dentro de los experimentos de renta básica (no condicionada y no limitada), financiada en parte con fondos europeos. El programa llamado B-Mincome se realizó con más de mil familias de los barrios más pobres de la ciudad que percibieron una ayuda media de 568 euros al mes, que complementa a los ingresos. A ello se acompaña un plan combinado de formación y empleo, acciones para fomentar la economía social y participativa, ayudas a la vivienda y programas de participación en redes comunitarias. Los resultados finales del proyecto arrojaron datos significativos. En primer lugar, ha demostrado la mejora de las condiciones materiales de los hogares, contribuyendo a la reducción de la privación material severa y la inseguridad alimentaria entre los participantes. Además, se observan algunas mejoras en lo que concierne a la inseguridad habitacional. El impacto de B-MINCOME en el bienestar subjetivo de las personas también ha sido muy positivo al reducir la sensación de incertidumbre financiera y el estrés asociado a esta situación. La combinación de políticas pasivas y políticas activas ha resultado muy positiva, al no estigmatizar a sus receptores. Sin embargo, los resultados en materia de empleo han sido neutros, o incluso negativos a corto y medio plazo. No se ha estimulado la voluntad de emprendimiento económico, ni ha aumentado la posibilidad de encontrar empleo de calidad.³⁴

En Alaska, desde 1982 existe el llamado Fondo Permanente que garantiza una renta mínima universal e incondicional a los residentes en ese estado (residencia ininterrumpida durante un año). Se trata de un fondo estatal proveniente de los ingresos del petróleo y que perciben todos los residentes en Alaska, tanto adultos como menores. Dato trascendental de este programa es la gestión del dinero ingresado, siendo ello fundamental para su consistencia y mantenimiento a largo plazo. Este mecanismo es muy particular y limitado y demuestra que no experimenta consecuencias negativas en el empleo. Según algunos estudios el único efecto destacable es el incremento del trabajo a tiempo parcial. Este peculiar fondo se utiliza como ejemplo por algunos de los académicos partidarios de la renta básica universal, aunque todavía sin demasiado éxito, ya que es difícilmente extrapolable por lo que respecta al origen del dinero destinado al reparto.³⁵

También se han puesto en marcha programas experimentales en pequeña escala en India, Kenia y Uganda. Hasta la fecha, ningún país ha establecido un auténtico ingreso básico universal como un pilar fundamental del apoyo a los ingresos y que garantice un piso nacional de protección social.

³⁴ Resultados finales del proyecto piloto B-MINCOME (2017-2019). Recuperado de https://ivalua.cat/sites/default/files/2021-02/Informe%20Executiu%20Avaluacions%20BMincome_0.pdf

³⁵ Recuperado de <https://apfc.org/>

5.3- El “Derecho Perfecto al Trabajo”

Como una alternativa equiparable a la renta básica y a los mecanismos universales de protección social de corte prestacional o de rentas, se presenta lo que algunos autores denominan “el derecho perfecto al trabajo” o la garantía de empleo. Tanto la renta básica como el derecho perfecto al trabajo compartirían la misma finalidad: la universalización de la protección social.

Se hace referencia a un derecho subjetivo de crédito, con la posibilidad de exigir a las instituciones públicas una colocación profesional remunerada, de forma que ningún sujeto con voluntad de trabajar se vea imposibilitado para ello o devalúe sus expectativas profesionales a niveles mínimos; estamos ante la garantía de ocupación remunerada para toda la ciudadanía. La universalización de la protección se consigue a través de la garantía de empleo que ofrece al sujeto una seguridad existencial. Para unos autores ello se materializa con la figura del estado como empleador directo y universal de todas las personas desempleadas; para otros, la función del estado sería la de subvencionar el empleo, desarrollándose éste en las empresas privadas o en asociaciones no lucrativas; también hay defensores de la creación estatal de asociaciones obreras de producción con vocación hacia la emancipación. Se considera prioritario la instauración de mecanismos de protección universalistas que prioricen la situación de necesidad y no la carrera de cotización del sujeto. Este programa de empleo garantizado lograría un empoderamiento de la población al asegurar un modo de vida. En cuanto a su viabilidad económica, la doctrina entiende que tendría un coste neto inferior al de la renta básica universal, incorporando además otras ventajas como una mayor productividad de la fuerza de trabajo y estabilización de los precios.³⁶ Sin embargo, los mismos autores que enuncian esta alternativa a la renta básica universal entienden que la ejecución de este programa de empleo encontraría muchas dificultades en su configuración y en su ejecución (inconcreción de muchos aspectos, infraestructuras productivas, viabilidad económica...), pero aun así siguen poniendo en el tablero otra alternativa más a la debilidad del estado social para hacer frente a las situaciones de riesgos y su cobertura.

6.- CONCLUSIONES

El derecho a la protección social forma parte inalienable de los derechos de la persona y por tanto el estado debe actuar como garante del mismo durante toda la experiencia vital del sujeto. Su reconocimiento a nivel internacional y europeo ha sido trasladado a nivel estatal; los países han desarrollado regímenes y sistemas de protección social que garantizan la cobertura necesaria ante situaciones de riesgos. Tras la pandemia, la crisis sanitaria ha puesto de manifiesto que los tradicionales riesgos

³⁶ Vigo Serralvo, F. (2021), op.cit.

que encuentran cobertura a través de estos regímenes se han visto alterados, enfrentándonos a situaciones antes inimaginables. La Covid-19 ha puesto en evidencia las brechas y deficiencias de las que adolecen los actuales sistemas de protección social. Ante estas nuevas circunstancias excepcionales se ha incrementado el número de sujetos expuestos a los riesgos de pobreza y exclusión social y han aparecido nuevos pobres, sectores de la población que se han vuelto vulnerables y que ha provocado un aumento de las desigualdades.

La pobreza y exclusión social, así como la aparición de las nuevas formas de empleo, derivados de la profunda transformación del mercado de trabajo, exigen medidas e instrumentos que adapten y transformen los clásicos sistemas de protección. Nos enfrentamos a nuevos riesgos y formas atípicas de empleo que conllevan una deficiencia y limitación en la protección social de los sujetos y que se ha visto agravada tras la crisis actual.

Las distintas respuestas que se aportan para hacer frente al riesgo de pobreza y exclusión social pasan todas ellas por el fortalecimiento de los distintos sistemas nacionales de protección social, procurando la universalización de los mismos. Es decir, que dichos sistemas den cobertura a toda la población cuando se encuentren en situación de vulnerabilidad. Siguiendo las orientaciones, tanto de la OIT como de la UE, la implantación de distintos mecanismos o instrumentos de protección debe garantizar un nivel de vida digno, procurando unos ingresos mínimos o rentas que permitan satisfacer las necesidades vitales y procurar la integración en el mercado laboral como forma de aseverar la seguridad económica, el bienestar y el empoderamiento de las personas.

Así, en la mayor parte de los países de nuestro entorno los esfuerzos se han dirigido a implementar cambios en las prestaciones de ingresos mínimos garantizados. Prestaciones dirigidas fundamentalmente a aquellos sujetos que carecen de ingresos o rentas que le permitan cubrir sus necesidades básicas. Es decir, son prestaciones, normalmente asistenciales, dirigidas a paliar situaciones de vulnerabilidad, no solo económica sino también socio laboral, que actúan cuando se presenta el riesgo o necesidad y que pretenden, en muchos casos, lograr la integración en el mercado de trabajo de los sujetos a los que va dirigida. En el caso de España, la urgencia derivada de la crisis sanitaria provocó la aprobación del IMV, prestación no contributiva de seguridad social que contribuye a la cobertura de situaciones de necesidad de los sujetos más vulnerables. Todo ello en línea con las orientaciones de la OIT sobre pisos de ingresos mínimos y las recomendaciones europeas en el establecimiento de una renta mínima adecuada. Sin embargo, en muchos casos estas soluciones adolecen de lagunas subjetivas, no abarcando a todos los sectores de la población, y condicionada al cumplimiento de requisitos vinculados a la residencia o carencia de rentas para su obtención y mantenimiento. A ello hay que añadir, que la suficiencia de dichas prestaciones a veces se manifiesta exigua. Sin embargo, es cierto que los países donde se

han implantado estas prestaciones han sido más resilientes a las duras consecuencias derivadas de la crisis, cubriendo importantes brechas de cobertura.

Numerosos autores vuelven al debate sobre la necesidad del establecimiento de una renta básica universal, que garantice unos recursos mínimos a la persona, que le garantice un nivel básico de seguridad de los ingresos, de carácter incondicional y desvinculado de cualquier circunstancia para su otorgamiento, únicamente la ciudadanía. En este documento se aportan algunos de los argumentos a favor y en contra de este mecanismo. Su principal virtud es su carácter universal e incondicionado, dos cualidades a las que todo sistema de protección social debe tender para su fortalecimiento; añadir la garantía de unos recursos mínimos para la cobertura de necesidades básicas, proporcionando la seguridad en los ingresos y el bienestar derivado de ello; así se redundaría en la dignidad de la persona, su empoderamiento y el aumento de sus posibilidades en cuanto a su empleabilidad. En relación a sus debilidades la primera de ellas se manifiesta sobre todo en la viabilidad económica y financiera de esta medida. Indicar además que deben estudiarse otros aspectos como la cobertura de las prestaciones, su suficiencia, prestaciones y servicios que se mantendrían junto a la renta básica.

Los resultados de las experiencias llevadas a cabo en distintos ámbitos geográficos estableciendo una renta básica universal, llegan a la conclusión que la misma coadyuva al bienestar del sujeto, al asegurarle unos recursos mínimos que le permiten promover la dignidad y hacerlos más libres. Sin embargo, los estudios también arrojan que en el ámbito laboral la influencia de estas rentas sobre la empleabilidad o el autoempleo de los sujetos no se vio alterada, permaneciendo a los mismos niveles que aquellos que no percibieron dichos ingresos.

Lo cierto es que el establecimiento de ingresos mínimos o rentas básicas universales son instrumentos básicos para la reducción del riesgo de pobreza y exclusión social. Sin embargo, las orientaciones europeas giran en torno al establecimiento de una renta mínima adecuada, instaurada a través de una directiva que armonice las cuestiones básicas sobre la misma. En estos momentos asistimos a una protección de estos riesgos a través de prestaciones que aparecen normalmente condicionadas al cumplimiento de ciertas condiciones o requisitos, que se conforman como una red de seguridad una vez actualizada la contingencia y que normalmente tienen carácter temporal. Así, se configuran los ingresos mínimos o rentas mínimas en la mayoría de los países europeos, adoleciendo además de la universalidad que requiere este tipo de mecanismos, de forma que alcancen a toda la población vulnerable. Es necesaria la implicación y compromiso de todos los estados miembros, así como de las instituciones de la UE en el establecimiento de una renta mínima adecuada con carácter universal que colme todas las lagunas de protección que se manifiestan sobre todo en tiempos de crisis.

BLIBIOGRAFÍA

Arufe Varela, A. (2018). El nuevo Pilar europeo de derechos sociales. Análisis crítico, *Revista general de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 49, pp. 53-54

Calvo Vérguez, J. (2020). A vueltas con la implantación de una renta básica: pros y contras de su establecimiento a la luz del análisis de distintas experiencias comparadas. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. Editorial Aranzadi, S.A.U.

Merger, A. (2020). El Ingreso mínimo Vital y el Sistema complejo de Protección Social Pública. en Monero Pérez, J.L., Rodríguez Hiniesta, G y Trillo García, A. (2020) *El Ingreso Mínimo Vital en el Sistema de Protección Social. Estudio de su configuración y régimen jurídico*. España, Ed. Laborum, pp-76.

Monereo Perez, J.L. (2018). Pilar europeo de derechos sociales y sistemas de seguridad social. *Revista jurídica de los derechos Sociales, Lex social*, pp.277

Monero Perez, J.L. (2008) El ciclo largo de la reforma de la Seguridad Social. Significación técnica y político jurídica del proceso de reforma legislativa actual, en Monereo Pérez, J.L. (ed.), *La reforma de la seguridad social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social*, La Ley, p.52.

Morales Ramírez, M.A. (2021). ¿La crisis del Covid-19 conduce hacia el establecimiento de la renta básica universal? *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y derecho del Empleo, Volumen 9, núm. 1*, pp. 106-107.

Sánchez-Rodas Navarro, C. (2021). "El ingreso mínimo vital a la luz del derecho de la unión europea y de los convenios internacionales de seguridad social vigentes en España". *Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol.13, Nº1*, pp. 629-656. DOI:10.20318/cdt.2021.5974.

Vigo Serralvo, F. (2021). Repensar el derecho perfecto al trabajo en el debate pospandemia sobre la universalización de la protección social. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Volumen 9, núm.1*, pp. 55-56.

EAPN (2021) *Valoración de las nuevas medidas del IMV. Informe de posicionamiento de EAPN España*. Recuperado de <https://www.eapn.es/publicaciones/429/valoracion-de-las-nuevas-medidas-del-ingreso-minimo-vital>.

European Anti-Poverty Network (EAPN) (2020). El estado de la pobreza. Seguimiento del indicador de pobreza y exclusión social en España 2008-2019. Recuperad de <https://www.eapn.es/publicaciones/404/10-informe-sobre-el-estado-de-la-pobreza-2020>.

OIT. (2017). *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019. La protección social universal para alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible*. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/--dcomm/documents/publication/wcms_624890.pdf

Conferencia Internacional del Trabajo – 109 reunión, 2021. ILC.109/Actas núm. 7ª. Fecha: 18 de junio de 2021

**DIREITO DO TRABALHO
NA ECONOMIA DIGITAL**

A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL EM FACE DA AUTOMAÇÃO

Marcelo Rodrigues Prata¹

RESUMO: O escopo do presente trabalho é dissertar sobre os impactos da revolução tecnológica nas relações de trabalho, mais precisamente no que toca à automação, bem como a respeito dos instrumentos jurídicos capazes de amenizar a situação dos trabalhadores afetados por mudanças cada vez mais profundas e velozes.

ABSTRACT: The scope of this paper is to talk about the impacts of the technological revolution on labor relations, more precisely with regard to automation, as well as on the legal instruments capable of softening the situation of workers affected by increasingly profound and rapid changes.

PALAVRAS-CHAVE: Automação. Direito do Trabalho.

KEYWORDS: Automation. Labour Law.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A proteção constitucional em face da automação. 2. A negociação anterior à despedida em massa em virtude de inovação tecnológica. 3. A qualificação profissional no ordenamento brasileiro. Conclusões. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. Constitutional protection in the face of automation. 2. Pre-mass negotiation due to technological innovation. 3. Professional qualification in Brazilian planning. Conclusions. References.

¹ Titular da Cadeira nº 88 da ABDT. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Aprovado no Curso de Especialização em Processo - Pós-Graduação *Lato Sensu*, promovido pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo. Juiz Titular da 29ª Vara do Trabalho de Salvador do TRT da 5ª Região, atuando ainda como Juiz Convocado. Autor dos livros: *A prova testemunhal no processo civil e trabalhista*. São Paulo: LTr, 2005; *Anatomia do assédio moral no trabalho*. São Paulo: LTr, 2008; *O direito ambiental do trabalho numa perspectiva sistêmica*. São Paulo: LTr, 2013 e *Assédio moral no trabalho sob novo enfoque: cyberbullying, "indústria do dano moral", carga dinâmica da prova e o futuro CPC*. Juruá: Curitiba, 2014; *Uberização nas relações de trabalho: trabalho sob demanda via aplicativos*. Juruá: Curitiba, 2021 (no prelo). Pesquisador do Grupo de Estudos de Direito Contemporâneo do Trabalho e da Seguridade Social – Universidade de São Paulo.

Introdução

A Quarta Revolução Industrial — igualmente conhecida como Revolução 4.0 — não é *sic et simpliciter* uma evolução da Terceira, mas a criação de *um novo sistema socioeconômico*, decorrente dos avanços da *informática* e da *internet*, bem como da *inteligência artificial* (IA). As máquinas passaram a armazenar *uma quantidade colossal de informação* e evoluem em uma *velocidade vertiginosa*. Isso lhes permite *simular o cérebro humano*, com a sua incrível capacidade de estabelecer conexões e auxiliar o homem a tomar decisões. Por sinal, definem essa nova era tecnologias como, por exemplo, as nanotecnologias, neurotecnologias, robôs, inteligência artificial, biotecnologia, sistemas de armazenamento de energia, *drones*, impressoras 3D etc. Noutros termos, vive-se uma era de transformações frenéticas, capitaneadas pela tecnologia disruptiva. Isso exige do trabalhador inteligência, qualificação, proatividade e capacidade de constante adaptação a novos ambientes profissionais.

Por sinal, é indisputável que a Quarta Revolução Industrial aprofundou a desigualdade social. De uma banda, há hoje uma elite de trabalhadores altamente qualificada, bem remunerada e com empregabilidade, mas, de outra banda, luta para sobreviver imensa massa de desempregados, subempregados, contratados precariamente ou mesmo *desalentados*. Aliás, a classe média encolheu. Metade dos ativos do planeta são concentrados nas mãos de apenas 1% da população. Isso piora os índices de violência e conflitos de classes.

A propósito, a seguir será apresentado como esse contexto hipercomplexo de aceleradas mudanças tecnocientíficas afeta as relações trabalhistas e o que o Direito do Trabalho e da Seguridade Social têm a oferecer para amenizar o sofrimento dos trabalhadores por elas atingidos.

1. A proteção constitucional em face da automação

A Constituição de 1988 prevê: “Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei; [...]”. Resta saber o que significam os termos *automação*, *proteção* e “na forma da lei”.²

A propósito, Alan da Silva Esteves defende que *automação* implica substituição do trabalho humano pelo realizado por intermédio de meios tecnológicos, bem como a preparação do trabalhador para atuar nesses mecanismos, tanto para sua manutenção

² **O princípio da “unitas multiplex” do trabalho sob demanda via aplicativos e sua regulação:** prenúncio do devir das relações de trabalho pelas lentes da teoria dos sistemas. 2020, 410 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. f. 300-307.

quanto para seu desenvolvimento. Por outras palavras, trata-se de “[...] reestruturação administrativo-tecnológica que se torna prejudicial quando não realiza a adaptação do trabalhador”.^{3 4 5 6 7}

Por seu turno, Silva Esteves sustenta que o termo *proteção* contra o desemprego em face da automação relaciona-se a crédito, assistência financeira, colocação ou intermediação de mão de obra, qualificação social e profissional. Aliás, proteção

³ ESTEVES, Alan da Silva. **Proteção do trabalhador em face da automação**: eficácia jurídica e social do inciso XXVII do art. 7º da Constituição brasileira. São Paulo: LTr, 2013. p. 42 e 168-169.

⁴ Lamentavelmente, o STF adotou interpretação restritiva quanto ao termo automação: “O art. 7º, inc. XXVII, da Constituição não estipula como direito do trabalhador proteção contra ‘inovações tecnológicas’, mas sim ‘em face da automação’, conceitos diferentes. Na automação substitui-se o trabalho humano pelo de máquinas. A inovação tecnológica está relacionada a mudanças na tecnologia, não havendo necessariamente a substituição do homem por máquina. Portanto, o Impetrante não apresenta a condição jurídica de pessoa cujo direito esteja inviabilizado pela ausência de norma regulamentadora de direito constitucionalmente assegurado.” (BRASIL. STF. MI 618, Relatora: Min. CÂRMEN LÚCIA, julgado em 29/09/2014, publicado em DJe-192, divulg. 01/10/2014, public. 02/10/2014.).

⁵ Segundo léxico, automação é um “sistema em que os processos operacionais em fábricas, estabelecimentos comerciais, hospitais, telecomunicações etc. são controlados e executados por meio de dispositivos mecânicos ou eletrônicos, substituindo o trabalho humano; automatização”. (HOUAISS, Antônio et al. *Grande dicionário Houaiss*. Disponível em: <https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-3/html/index.php#3>. Acesso em: 04 mar. 2019.).

⁶ Por sua vez, Luciano Martinez e Mariana Maltez defendem que se faça “... uma interpretação extensiva do art. 7º, XXVII, da CF/88 [...], inferindo a intenção do constituinte de estabelecer a proteção dos trabalhadores tanto em face da substituição da mão de obra humana pelo trabalho mecanizado do tipo automático e mecânico (automação), como também do tipo integrado e inteligente (automatização)”. (MARTINEZ, Luciano; MALTEZ, Mariana. O direito fundamental à proteção em face da automação. *Revista de direito do trabalho*, v. 182, p. 21-59, out. 2017. Disponível em: http://www.academia.edu/37646783/O_DIREITO_FUNDAMENTAL_%C3%80_PROTE%C3%87%C3%83O_EM_FACE_DA_AUTOMA%C3%87%C3%83O_The_Fundamental_Right_To_Protection_In_The_Face_Of_Automation_. Acesso em: 04 mar. 2019.).

⁷ Já Bertagnolli, Rizzoto e Tonal sustentam que “[...] a mecanização é uma técnica que permite a extensão das funções humanas — que não a cerebral — através de um processo de fragmentação e tem como principal característica a possibilidade de repetição infinita de determinados movimentos. Essa repetição de determinados movimentos é sempre uniforme, ou seja, não se modifica. Aí reside um dos principais problemas da tecnologia da mecanização, qual seja, a necessidade de observação e correção humana. [...] As diferenças entre a tecnologia da mecanização e da automação encontram-se basicamente no princípio de *feedback*, que [...] consiste na possibilidade de autoadaptação de todo o sistema em face das diferentes informações de realidade. O princípio de retroalimentação (*feedback*) não está presente na mecanização; assim, quem percebe a mudança de realidade e deve, se necessário, introduzir novas instruções ao sistema para que trabalhe da melhor forma possível é o operário”. (BERTAGNOLLI, Danielle; RIZZOTO, Felipe; TONIAL, Maira Angélica Dal Conte. As relações de trabalho e a automação industrial: reflexões sobre os aspectos históricos, econômicos, conceituais e sociais. *Revista justiça do direito*, v. 24, n. 1, 2010, p. 132-150. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/2149/1389>. Acesso em: 04 mar. 2019.).

deve ser entendida de forma mais ampla como *segurança* no sentido de promover a paz social, mais precisamente no que toca à harmonia nas relações de trabalho, presente em diplomas internacionais, como: (a) no art. 25, 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos; (b) no art. 6º, 1 e 2 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; e (c) na Convenção nº 122 da OIT. Por sinal, *proteção* pode ser entendida como uma decorrência do princípio da isonomia, porquanto os trabalhadores cujas oportunidades de emprego foram afetadas pelos avanços tecnológicos e não podem permanecer numa situação mais desvantajosa do que aqueles que não foram assim prejudicados, sem que haja aí qualquer tipo de compensação (Art. 5º, *caput* da Constituição).⁸

A automação se relaciona, por seu turno, com o princípio da liberdade, mais precisamente com o da livre-iniciativa — arts. 1º, IV; 5º, inc. II; e 170 da Constituição.⁹

Noutro giro, quanto à expressão “na forma da lei”, prevista no mencionado art. 7º, XXVII da Constituição, conclui-se que o comando constitucional de proteção em face da automação não configura norma autoaplicável, ou seja, trata-se de *norma em branco*, porquanto necessita de complementação estabelecida em diploma infraconstitucional.^{10, 11, 12}

A propósito, à falta de regulamentação específica, traz-se à baila a Lei nº 7.998/1990, que regula o Programa do Seguro-Desemprego e institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).¹³ Aliás, o programa mencionado tem por objetivo

⁸ ESTEVES, Alan da Silva. *Proteção...*, *op. cit.*, p. 144 e 168-169.

⁹ ESTEVES, Alan da Silva. *Proteção...*, *op. cit.*, p. 140 e 168-169.

¹⁰ Em sentido contrário, Martinez e Maltez sustentam que “[...] por força do reconhecimento da eficácia horizontal do direito fundamental à proteção em face da automação, os particulares, e em especial os empregadores, encontram-se vinculados a essa proteção, não os sendo facultado que ajam em contrariedade ao que preconiza este direito fundamental”. (MARTINEZ, Luciano; MALTEZ, Mariana. O direito..., *op. cit.*).

¹¹ Aliás, assim já se pronunciou o TST no sentido de que “[...] o art. 7º, XXVII, da Constituição Federal, que assegura a proteção em face da automação, encerra conteúdo ‘principiológico’, visto que ainda não há lei específica que trate da matéria. Nesse sentido, enquanto não houver lei que concretize tal proteção, não há vedação para que seja aplicado em consonância com as normas então vigentes, porquanto o mencionado dispositivo encerra cláusula geral e orientadora, que autoriza o Juiz a adequar o valor, por ele protegido, ao caso concreto e segundo as normas atuais [...]”. (BRASIL. TST. AIRR - 114040-70.2005.5.10.0016, Relator Ministro: Pedro Paulo Manus, Data de Julgamento: 26/11/2008, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/12/2008.).

¹² CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Sociedade, tecnologia e a luta pelo emprego**. São Paulo: LTr, 2018. p. 99-100. *E-book*.

¹³ Não se pode deslembrar que o Programa do Seguro-Desemprego é financiado pelos empregadores, forte princípio da função social da propriedade — art. 5º, XXII da Constituição. Por sinal, as receitas são oriundas de contribuições do PIS e do Pasep, conforme o art. 239 da Constituição.

oferecer assistência financeira temporariamente ao desempregado, bem como auxiliá-lo a buscar novo emprego. Nessa linha, ele deve promover “[...] ações integradas de orientação, recolocação e qualificação profissional” (art. 2º, I e II.). Por sinal, o mesmo Diploma institui bolsa de qualificação profissional, às expensas do FAT, à qual terá direito quem estiver sob suspensão do contrato de trabalho por estar participando de curso ou programa de qualificação profissional patrocinado pelo empregador (art. 2º-A).

Nada obstante, ESTEVES critica o Programa do Seguro-Desemprego, porquanto é basicamente voltado a proporcionar uma renda provisória ao trabalhador e ainda assim por tempo insuficiente para seu retorno ao mercado de trabalho. Além disso, ele não exige contrapartida do trabalhador em termos de empenho em se requalificar e buscar nova colocação. Ademais, existe a questão da *alta rotatividade*, o que desestimula a busca por qualificação.¹⁴

A proteção do trabalhador em virtude da automação implica oferecer-lhe segurança sob a forma de qualificação contínua e renda, bem como aproximá-lo do diálogo com o empresariado para tomar ciência do que este necessita no que toca aos perfis de profissionais, bem como o que o Estado e os trabalhadores podem fazer para enfrentar o desafio em comento. Aliás, curiosamente, a própria tecnologia que subtrai empregos pode igualmente ser útil para gerar emprego e renda. Por outras palavras, o manejo inteligente e intensivo da Internet pode ser útil para: (a) criação de cadastro de transferência de renda; (b) obtenção de informações sobre focos de trabalho não assalariado para transmutá-los em assalariado; (c) descobrir-se tendências do mercado; (d) proporcionar cursos de educação à distância para requalificação da mão de obra; (e) criar cadastros de trabalhadores disponíveis etc.^{15, 16}

Do ponto de vista do Direito Comparado, é interessante mencionar que o art. L2315-94 do *Code du Travail* francês prevê que o comitê social e econômico pode recorrer a um perito habilitado, em caso de introdução de novas tecnologias. Já o art. D1442-4 dispõe sobre a assistência financeira do Estado para instituições públicas e privadas específicas para que possam suportar os custos de treinamento relacionados com o uso de novas tecnologias. Por sua vez, o art. L6321-1 determina que compete ao empregador assegurar a adaptação do empregado ao seu posto de trabalho em face das novas tecnologias.¹⁷

¹⁴ ESTEVES, Alan da Silva. *Proteção ...*, op. cit., p. 50, 117, 147 e 171.

¹⁵ ESTEVES, Alan da Silva. *Proteção ...*, op. cit., p. 72, 158 e 168-169.

¹⁶ V. art. R5312-38 do *Code du Travail*.

¹⁷ Por sua vez, há no art. 425 do Código de Trabalho de Portugal: “O empregador deve solicitar o parecer da comissão de trabalhadores antes de praticar os seguintes atos, sem prejuízo de outros previstos na lei: [...] c) Qualquer medida de que resulte ou possa resultar, de modo substancial, diminuição do número de trabalhadores, agravamento das condições de trabalho ou mudanças na organização de trabalho; [...]”.

2. A negociação anterior à despedida em massa em virtude de inovação tecnológica

A CF/1988 privilegia a negociação coletiva como elemento capaz de reduzir conflitos sociais por meio do diálogo direto entre os interessados — aliás muito mais rentes à realidade do contexto no qual eles emergem (art. 8º, VI, §§ 1º e 2º). Tudo em homenagem ao Estado Democrático de Direito, à valorização do trabalho humano e da livre iniciativa (art. 1º, *caput* e IV), bem como à função social da propriedade (art. 170, III e VIII).¹⁸

Nessa linha, pode-se defender que a CF/1988 recepcionou o art. 616 da CLT, que, por sua vez, diz que sindicatos e as empresas, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva. Considerando que isso se traduz em conduta antisindical, muito embora, óbvio, não haja aí obrigação de se fechar um acordo, ao arrepio da autonomia coletiva,^{19, 20} cabendo a convocação das partes pela Secretaria do Trabalho para criação de mesa redonda.²¹ No caso de persistir a recusa, é facultada aos sindicatos ou empresas interessadas a instauração de dissídio coletivo, sendo que se este for de natureza econômica, ou seja, se implicar encargos financeiros diretos, o art. 114, § 2º da CF/1988 exige acordo entre as partes.

Todavia, o Direito do Trabalho brasileiro, muito embora considere obrigatória a negociação coletiva, não prevê uma sanção específica contra a parte que comprovadamente se recusa a negociar. Aparentemente, a falta da negociação coletiva apenas acarreta autorização para a contraparte iniciar o movimento paredista ou ajuizar dissídio coletivo,²² ao contrário do que preveem, e.g., os arts. 359 a 361 do Código do Trabalho de Portugal. Como se não bastasse, a *Reforma de 2017 inseriu o seguinte na CLT*:

¹⁸ PRATA, Marcelo Rodrigues. O problema da obrigatoriedade de negociação coletiva antes do despedimento em massa. In: SILVA NETO, Manoel Jorge e. (Org.). **Desafios à autonomia negocial coletiva**: estudos em homenagem ao Professor José Augusto Rodrigues Pinto. Brasília: ESMPU, 2021. p. 231-254.

¹⁹ LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain. **Droit du travail**. 24. ed. Paris: Dalloz, 2008, p. 1378. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 635-636.

²⁰ Aliás, como é previsto no ordenamento de países centrais como Espanha, EUA, França, Portugal, Reino Unido e Suécia. (V. FERNANDES, António Monteiro. **Direito do trabalho**. 19. ed. Coimbra: Almedina, 2019. p. 890 e ss.). Já na Itália, porém, não é obrigatória a negociação coletiva antes de despedidas em massa. (SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. **Diritto dei lavori e dell'occupazione**. 6. ed. Torino: Giappichelli, 2017. p. 32.).

²¹ MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 628 e ss.

²² BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito sindical**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 150-151.

Art. 477-A - As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.

Ao que tudo indica, o apressado legislador reformista esqueceu-se das distinções doutrinárias entre (a) dispensas individuais (por *motivos subjetivos*); (b) plúrimas (em geral, por uma mesma questão disciplinar, como a participação em greve ilegal, podendo ser contratados outros em substituição dos desligados); e (c) coletivas — há aí a intenção de reduzir o quadro de pessoal, em virtude de uma mesma *causa objetiva* de ordem econômica, tecnológica ou por força de reestruturação da empresa.²³ Tornou-se assim de súbito desnecessária a negociação coletiva nas hipóteses de despedidas em massa, ao arripio do art. 1º, *caput* e IV, do art. 8º, VI, §§ 1º e 2º e do art. 170, III e VIII da CF/1988, bem como do referido art. 616 da CLT. Não fosse isso o bastante, o art. 7º, I da CF/1988 prevê que caberá à *lei complementar* o regramento da despedida arbitrária ou sem justa causa, sendo que a Reforma referida foi implantada por lei ordinária (Lei nº 13.467/2017).²⁴

Ora, é evidente que não se pode impedir os avanços da tecnologia e seus impactos no mercado de trabalho. Nada obstante, cuida-se aqui de questão de alta relevância social. Vale dizer, trabalhadores despedidos em massa representam um ônus para a sociedade. Por outro lado, as empresas igualmente possuem função social (art. 5º, XXII da Constituição). Noutros termos, sindicatos, empresários e o Estado — art. 7º, XXVI e art. 8º, VI da Constituição e art. 616 da CLT — devem buscar soluções conjuntas para minorar os efeitos dos avanços tecnológicos, como a requalificação do trabalhador, o pagamento de seguro-desemprego e um especial cuidado em sua formação como cidadão consciente de seus direitos e deveres. A propósito, Alain Supiot sustenta que as empresas devem assumir a responsabilidade pela capacitação do trabalhador para ocupar um posto (“capacidade profissional”).²⁵

Por seu turno, na Espanha, a Lei nº 10/1997 trata dos direitos de informação e consulta dos trabalhadores nas empresas e grupos de empresas de dimensão

²³ GOMES, Orlando. Dispensa coletiva na reestruturação da empresa: aspectos jurídicos do desemprego tecnológico. São Paulo: **Revista LTr**, v. 38, n. 7, 1974. p. 575-579. FERNANDES, Antônio Monteiro. Direito do trabalho., *op. cit.*, p. 765 e ss.

²⁴ ALMEIDA, Renato Rua de. Estabilidade no emprego. In: LEITE, C. H. B.; Eça, Vitor Salino de Moura. (Coords.). **Direito e processo do trabalho**: homenagem a Armando Casimiro Costa Filho. São Paulo: LTr, 2019. p. 87.

²⁵ SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia**: a justiça social diante do mercado total. Tradução de Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014. p. 120-123.

comunitária.²⁶ Aliás, tanto a Recomendação 163 da OIT quanto Diretiva 2002/14/CE da União Europeia sugerem que a negociação coletiva em caso de implantação de novas tecnologias nas empresas capaz de gerar despedidas coletivas seja realizada com observância do dever de informação aos trabalhadores interessados — arts. 12 e ss. do CDC, subsidiariamente aplicado.^{27, 28} Na mesma linha, a Convenção 158 da OIT, cuja aplicabilidade ao Direito brasileiro encontra-se em arrastada discussão no STF (ADI 1625).

A Diretiva n. 92/56/CEE estabelece o dever de o empregador consultar, em tempo razoável, os representantes dos trabalhadores, com o escopo de se alcançar entendimento sobre as opções que possam evitar ou minimizar as despedidas coletivas ou, pelos menos, sobre as formas de minorar suas consequências (artigo 2º, 1 e 2). Já o art. 477-A da CLT, com a redação da Reforma Trabalhista, dispõe *tout court* que as dispensas imotivadas coletivas não dependem de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção ou acordo coletivo para sua efetivação.²⁹

De outro lado, o art. 13 da Convenção 158 da OIT³⁰ trata do término da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos. Ocasião

²⁶ Já a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores prevê: “15. Formação profissional. Todos os trabalhadores da Comunidade Europeia devem poder ter acesso à formação profissional e beneficiar dela ao longo da sua vida activa. Nas condições de acesso a essa formação não é admissível qualquer discriminação baseada na nacionalidade. As autoridades públicas competentes, as empresas ou os parceiros sociais devem, cada um na esfera das suas competências, instituir dispositivos de formação contínua e permanente que permitam a qualquer pessoa reciclar-se, designadamente beneficiando de licenças para formação, aperfeiçoar-se e adquirir novos conhecimentos, tendo em conta nomeadamente a evolução técnica”. E ainda: “18. A informação, a consulta e a participação referidas devem ser accionadas em tempo útil, nomeadamente nos seguintes casos: — quando da introdução nas empresas de mudanças tecnológicas que tenham consequências importantes para os trabalhadores no que se refere às condições de trabalho e à organização do mesmo; [...]”.

²⁷ ALMEIDA, Renato Rua de Almeida. Visão histórica da liberdade sindical. São Paulo: *Revista LTr*, 01 mar. 2006, p. 363-366. Disponível em: http://www.renatoruaemarcusaquino.adv.br/publicacoes/renato_rua_visao_historica.pdf. Acesso em: 05 out. 2019. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 897.

²⁸ Segundo Nelson Mannrich “[...] o conceito de dispensa coletiva corresponde, em geral, à ruptura do contrato de trabalho provocada por uma idêntica causa, de natureza objetiva que, durante um determinado período de tempo a ser definido em lei, atinge certo número de trabalhadores”. (MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva**: da liberdade contratual à responsabilidade social. São Paulo: LTr, 2000. p. 452. *E-book*).

²⁹ CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Sociedade, tecnologia e a luta pelo emprego.**, *op. cit.*, p. 80-81.

³⁰ Inesperadamente, passados apenas sete meses, o Governo denunciou a ratificação da Convenção 158, mediante nota enviada ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho. Em seguida,

em que o empregador deverá *informar* em tempo hábil aos representantes dos empregados sua intenção de promover dispensa coletiva, a estimativa do número de despedidos, bem como a data em que ela deverá ocorrer. Os aludidos representantes deverão ter *oportunidade para consultar a categoria* quanto às possíveis *alternativas* para atenuar a situação, inclusive quanto à tentativa de recolocação dos despedidos no mercado de trabalho.

Saliente-se que a negociação coletiva é um *instrumento* de concretização de direitos fundamentais. Inclusive ela é capaz de dirimir conflitos em caso de colisão entre estes direitos nos casos concretos, consoante o princípio da proporcionalidade.³¹ Aliás, pode-se considerar a *liberdade sindical* como parte das liberdades civis e políticas adotadas pela DUDH.³² Por consequência, como seu instrumento, a negociação coletiva poderia ser tida como integrante do elenco dos direitos humanos trabalhistas.³³ Não fora isso o bastante, frise-se, a proteção contra o desemprego está expressamente inserida no art. 23 da DUDH e no art. 7º, I da CF/1988, sendo que os *direitos sociais*, mais precisamente os trabalhistas, são direitos fundamentais.³⁴

com o Decreto nº 2.100/1996, o presidente da República promulgou a respectiva denúncia, informando que a referida Convenção aqui perderia vigência a partir de 20/11/1997. Vale dizer, o Executivo brasileiro simplesmente ignorou o art. 17 da Convenção nº 158 — este expressamente prevê que, uma vez ratificada, ela terá prazo de dez anos de vigência —, ao baixar o Decreto nº 2.100/1996. Assim, deu azo à ADI nº 1625/1997. Por sua vez, o STF, que poderia dar cobro a essa situação de insegurança jurídica, não chegou a um veredicto final até hoje.

- ³¹ AGUIAR, Antonio Carlos. **Negociação coletiva de trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 72-75.
- ³² BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Direitos humanos e trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do direito internacional do trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 103-107.
- ³³ Diz a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho que a Conferência Internacional do Trabalho: “2. Declara que todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções, isto é: a) a *liberdade sindical* e o *reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva*; [...]”.
- ³⁴ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. I - Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos. In: MARTINEZ, Luciano; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. (Coords.). **Comentários à Constituição de 1988 em matéria de direitos sociais trabalhistas (arts. 6º a 11)**: Uma homenagem aos 30 anos da Constituição da República e aos 40 anos da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. São Paulo, LTr, 2019. p. 77. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 301. SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 777-778.

Logo, em tese, contanto seja considerada vigente em território nacional pelo STF, a Convenção 158 estaria em posição hierárquica superior às normas infraconstitucionais, embora deva ser interpretada conforme a CF/1988. Aliás, após a EC 45/2004, tratados e convenções internacionais que cuidem de direitos humanos, uma vez homologados pelo Brasil, segundo processo legislativo próprio, inserem-se no ordenamento na qualidade de norma constitucional, caso sejam aprovados por quorum qualificado.³⁵

3. A qualificação profissional no ordenamento brasileiro

A Lei nº 7.998/1990, que regula o programa do seguro-desemprego e institui o fundo de amparo ao trabalhador (FAT), diz que ele deve promover “[...] ações integradas de orientação, recolocação e qualificação profissional” (Art. 2º, I e II.). Ainda institui ela a bolsa de qualificação profissional, às expensas do FAT, à qual terá direito quem estiver sob suspensão do contrato de trabalho por estar participando de curso ou programa de qualificação profissional patrocinado pelo empregador (Art. 2º - A).

Por sinal, o art. 476-A da CLT estabelece que o contrato de trabalho poderá ser suspenso, por um período de dois a cinco meses, para participação do empregado em curso de qualificação oferecido pelo empregador, com duração equivalente à suspensão contratual, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo e aquiescência formal do empregado. Já o seu parágrafo terceiro prevê que o empregador poderá conceder ao empregado ajuda compensatória mensal, sem natureza salarial, durante o período de suspensão contratual, com valor a ser definido em convenção ou acordo. Finalmente, seu parágrafo sétimo diz que o prazo limite fixado no *caput* do art. 476-A da CLT poderá ser prorrogado mediante convenção ou acordo e aquiescência formal do empregado, desde que o empregador arque com o ônus correspondente ao valor da bolsa de qualificação profissional, no respectivo período.

Conclusões

A *automação* implica substituição do trabalho humano pelo realizado por intermédio de meios tecnológicos, bem como a preparação do trabalhador para atuar com estes mecanismos — tanto para sua manutenção quanto para seu desenvolvimento. Por

³⁵ Senão, observe-se o que diz a CF/1988: “Art. 5º - [...]. § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou um § 3º ao mencionado art. 5º, nos seguintes termos: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

seu turno, o termo *proteção* contra o desemprego em face da automação relaciona-se a crédito, assistência financeira, colocação ou intermediação de mão de obra, qualificação social e profissional. Aliás, proteção aí deve ser entendida de forma mais ampla, ou seja, como instrumento da segurança jurídica e ainda como uma decorrência do princípio da isonomia. A automação se relaciona, por seu turno, com o princípio da liberdade, mais precisamente com o da livre-iniciativa, isto é, as empresas não podem ser simplesmente impedidas de aderir à automação por força do corte de pessoal que isso implica.

No que tange à expressão “na forma da lei”, conclui-se que o comando constitucional de proteção em face da automação não configura norma autoaplicável, ou seja, trata-se de *norma em branco*.

Nada obstante, independentemente de a Convenção 158 vir a ser considerada pelo STF como norma supralegal aqui vigente, ou não, sua importância como instrumento de fixação do princípio da negociação coletiva como antecedente lógico à despedida em massa não pode ser simplesmente desprezada. Assim, a exemplo da *Lex Mercatoria*, a Convenção referida atuaria nos sistemas jurídicos pelo menos como *soft law*, ou seja, como norte para o ordenamento particular dos membros da OIT.

Aliás, em homenagem ao pluralismo jurídico, nada impede, ao revés, tudo recomenda, seja inserida nos instrumentos coletivos cláusula específica que estabeleça a obrigação de se negociar como requisito para o despedimento em massa. A propósito, saliente-se que negociação aí, obviamente, não pode ser entendida como obrigação de se concluir acordo nem muito menos como proibição de se fazer dispensas coletivas, ao arrepio do princípio da livre iniciativa. Cuida-se aqui tão somente do dever da empresa de agir de forma leal com a comunidade que a acolheu, muitas vezes com generosíssimos subsídios.

Desse modo, espera-se que os trabalhadores tenham ao menos o direito de ser informados quanto à intenção de despedimentos coletivos por força do implemento de automação na empresa, podendo assim apresentar opções menos traumáticas. Vale dizer, o almejado é apenas o diálogo, amparado em informações fidedignas, presidido pela boa-fé, levando-se em consideração os princípios da solidariedade, da participação e da função social da propriedade.

Referências

- AGUIAR, Antonio Carlos. **Negociação coletiva de trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- ALMEIDA, Renato Rua de. Estabilidade no emprego. In: LEITE, C. H. B.; Eça, Vitor Salino de Moura. (Coords.). **Direito e processo do trabalho**: homenagem a Armando Casimiro Costa Filho. São Paulo: LTr, 2019.

ALMEIDA, Renato Rua de. Visão histórica da liberdade sindical. São Paulo: **Revista LTr**, 01 mar. 2006, p. 363-366. Disponível em: http://www.renatoruaemarcusaquino.adv.br/publicacoes/renato_rua_visao_historica.pdf. Acesso em: 05 out. 2019.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Direitos humanos e trabalhadores**: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do direito internacional do trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BERTAGNOLLI, Danielle; RIZZOTO, Felipe; TONIAL, Maira Angélica Dal Conte. As relações de trabalho e a automação industrial: reflexões sobre os aspectos históricos, econômicos, conceituais e sociais. **Revista justiça do direito**, v. 24, n. 1, 2010, p. 132-150. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/2149/1389>. Acesso em: 04 mar. 2019.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito sindical**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Sociedade, tecnologia e a luta pelo emprego**. São Paulo: LTr, 2018. *E-book*.

ESTEVES, Alan da Silva. **Proteção do trabalhador em face da automação**: eficácia jurídica e social do inciso XXVII do art. 7º da Constituição brasileira. São Paulo: LTr, 2013.

FERNANDES, António Monteiro. **Direito do trabalho**. 19. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

GOMES, Orlando. **Dispensa coletiva na reestruturação da empresa: aspectos jurídicos do desemprego tecnológico**. São Paulo: Revista LTr, v. 38, n. 7, 1974. p. 575-579.

HOUAISS, Antônio et al. **Grande dicionário Houaiss**. Disponível em: <https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-3/html/index.php#3>. Acesso em: 04 mar. 2019.

LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain. **Droit du travail**. 24. ed. Paris: Dalloz, 2008.

MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva**: da liberdade contratual à responsabilidade social. São Paulo: LTr, 2000, p. 452. *E-book*.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. I - Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos. *In*: MARTINEZ, Luciano; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. (Coords.). **Comentários à Constituição de 1988 em matéria de direitos sociais trabalhistas (arts. 6º a 11)**: Uma homenagem aos 30 anos da Constituição da República e aos 40 anos da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. São Paulo, LTr, 2019. p. 68-78.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARTINEZ, Luciano; MALTEZ, Mariana. O direito fundamental à proteção em face da automação. **Revista de direito do trabalho**, v. 182, p. 21-59, out. 2017. Disponível em: http://www.academia.edu/37646783/O_DIREITO_FUNDAMENTAL_%C3%80_PROTE%C3%87%C3%83O_EM_

FACE_DA_AUTOMA%C3%87%C3%83O_The_Fundamental_Right_To_Protection_In_The_Face_Of_Automation_. Acesso em: 04 mar. 2019.

MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008.

PICCOLOTTO, Leticia. O dia depois de amanhã: para onde iremos com o advento da tecnologia? **Jota**, 01 jan. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/o-dia-depois-de-amanha-para-onde-iremos-com-o-advento-da-tecnologia-01012019>. Acesso em: 02 jan. 2019.

PINHEIRO, Gabriel. Estudo aponta que tecnologia é a chave para mais empregos no futuro: pesquisa elaborada pelo Senai mostra que vagas para profissionais com domínio de processos tecnológicos são as que terão maior oferta na indústria, nos próximos anos. Conhecimento de áreas diversas será fundamental para se manter no mercado. **Correio Brasiliense**, 12 ago. 2019. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2019/08/12/internas_economia,776697/estudo-aponta-que-tecnologia-e-a-chave-para-mais-empregos-no-futuro.shtml. Acesso em: 14 ago. 2019.).

PRATA, Marcelo Rodrigues. O problema da obrigatoriedade de negociação coletiva antes do despedimento em massa. In: SILVA NETO, Manoel Jorge e. (Org.). **Desafios à autonomia negocial coletiva: estudos em homenagem ao Professor José Augusto Rodrigues Pinto**. Brasília: ESMPU, 2021. p. 231-254.

PRATA, Marcelo Rodrigues. **O princípio da “unitas multiplex” do trabalho sob demanda via aplicativos e sua regulação**: prenúncio do devir das relações de trabalho pelas lentes da teoria dos sistemas. 2020, 410 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. **Diritto dei lavori e dell'occupazione**. 6. ed. Torino: Giappichelli, 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SCHWAB, Klaus. **Novas tecnologias exigem governos preparados, diz líder de Davos**. 30 jul. 2016. Entrevista concedida a Eliane Trindade. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/07/1797012-nova-tecnologia-exige-governo-preparado-diz-lider-de-davos.shtml>. Acesso em: 27 maio 2017.

SILVA, Rafael Rodrigues da. Facebook será multado em US\$ 5 bilhões pelo escândalo da Cambridge Analytica. **Canaltech**, 12 jul. 2019. Disponível em: <https://canaltech.com.br/redes-sociais/facebook-sera-multado-em-us-5-bilhoes-pelo-escandalo-da-cambridge-analytica-143991/>. Acesso em: 26 out. 2019.

SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia**: a justiça social diante do mercado total. Tradução de Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.

VALENTE, Jonas. Governo britânico multa Facebook por violação de privacidade. **Agência Brasil**, 25 out. 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2018-10/governo-britanico-multa-facebook-por-violacao-de-privacidade>. Acesso em: 26 out. 2018.

WERTHEIN, Jorge. A sociedade da Informação e seus desafios. **Ci. Inf.**, v. 29, n. 2, p.71-77, maio/ago. 2000. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-19652000000200009&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 12 abr. 2021.

LA TUTELA DE LAS CONDICIONES LABORALES EN LOS PROCESOS DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA: ¿QUÉ MEJORAS CABRÍA INTRODUCIR EN EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS CONTRATAS?

Amparo Esteve-Segarra¹

RESUMEN: La conferencia parte de la desorientación sobre el tratamiento de la descentralización productiva y las consiguientes ventajas para las empresas. Sin embargo, para evitar que externalizar no equivalga a precarizar condiciones de trabajo queda pendiente una reforma de la contratación y subcontratación laboral, para la que se proponen líneas para su posible regulación a nivel nacional e internacional.

ABSTRACT: The lecture starts from disorientation on the treatment of outsourcing strategy and the consequent advantages for companies. However, in order to avoid that outsourcing does not amount to precarizing working conditions, a reform of labour recruitment and outsourcing is pending, in which lines are proposed for possible regulation at national or international level.

PALABRAS CLAVE: Subcontratación, contrato de trabajo, contrato temporal, convenio colectivo, externalización, reforma legislativa

KEYWORDS: Subcontracting, employment contract, temporary contract, collective agreement, outsourcing, legislative reform

ÍNDICE: 1.- El tsunami de la crisis en países con una fuerte degradación del empleo en la subcontratación 2.- La desorientación sobre la gobernanza internacional de la externalización productiva 3.- Propuestas para reformar la anticuada regulación nacional de la subcontratación 3.1.- ¿Qué es más operativo prohibir la subcontratación de actividades propias o eliminar el concepto de propia actividad? 3.2.- La garantía de condiciones de trabajo previstas en el convenio sectorial objeto de la contrata y la información sobre el convenio de

¹ Profesora Titular Universidad. Acreditada CU. Universidad de Valencia. <https://afly.co/16w6>. Orcid.org/0000-0003-3773-4668

aplicación 3.3.- La mejora de las condiciones de representación de las personas trabajadoras en las contratas cuando no tenga representantes a través de las estructuras de representación de la empresa principal 3.4.- El más difícil todavía: la regulación del derecho de huelga en contratas.

INDEX: 1.- The sunami of the crisis in countries with a strong degradation of employment in subcontracting 2.- The disorientation on the international governance of productive outsourcing 3.- Proposals to reform the outdated national regulation of subcontracting 3.1.- What is more operational to prohibit the subcontracting of own activities or eliminate the concept of own activity? 3.2.- The guarantee of working conditions provided for in the sectoral agreement object of the contract and the information on the application agreement 3.3.- The improvement of the conditions of representation of the workers in the contracts when they do not have representatives through the representation structures of the main company 3.4.- The most difficult yet: the regulation of the right to strike in contractors.

1. EL SUNAMI DE LA CRISIS EN PAÍSES CON UNA FUERTE DEGRADACIÓN DEL EMPLEO EN LA SUBCONTRATACIÓN

El sunami de la crisis económica provocada por el COVID-19, con varias oleadas sucesivas, ha hundido un buen número de empresas, destruido muchos puestos de trabajo y elevado la tasa de paro en países como Brasil, con las cifras más altas desde que se tienen registros². En España, se ha producido un fenómeno similar, aunque no detallo las cifras porque hay un elemento que las relativiza³, pero sí puede verse el impacto con la caída del PIB, que ha sido más fuerte que en otros países⁴. Algunos de los efectos de la crisis económica derivada de la pandemia son, utilizando una terminología del mundo de las finanzas, sistémicos, es decir, riesgos comunes para todo el mercado. Pero en los países donde rige la temporalidad, la pandemia ha actuado como un incendio en un ámbito que ya estaba regado por la gasolina del trío de externalización, contratación por tiempo determinado y precariedad laboral.

Sin restar interés al puro análisis coyuntural de las medidas establecidas para paliar los infortunios causados por la fuerza mayor sanitaria, el foco de mayor alcance ha de ponerse en por qué nuestras economías y, en paralelo, nuestros mercados

² <https://www.reuters.com/article/brasil-economia-empleo-idLTAL2N2NE15>

³ Entre los desempleados no se computan los trabajadores que están en expedientes de regulación de empleo, que temporalmente han actuado como dique de contención frente a una previsible avalancha de cierres de empresas y despidos.

⁴ El 11,6%, en el 2020.

de trabajo son tan débiles ante los ciclos económicos, incluso cuando en el caso del español, se aplica el medicamento correcto, que serían las medidas de flexibilidad interna pactadas por los agentes sociales. La respuesta evidente es que el modelo ya estaba enfermo antes del virus y éste ha agravado algunas de sus patologías.

Ciertamente, una postura errónea es la de atribuir toda la culpa al coronavirus y, en el caso español a sus evidentes efectos en una economía de servicios que ha tenido como baluartes, el turismo, la hostelería y la restauración, actividades todas ellas basadas en la interacción social. Si todos los problemas de nuestro mercado de trabajo derivasen del virus tan solo cabría adoptar una postura de resignación y paciencia frente a esta suerte de plaga bíblica. Sin embargo, una buena pista de que las cosas no van por estos derroteros es que en esta crisis ha habido vencedores y vencidos. La pandemia no ha ido mal para todos. Los ganadores han sido las empresas que por su actividad (las de alimentación o las farmacéuticas) o por su modelo de negocio anclado en la distribución a domicilio y la conexión digital (una buena parte de las tecnológicas) han crecido por el virus. Los perdedores han sido personas trabajadoras con contratos temporales, en particular de contratas y autónomos, con pequeños negocios, muchos de los cuales ya estaban en situaciones precarias, y han sido empujados al límite. No es ni mucho menos casual que algunos de los países más golpeados por esta crisis sean aquellos basados en el binomio de externalización y trabajo temporal.

Se ha producido el efecto Mateo: a quien tiene se le dará más, y aquel que no tiene, incluso lo que tiene le será quitado. El balance es que las empresas que no tienen negocio físico o lo han adelgazado al máximo, para reducir costes fijos, sobre la base de primero, eliminar tecnológicamente todo el empleo posible, mediante algoritmos, procesos automatizados, robots, etc., y cuando no ha sido posible, por tratarse de sectores intensivos de mano de obra, externalizar la producción, sacando fuera el empleo a otras empresas contratistas y trabajadores autónomos, convirtiéndolo en un coste variable y negociable en función del contrato mercantil, les ha ido mejor que a aquellas empresas que no han podido hacer lo mismo. La necesaria convivencia digital de los ciudadanos con la pandemia ha alimentado la desaparición de negocios físicos y la destrucción de los puestos de trabajo por cuenta ajena de los negocios analógicos. La destrucción de puestos de trabajo anunciada por la revolución industrial 4.0 se ha visto acelerada por los cambios en los modelos de negocio que se han encaminado a una cada vez más delgada la estructura digital. La externalización ha llegado a la puerta de nuestras casas a través de trabajadores de Globo o de empresas contratistas de Amazon, considerados hasta hace poco, el colmo de la precariedad, pero cuyo modelo de negocio está llamado a ser cada vez más imitado. Dentro de las empresas tecnológicas, las llamadas GAFAs, acrónimo de empresas

como Google, Amazon, Facebook y Apple, se han convertido en los *gatekeepers*, es decir, los porteros o amos del corral⁵, no sólo por sus tendencias y estrategias monopolísticas, sino porque marcan tendencia de cómo crear un modelo de negocio exitoso. Desde la perspectiva laboral, no puede dejar de llamarse la atención que existe un claro contraste entre sus cifras de negocio y la escasa plantilla en nuestro país⁶, lo que sólo se explica en el caso de las que producen o distribuyen, por un recurso exacerbado a la externalización.

El recurso a trabajadores autónomos y a redes de empresas contratistas que se basa en reducir a toda costa los costes y sacar fuera el empleo es una estrategia empresarial ordinaria y en el futuro lo va a ser cada vez más, pero resulta llamativo que el propio sistema haya alimentado los beneficios de externalizar frente a la opción de un empleo directo. Frente a esta situación, se ha apuntado que sería necesario un cambio de modelo productivo y una vuelta a políticas de reindustrialización y, desarrollo tecnológico y lucha contra la deslocalización como base del bienestar del país. Sin embargo, más allá de discursos grandilocuentes, existen pocas propuestas sobre cómo realizar dicha transformación. La conferencia pretende incidir en una pequeña parte de estos cambios, los vinculados a la regulación laboral de la subcontratación.

⁵ Alusivo a un juego de palabras en inglés. En la jerga empresarial se les llama *gatekeepers*, es decir los porteros, los amos del corral. De hecho, la definición es el diccionario de Oxford es “*a person, system, etc. that decides whether somebody/something will be allowed, or allowed to reach a particular place or person*”. Disponible en: https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/american_english/gatekeeper#:~:text=a%20person%2C%20system%2C%20etc.,before%20it%20reaches%20her%20boss.

⁶ Frente a una idea dorada de los grandes empleos en el mundo de la alta tecnología conviene acercarse sobre la base de algunos datos. Aunque estas empresas no suelen proporcionar datos del número exacto de sus empleados, según alguna fuente Amazon tendría en España unos 5.000 empleados, siendo el salario medio de un mozo de almacén de 1.063 euros al mes y un ingeniero de software gana 44.793 euros brutos al año. Fuente: <https://www.businessinsider.es/sueldo-empleado-amazon-espana-554319>.

En Google, alguna fuente en prensa indica que emplea 200 trabajadores en la única sede de la tecnológica para España y Portugal. Fuente: https://elpais.com/economia/2016/03/30/actualidad/1459348179_025212.html#:~:text=Los%20200%20empleados%20de%20la,sus%20comunicaciones%20diarias%20en%20ingl%C3%A9s.

Se concibe como una oficina de ventas, no de creación de tecnología y aplicaciones, que se ubican en otras sedes. https://www.economiadigital.es/directivos-y-empresas/las-dulces-misericordias-de-trabajar-en-google-espana_401829_102.html

Facebook Spain ha triplicado su plantilla entre 2014 y 2018, pasando de 12 a 36 trabajadores. Fuente: <https://es.statista.com/estadisticas/869425/numero-de-trabajadores-de-facebook-spain/> Apple Retail Spain SL se calcula que tiene una cifra de unos 1.200 empleados, con un sueldo medio de 31.384 euros en el 2019. Extraído de: <https://www.businessinsider.es/cuanto-pagan-google-facebook-apple-microsoft-amazon-espana-502173>

2. LA DESORIENTACIÓN SOBRE LA GOBERNANZA INTERNACIONAL DE LA EXTERNALIZACIÓN PRODUCTIVA

La economía terciarizada del siglo XXI tiene ínsita la descentralización como fórmula organizativa, por lo que la regulación que disciplina jurídicamente la subcontratación es un elemento esencial y estratégico para el funcionamiento del sistema económico y laboral. Es innegable que las redes de intercambio de servicios en las empresas han contribuido al desarrollo económico capitalista y al progreso social. Sin embargo, la adaptación a una economía en red ha motivado una suerte de selección natural de la actividad realizada por terceras empresas, que si bien, en ocasiones se ha basado en la especialización de los servicios; en otras, ha provocado un deterioro en la calidad de empleos en un contexto casi maltusiano de competencia, lucha por la supervivencia de las empresas, escasez de trabajos de calidad y sobrepoblación de personas buscándolos.

Muchas empresas se benefician más que otras de la subcontratación. Hay firmas que se localizan y tributan en paraísos fiscales o laborales y otras que, por su modelo de negocio o su tamaño, no pueden hacerlo. Hay compañías que optan por obtener su fuerza de trabajo mediante redes de empresas externas y otras que contratan directamente a todo o parte de su personal. Hay empresas que producen u obtienen servicios donde los costes laborales y medioambientales son menores y otras que están localizadas en el territorio. Los ordenamientos jurídicos pueden dejar libertad al mercado o diseñar garantías si estiman que en la subcontratación se incurre en *dumping* social. Y la primera postura ha prevalecido.

La regulación internacional de las redes de empresa está presidida por el juego de las libertades económicas. No se han logrado regulaciones laborales comunes ni en la OIT⁷, ni en otras organizaciones internacionales, como la OCDE ni en la Organización Mundial del Comercio, pues diversos países se retiran de la arena cuando se habla de la protección de los trabajadores/as en supuestos de subcontratación. Igualmente, en los debates sobre el comercio justo no se suele avanzar más allá de instrumentos de autorregulación de las empresas, tales como códigos de conducta y de control de las condiciones laborales de los proveedores u otro tipo de compromisos voluntarios de responsabilidad social de las empresas. Los fracasos han sido sonados, hasta el punto de que es un tema maldito desde la perspectiva internacional. Incluso en la UE, que cuenta con el acervo de la legislación social internacional más desarrollada del planeta, no hay estándares de protección comunes sobre las condiciones de trabajo en régimen

⁷ En la OIT en la Conferencia General de junio de 1998 se planteó la adopción de un instrumento normativo (convenio y recomendación) en un futuro inmediato. Cuestión pendiente décadas después.

de subcontratación, similar a la fijada a nivel de la unión en relación con las empresas de trabajo temporal o los traspasos de empresas⁸. El hecho de que no haya una directiva tiene tres consecuencias importantes:

Primero, impide que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea actúe en esta materia de la contratación y subcontratación entre empresas privadas. La intervención judicial del tribunal comunitario es de notable importancia e impacto a nivel nacional, como estamos viendo en materia de contratación temporal o transmisión de empresa.

Segundo, no hay una regulación mínima común sobre el tema de la subcontratación en empresas privadas, similar a la fijada en relación con las empresas de trabajo temporal o los traspasos de empresas. No es que las empresas de trabajo temporal o los traspasos de empresa no sean importantes, pero lo cierto es que la contratación y subcontratación tiene un impacto práctico más elevado a nivel nacional, internacional y en todos los aspectos de las relaciones laborales, contratación, desarrollo de la relación laboral, terminación y también en el trabajo autónomo. Y justo en ese aspecto esencial, se pone de manifiesto la complejidad de alcanzar acuerdos, por la prevalencia de las libertades económicas en el mercado comunitario, la falta de fuerza de los sindicatos internacionales, la resistencia empresarial a un control y la complejidad del fenómeno.

El tercer efecto, pero no el menos importante, es la debilidad de la protección laboral, que se difiere a la legislación interna de cada país. De manera que pueden

⁸ En el ámbito europeo, la regulación de los fenómenos de descentralización productiva se ha abordado a través de una serie de Directivas, que establecen un patrón común al armonizar la legislación de los diferentes países de la Unión que deben trasponerlas a su ordenamiento interno. Entre ellas, serían las más importantes las siguientes:

- Primero, la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad.

- En materia de movilidad internacional de trabajadores ligada a la descentralización productiva, cabe destacar dos textos normativos: en primer lugar, la Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre de 1996 modificada en el 2018 y ampliada por otra directiva específica al sector de transporte; y en segundo lugar, la Directiva 67/2014, de 15 de mayo, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios y por el que se modifica el Reglamento UE núm. 1024/2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior.

- En materia de cesión de trabajadores mediante empresas de trabajo temporal, la Directiva 2008/104/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal.

- En materia de grupos de empresa, cabe resaltar la Directiva 2009/38/CE, de 6 de mayo de 2009, sobre constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta de los trabajadores en empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

- En punto a la subcontratación en la contratación pública, Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE, y 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero sobre contratación pública.

existir estados que opten por no establecer una regulación específica, como el caso de Alemania⁹, o bien, algunos como Francia, que aprovechen su legislación nacional para establecer cierto control para las empresas y multinacionales instauradas en Francia, pero con cadenas de valor en otros países, en aras del respeto a un trabajo decente¹⁰. Otros como España e Italia, han focalizado su atención en temas como la responsabilidad (limitada) de las empresas y la seguridad y salud laboral en las contratas.

Sin embargo, cabría preguntarse si más allá de estas regulaciones parciales y nacionales es posible una respuesta supranacional. Veamos diferentes opciones.

Una primera posibilidad es optar por la desregulación o mantener el *status quo* de las contratas, considerándolas como un fenómeno fisiológico de nuestra economía. Sin embargo, cualquiera que se haya acercado al trabajo en contratas conoce de sus efectos, precariedad, inestabilidad laboral, incluso cuando se tiene un contrato indefinido, que no es lo que ocurre en la mayoría de los casos, pérdida de la acción sindical, etc. En las contratas son casi ilusorias las huelgas y medidas de conflicto, como lo evidencian que en algunas huelgas la plataforma multinacional considere que su interlocutor no son los trabajadores, sino la empresa que agrupa a las empresas externas¹¹ y que muchas veces, las personas trabajadoras no sepan ante quién manifestarse y acaben haciéndolo ante una embajada o una dependencia gubernamental. Frente a una postura de *laissez faire*, creo no puede darse la batalla por perdida, la gobernanza de los fenómenos de descentralización productiva es necesaria. No es una obviedad.

⁹ De entrada, no se encuentran en el ordenamiento jurídico alemán previsiones específicas de responsabilidad por incumplimientos laborales o previsionales de los empresarios contratistas. La dimensión jurídica del *outsourcing* parte de la distinción de dos instituciones: la separación y traspaso de empresa (o de partes de ésta) y la cooperación intraempresarial. El segundo concepto no está regulado legalmente. Aunque indirectamente se plantean cuestiones en relación con la extinción de los contratos de trabajo que se ven afectados por la conclusión o celebración del contrato de *outsourcing*, tanto desde el punto de vista formal como de fondo. En cuanto a la causa de extinción, de forma sintética podría señalarse que en el sistema de relaciones laborales alemán se entiende que si una unidad se cierra total o parcialmente en la empresa principal por decisiones de externalización cabe la terminación de los contratos de trabajo por razones de negocios. Pues bien es importante resaltar que domina la idea en la jurisprudencia de que las decisiones organizativas y de gestión no se pueden controlar en sede judicial, al menos en cuanto a su oportunidad por chocar con la libertad de empresa. Por ejemplo, en cuanto a los despidos derivados de la externalización, el control judicial de los jueces alemanes se centraría en la constatación de una cesión organizativa y la decisión extintiva, en los aspectos procedimentales y de selección de los afectados. El control causal se efectuaría con carácter previo por los representantes del personal. En sede judicial, se fiscalizaría exclusivamente el cumplimiento de los requisitos procedimentales y la selección de afectados AA.VV. (2011) y Eylert.

¹⁰ Sobre la misma, Daugareilh, I. (2018), pp. 357-375 y Sanguineti Raymond, W. (2019), pp. 10-14.

¹¹ Vid. <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20210323/huelga-masiva-trabajadores-amazon-italia-11604924>

¿Por qué? Porque si se consigue una buena regulación de esta cuestión del trabajo decente y de calidad en la contratación y subcontratación nacional e internacional, se incide en los factores que marcan nuestro tiempo, como el deterioro del medioambiente, los flujos migratorios y un reparto más justo de la riqueza que en un contexto de globalización económica. Un erróneo punto de vista podrá considerar que la anterior afirmación entra en el terreno puramente ideológico, del que los investigadores jurídicos ortodoxos deberían huir, siendo además poco novedoso¹². Sin embargo, el liberalismo jurídico y económico debería tener en cuenta que en muchos casos, con la descentralización productiva se incurre en conductas de competencia desleal que conducen a un capitalismo especulativo y perjudican al conjunto de la sociedad, son la antítesis de un genuino liberalismo que busca el interés público a través de un equilibrio creado por el mercado a través de una libertad de empresa real¹³.

Una segunda respuesta también maximalista, pero de signo contrario, sería la de prohibición de externalización. Pero, jurídicamente resultaría contraria a la libertad de comercio o libertad de empresa reconocida generalmente como un derecho fundamental en las constituciones. En el ámbito del Derecho Europeo, la libertad de empresa (art. 16 CDF) además se protege dentro del marco de las libertades comunitarias básica. Pero sí caben prohibiciones específicas, por ejemplo, en materia de contratación pública o en el sector privado, se establecen limitaciones a la subcontratación en el sector de la construcción (Ley 32/2006) o garantías en materia de subcontratación por la vía de negociación colectiva, donde por cierto el Tribunal Supremo español ha validado alguna cláusula de garantizar la aplicación de los salarios del convenio del sector, a los trabajadores de empresas contratistas¹⁴.

En tercer lugar, a veces se ha querido solventar el problema de las condiciones laborales con medidas de *Soft Law*, como las experiencias de acuerdos marcos

¹² Y es cierto que es una afirmación repetida entre otros, por los dos sindicatos más representativos en nuestro país, que en un anexo al Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2018-2020, en el que manifestaban que la externalización no es en sí negativa, si busca una especialización productiva, pero sí lo es si incentiva la competencia desleal entre empresas.

¹³ Según la guía de Wolters Kluwer sobre la competencia desleal: "*La competencia desleal es aquella parte del derecho mercantil que define el límite de la conducta empresarial de todo tipo, en orden a mantener un equilibrio en el mercado conjugando la libertad de empresa, la libre competencia, el interés colectivo de los consumidores y el interés público*". Disponible en: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUUNDS0Nz-tbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoA1sVfZTUAAAA=WKE

¹⁴ La STS de 12 marzo de 2020, rec. 209/2018, validó una cláusula de extensión del ámbito de un convenio sectorial a las empresas contratistas y subcontratistas, garantizando el salario del convenio a los trabajadores/as de empresas contratistas y subcontratistas por la vía de responsabilizar a las empresas que recurrían a la externalización.

internacionales, cláusulas de responsabilidad social en los acuerdos comerciales, actuación sobre las cadenas mundiales de subcontratación, etc. Sin embargo, estos instrumentos generaron cierto y fundado escepticismo porque las medidas de *soft law* han provocado expectativas incumplidas y, sobre todo, porque al estar desprovistas de eficacia jurídica, impiden plantear acciones judiciales. Desde Kelsen sabemos que una condición de validez de una regla jurídica es su eficacia. Algunos iuslaboralistas europeos han estudiado su eficacia curiosamente desde fuera del Derecho Laboral y en relación con otros sistemas jurídicos. Justamente, hay interesantes estudios sobre el sistema jurídico norteamericano que permitiría que se pudieran plantear acciones judiciales ante el incumplimiento de estos compromisos, inicialmente desprovistos de eficacia jurídica, por difusión de informaciones falsas o que induzcan a error¹⁵. Otra vía (no ya fuera del derecho laboral, sino del propio derecho) es el recurso a los medios de comunicación para la denuncia o los boicots como vía para hacer efectivas las cartas éticas o los compromisos unilaterales de las empresas.

Pero no son instrumentos muy efectivos y además, entre los problemas recurrentemente destacados entre los especialistas que han realizado estudios de campo sobre las condiciones de trabajo en situaciones de *outsourcing*, en particular en las cadenas de subcontratación internacional¹⁶. El precio de la contrata es “el” condicionante decisivo en las condiciones de trabajo de los trabajadores de las empresas contratistas. En este sentido, se ha insistido en que un excesivo ajuste en el precio por la empresa principal en la red puede determinar unas condiciones laborales pésimas de los trabajadores de las empresas auxiliares en particular, de las que ocupan una posición de mayor debilidad. El precio de la contrata tiene una eficacia mayor que otras vías de mejora de las condiciones laborales de las subcontratistas, como de instrumentos de autorregulación de las empresas, tales como códigos de conducta y de control de las condiciones laborales de los proveedores u otro tipo de compromisos voluntarios de responsabilidad social de las empresas. Y es que sin restar valor a los códigos de responsabilidad social global u otros instrumentos para mejorar las condiciones de trabajo de suministradores y empresas contratistas que suelen establecer directrices, orientaciones, y en el mejor de los casos, controles de aplicación a los proveedores mediante auditorías, la realidad demuestra que acaban teniendo mayor peso los márgenes de precios en la subcontratación¹⁷.

¹⁵ Muir Watt (2008), pp. 15 y ss.

¹⁶ Castillo, J.J. (1989), pp. 29 y ss., cuyo equipo de investigación concluye que la estrechez de los márgenes de precios para los empresarios auxiliares era un factor determinante del recurso a trabajo informal y salarios bajos para reducir los costes unitarios.

¹⁷ Un ejemplo ilustrativo sobre esta cuestión en prensa escrita: El país. “En China, los costes humanos están incorporados en un iPad” (Reportaje de 29-1-2012). El reportaje está traducido del original y

Sin embargo, la descentralización productiva global provoca no sólo un incremento de la competencia entre empresas, sino también entre Estados, entre sistemas jurídicos: los fenómenos de desregulación o desreglamentación competitiva del Derecho del trabajo para lograr atraer inversiones internacionales. Existe acuerdo entre los expertos de que uno de los aspectos más peliagudos que provoca la descentralización productiva global es la competencia entre los Estados, entre los sistemas jurídicos, a la baja. El paralelismo con las rebajas fiscales para atraer empresas es innegable, donde también se ha hablado de la espiral a la baja en la tributación de las empresas multinacionales. Y es que dichas empresas escapan a muchos controles fiscales y laborales. La tradicional territorialidad de una sociedad o de la declaración de una relación de trabajo que buscan las reglas nacionales y del Derecho internacional privado queda sorteada por la preferencia de las multinacionales por la extraterritorialidad. No se olvide que la extraterritorialidad de las multinacionales es un recurso en sí mismo para estas empresas, a nivel tributario y de propiedad intelectual¹⁸, y choca directamente con el tener todo el *staff* en un territorio. A través de un rompecabezas de filiales y redes de empresas, las empresas multinacionales conseguirían la magia de que, aunque la cifra de negocios sea millonaria las filiales nacionales den prácticamente pérdidas, al imponerse cargos a las empresas matrices por el *Know how* y la deslocalización de sus beneficios utilizando la sede social de las empresas no sólo de execrables paraísos fiscales, sino en países de la UE con regímenes atractivos como Holanda, Irlanda o Luxemburgo. Un fenómeno similar se produciría con las cadenas de subcontratación internacional y es igualmente difícil regular el fenómeno.

Sin embargo, en el ámbito del derecho fiscal se han producido cambios interesantes con acuerdos en la OCDE para fijar una tributación de las multinacionales, en particular de las tecnológicas y también a nivel nacional. Frente a la táctica de elusión, en diversos países europeos como Francia (*taxe GAFA*), Reino Unido (*Diverted Profited Tax*, que vendría a traducirse como impuesto de los beneficios desviados) o España se ha aprobado una tasa digital, con el objetivo de que las empresas tecnológicas paguen -una pequeña parte- de los impuestos allá donde generen la actividad y no en función de donde tengan su domicilio social, que como es bien sabido, les puede llevar a elegir países o territorios que les ofrecen condiciones fiscales más favorables¹⁹. Se

es obra de Charles Duhigg and David Barboza del *New York Times*. Disponible en: http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/01/27/actualidad/1327677807_949369.html

¹⁸ Sobre la estrategia común de facturación intrasocietaria y desvío a empresas ubicadas en paraísos fiscales, así como posibles respuestas a este *dumping* fiscal, vid. el interesante trabajo de dos profesores de la universidad de Berkeley. Saez, E. et Zucman, G. (2020).

¹⁹ A modo de significativo ejemplo, Galdom, G. (2020) señala: “*Cuando arrancó Amazon, Bezos contempló radicar su empresa en una reserva india, precisamente para evitar las cargas fiscales, y eligió finalmente Seattle por sus condiciones impositivas. En su primera incursión europea, escogió*

trata de un instrumento incipiente, que está lejos de ser perfecto, sobre todo por la falta de transparencia sobre sus beneficios, pero que constituye una herramienta de lucha contra la evasión fiscal ¿Podemos desde el derecho laboral importar alguna enseñanza de la legislación tributaria? Esta tasa se basa en una idea que sería exportable al derecho laboral, y que por lo demás no es nueva, la empresa que genera la actividad debe hacerse responsable de un trabajo decente, con respeto a derechos fundamentales, normas de prevención de riesgos y pago de impuestos y cotizaciones sociales. No se trata de prohibir la externalización por razón de la especialización productiva, pero sí de impedir una distribución en la que las empresas maximicen sus beneficios, aprovechándose de prestaciones laborales de los contratistas, pero sin responder empresarialmente. A estos efectos, el ordenamiento ha de aprender la realidad y dado que las empresas no han conseguido evaporarse del todo al necesitar vender sus productos y recurrir a personal para realizar su actividad, ha de tomar estos elementos para vincularlas jurídicamente. En este punto, resultaría un contrasentido jurídico que se legitimara un sistema en que las empresas más solventes del planeta no generan empleo ni responden del que se benefician. Recuérdese que en muchas empresas multinacionales no hay tampoco una correlación entre los beneficios de la empresa y los salarios de los empleados directos, siendo aún más brutal la desigualdad salarial entre los salarios del personal directivo y los de los empleados operativos de empresas externas. No hay un éxito compartido. Estas grandes empresas ofrecen empleo directo a una pequeña parte y ello erosiona toda la arquitectura del Derecho del trabajo basado en un compromiso permanente entre la empresa que se beneficia de la prestación de servicios de la persona trabajadora. A los juristas les compete recuperar esa base.

Debe exigirse a las empresas hacerse responsables de un trabajado decente allá donde se produzca, con respecto de derechos fundamentales, de calidad ambiental, con protección social de trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia y pago de impuestos. No se trata de prohibir la externalización, pero sí de establecer ciertas garantías para permitir una distribución de productos, bienes y servicios con derechos laborales.

Un elemento más para el debate. Algunas empresas amenazan con irse de un país si se limita su libertad en la subcontratación. Pero existen evidencias de que la disyuntiva entre la salida del país de las empresas y las responsabilidades laborales es un falso dilema, no hay por qué elegir. El obligar a las empresas a mayores controles, a tener un tejido de empleo directo o penalizar la externalización, el disponer de mayores informaciones sobre su actividad y exigir el cumplimiento de obligaciones básicas es

(¡sorpresa!) Luxemburgo. Y el anuncio en noviembre de la apertura de dos nuevos cuarteles generales en Nueva York y Washington también estuvo precedido de una competición a la baja en cargas fiscales entre una veintena de ciudades”.

más equitativo y evita situaciones de competencia desleal y de capitalismo depredador. Estaría bien observar esta situación sin prejuicios ideológicos, puesto que la situación cuenta con muchos perjudicados, la Seguridad social, los servicios públicos, los trabajadores, los dueños de pequeños negocios, otras empresas de los sectores afectados por la competencia de las tecnológicas, pero también la caída en el número de empleos y en los salarios en éstos, afecta indirectamente a otros sectores.

Veamos ahora algunos cambios a nivel nacional, donde por razones obvias de falta de conocimiento del brasileño, sólo me voy a referir al sistema jurídico español.

3. PROPUESTAS PARA REFORMAR LA ANTICUADA REGULACIÓN NACIONAL DE LA SUBCONTRATACIÓN

En nuestro país, ninguna de las reformas laborales en los últimos 40 años ha incidido verdaderamente en la regulación española –absolutamente desfasada– de la contratación y subcontratación laboral. Pese a la extensión de los fenómenos de contratación entre empresas, la estructura fundamental del art. 42 no ha sufrido cambios esenciales desde su redacción inicial en el Estatuto de los Trabajadores de 1980, e incluso antes²⁰. Y no ha de perderse de vista que esta versión originaria –que se ha mantenido en lo sustancial²¹– estaba pensada para una contratación muy limitada en una estructura empresarial de gran empresa de tipo industrial, con una producción en masa y estandarizada, donde la subcontratación era la excepción al desarrollo del proceso productivo en la propia empresa. La pasividad y la falta de consenso sobre cómo realizar cambios profundos ha mantenido una regulación poco operativa y ha otorgado el protagonismo a la jurisprudencia. Hasta determinadas sentencias del 2020²², la interpretación aplicativa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el

²⁰ El germen de este precepto estaría en el Decreto 3667/1970, de 17 de diciembre (BOE del 4-1-1971), por el que se establecían normas para prevenir y sancionar actividades fraudulentas en la contratación y empleo de los trabajadores, que pasaría ulteriormente al art. 19.2 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976, sin apenas cambios. Un estudio de la regulación estatutaria y de dichos antecedentes en Martín Valverde (1988).

²¹ La introducción de derechos de información por el RDL 5/2001 y la Ley 12/2001, de 9 de julio no altera esta afirmación. De hecho, los comentaristas ya señalaron el carácter parcial y decepcionante de esta reforma que se había limitado a añadir obligaciones de información a diversos sujetos para el control del supuesto de descentralización. En este sentido, Monereo Pérez y Álvarez Montero (2002).

²² Me refiero además de a la sentencia de la nota 12, a las sentencias de 11 junio de 2020, rec. 9/2019, fijaría por fin, un criterio más claro y razonable para determinar el convenio sectorial aplicable a las empresas multiservicios, cuyo objeto social, es precisamente atender diferentes tipos de contratos. Y, tercero, la STS de 29 de diciembre de 2020, rec. 240/2018, acabaría con la bendición jurisprudencial a los contratos temporales por obra o servicio determinado para atender actividades permanentes de las empresas que externalizan. Estos tres pronunciamientos tienen otro punto en común: elegir la

artículo 42 del ET ha sido, en palabras de un magistrado del Tribunal Constitucional, “*desequilibradamente flexible*”²³. El resultado combinado de algunas construcciones dogmáticas en la jurisprudencia y una regulación deficiente habría propiciado indudables ventajas para las empresas que recurren a la externalización, pues les permitiría disponer de mano de obra periférica y con condiciones distintas a los contratados directamente por el empresario.

Lo interesante es que en las mesas de diálogo social se plantea, entre otras, la reforma de la subcontratación, que tiene hoy por hoy, una regulación muy mejorable²⁴. Parece que hay varias posiciones. De entrada, la patronal se opone a una reforma en la materia. Ello no es de extrañar pues el artículo 42 ET, ofrece grandes ventajas a las empresas organizadas en red, por sus fisuras jurídicas y por focalizar la regulación en un concepto abstracto, casuístico y cada vez más reducido, como es el de las contrataciones de propia actividad. Por otra parte, en un documento de trabajo del Ministerio de trabajo se establecen varias líneas de base para la reforma²⁵:

- eliminación de la posibilidad de subcontratación de las tareas correspondientes a la actividad principal de las empresas,
- aplicación en las subcontratas del convenio de la empresa principal y limitación de los convenios de empresa, que sólo serán de aplicación si garantizan como mínimo los mismos derechos que el convenio sectorial que corresponda a la subcontrata en función de la actividad y
- prohibición de utilización de contratos temporales en las empresas que desarrollan su actividad como contratistas de otras.

Creo que algunos de los aspectos destacados son interesantes, pero con ánimo de contribuir al debate, propondría las siguientes líneas de reforma en materia de subcontratación laboral.

exégesis que evite la competencia desleal en los procesos de externalización productiva sobre la base de condiciones de trabajo inferiores.

²³ Utilizo la expresión de VALDÉS DAL-RÉ, F. (2007), que aludía a la acción combinada de dos procesos, a saber, primero, a lo que él llamaba elucidación reductora de la del concepto de propia actividad, que liberaría a muchas empresas de una responsabilidad solidaria; y segundo, por la permisibilidad en la utilización del contrato temporal por obra o servicio determinado vinculado a una contrata.

²⁴ Sobre la agenda de reformas y las mesas de diálogo social puede verse: <https://www.publico.es/politica/derogacion-reforma-laboral-gobierno-prepara-llevar-reforma-laboral-dialogo-social-vista-puesta-recuperacion-economica.html>

²⁵ Alguna de estas líneas está en consonancia con el Acuerdo Unidas Podemos-PSOE, suscrito a finales de diciembre de 2019 tras las elecciones generales del 10 de noviembre de 2019, en el que se sientan las bases del Gobierno de coalición iniciado en enero de 2020. En dicho acuerdo se preveía que «modificaremos el artículo 42.1 del ET sobre contratación y subcontratación laboral a efectos de limitar la subcontratación a servicios especializados ajenos a la actividad principal de la empresa».

3.1.- ¿Qué es más operativo prohibir la subcontratación de actividades propias o eliminar el concepto de propia actividad?

Creo que, si se opta por reformar el precepto, habría que eliminar definitivamente el concepto de propia actividad como eje delimitador de la responsabilidad empresarial. Nótese que en la propuesta gubernamental, lejos de suprimirse es el elemento axial para permitir o no la subcontratación, que se ciñe a las actividades accesorias. Este concepto de propia actividad, que tantas páginas de repertorios judiciales y libros académicos ha llenado, es perfectamente prescindible, protege a los trabajadores/as menos necesitados de salvaguarda y complica extraordinariamente la aplicación práctica del precepto. Y es que la protección de las contratas de propia actividad avoca la mayoría de las veces a una gestión judicial y a una valoración casuística cada vez más compleja. Véase a continuación, por qué, con un poco más de detalle.

La limitación de responsabilidades o de garantía de condiciones de trabajo a las contratas de propia actividad—regulación que podía tener sentido cuando la subcontratación de las empresas era excepcional -expulsa o deja extramuros a las contratas de actividades auxiliares. El TS ha alentado, aunque con impecables argumentos interpretativos, el fenómeno de vaciamiento del precepto con una interpretación restrictiva de propia actividad, que expulsa apriorísticamente a la mayor parte de las contratas de servicios auxiliares. Es verdad que ha habido un replanteamiento judicial de este concepto, pero este ha sido restringido²⁶. Primero, porque se ha producido en doctrina judicial de suplicación. Segundo, porque se ha establecido en concretos sectores de actividad, como el de hostelería o sector ferroviario²⁷.

Por ello, considero que la vía más sencilla y expeditiva es la de la eliminación de este concepto. Con su eliminación se conjurarían los riegos de volver a un concepto

²⁶ Hay diversas sentencias que parten de que la limpieza en hostelería es propia actividad, como por otra parte, es obvio. Entre ellas, STSJ de Islas Canarias 21 marzo 2017, rec. 2/17 y STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) 24 abril 2017, rec. 125/17, esta última las considera actividades inherentes al ciclo productivo de hostelería que “vende un producto en el cual la imagen es fundamental... Es obvio que las camareras de piso, las encargadas de la limpieza de zonas comunes, el personal de recepción, el que presta servicios en la restauración etc. Forman parte de las actividades, complementarias o no, absolutamente esenciales para el proceso productivo, que no es posible sin dicha actividad y que la empresa ha de controlar y ejecutar para lograr la venta de su producto”. Y, también la STSJ de Castilla-La Mancha 13 julio 2017, rec. 626/17.

²⁷ Señalándose en la STSJ Castilla-La Mancha 13 junio 2013, rec. 151/13 “de no haberse contratado con esas empresas la prestación de tales servicios los mismos se deberían llevar a cabo por el propio comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial, por cuanto que no de otro modo puede entenderse, por ejemplo, la actividad de venta de billetes, ya que de ello depende totalmente la posibilidad de llevar a cabo la función prioritaria de Renfe Operadora, cual es el tráfico de viajeros”.

indeterminado. La supresión del concepto de propia actividad o sus sustitutos: dependencia económica o actividades accesorias, se basaría en los inconvenientes comunes de casuismo e inseguridad jurídica. Además, esta eliminación no es extraña en otras legislaciones comparadas²⁸.

Sin embargo, la propuesta gubernamental va justo en la dirección contraria, porque se propone limitar las contrataciones que sean de propia actividad, de manera que la subcontratación sólo sería legal en las tareas accesorias. Si bien teóricamente ello conduciría a una fuerte limitación de la subcontratación como vía de precarización laboral, creo que en la práctica se produciría un engrose del concepto de actividades auxiliares y las dificultades para garantizar la aplicación de la prohibición serían múltiples, pues habría que descender a cada caso en concreto. Y los juristas ilustrados ya decían que una garantía de un buen sistema legal es el de su inmediata eficacia, es decir que la prevención de los delitos se consigue más por la certeza de la pena que por su severidad²⁹.

3.2.- La garantía de condiciones de trabajo previstas en el convenio sectorial objeto de la contrata

La tutela a *posteriori* y por la vía de una responsabilidad solidaria en determinados casos (los de las contrataciones de propia actividad) que se prevé en el vigente artículo 42 del ET, ofrece resultados muy poco garantes de la evitación de la precariedad. Frente a ello, cabría apostar por establecer garantías previas, de condiciones de trabajo. Con ello, el foco ya no se concentraría en el tema de la responsabilidad y las garantías de cobrar el crédito, tutelando a la persona trabajadora no sólo como

²⁸ No es intrascendente señalar que algunas legislaciones laborales más modernas en otros países han prescindido, con sensatez, en la regulación del trabajo en régimen de subcontratación de la tormentosa noción de propia actividad. Por ejemplo, en el derecho italiano o en el Derecho Chileno, no aparece el concepto de propia actividad pese a la impronta de la inspiración en la legislación española. Así, el art. 183-A del Código de Trabajo chileno define el trabajo en régimen de subcontratación como *“aque/ realizado en virtud de un contrato de trabajo para un empleador denominado contratista o subcontratista, cuando éste en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo, y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra o faena, denominada, la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas”*.

En otras legislaciones se habría producido reformas que habrían eliminado conceptos similares, que actuaran como frontera de la regulación de la contratación de obras o servicios. Es el caso del ordenamiento italiano, en el que el art. 3 de la ley 1369/1960, se refería a las contrataciones que debían ejecutarse en el interior de la empresa. Dicha exigencia desapareció en el art. 29 del Decreto Legislativo 276/2003, de 10 de septiembre, que alude genéricamente a las contrataciones.

²⁹ Vid. C. Beccaria (1764).

acreedora, sino en un momento previo. Ahora bien, la cuestión que se suscita es qué convenio colectivo habría que aplicar como garantía de condiciones de trabajo en la contrata. Según ha señalado la prensa, el gobierno pretende aplicar el convenio sectorial correspondiente a la actividad de la empresa cliente. De manera que los convenios de empresa en las contratistas sólo serán de aplicación si mejoran la regulación de la empresa cliente.

En mi opinión, sería una opción equilibrada, y a la vez más sencilla, la de garantizar el convenio sectorial de la actividad objeto de la contrata, equiparando a todas las contrata, sean o no de propia actividad, por las siguientes razones.

En primer lugar, otra solución, como la de optar por la posición maximalista de garantizar las condiciones de la empresa cliente, haría perder sentido a la diferenciación entre contrata y cesión ilegal y quizá sí podría ser un lastre excesivo para la externalización, que es una forma ordinaria de producción.

En segundo lugar, la garantía del convenio sectorial de la actividad objeto de la contrata ofrecería una ventaja añadida. Se equipararía, aunque no totalmente, el marco de referencia de la contratación pública y privada, pues ambas tendrían como referente la garantía del convenio sectorial. Y es que, en la ley de contratos del sector público, se contienen prescripciones que impiden a las empresas contratistas aplicar determinadas condiciones de trabajo inferiores a las previstas en el convenio sectorial³⁰.

De esta manera, se mantendría la diversificación de estatutos jurídicos aplicables a las personas trabajadoras de las empresas contratistas respecto a la principal, pero la garantía de aplicación del convenio sectorial, evitaría que la selección de la empresa contratista se hiciera puramente por un interés en obtener menores costes laborales en concurrencia con otras empresas contratistas, pues todas ellas deberían garantizar la aplicación del convenio colectivo sectorial. No se olvide que la legislación italiana que contenía una garantía de equiparación de condiciones en los “appalti interni”, abandonó esta regulación por su falta de operatividad en la práctica, dada la dificultad de definir cuando una subcontratación era interna o no.

Con la propuesta que sostengo, se trataría de evitar una huida de los convenios sectoriales y de la utilización de convenios de empresa como elemento de competencia desleal alterando uno de los fines de la negociación colectiva sectorial: la uniformidad de las condiciones de trabajo para evitar una concurrencia entre las empresas basada en la reducción de los costes laborales. Si el eje es garantizar la aplicación del convenio sectorial, habría que introducir criterios para determinar éste, pues es una de las cuestiones

³⁰ Vid. arts. 35, 101, 102 (valor estimado y precio de la licitación con respecto del convenio colectivo sectorial), 122 (contenido de los pliegos) y 149 de la Ley de Contratos del Sector Público, con obligación de rechazar las ofertas.

más conflictivas. En otros trabajos me he referido a los criterios para identificar los convenios sectoriales en actividades sin un claro convenio de referencia y he realizado una propuesta para el tratamiento legislativo del problema³¹, pero junto a la legalización de estos u otros criterios, sería muy adecuado que se reforzara la información sobre el convenio colectivo aplicable entre aquellas obligadas a proporcionar por los empresarios principal y contratista a los trabajadores/as individuales y sus representantes.

3.3.- La mejora de las condiciones de representación de las personas trabajadoras en las contratas cuando no tenga representantes a través de las estructuras de representación de la empresa principal

Es necesaria una mejora de la representación de los trabajadores/as de empresas contratistas a través de la empresa principal, cuando esta no disponga de representantes y estos desarrollan su actividad en el medio productivo del empresario principal. La regulación del ET dificulta tener representantes precisamente donde más hace falta, en las empresas pequeñas y sometidas condiciones mercantiles pactadas en redes de empresas. Ello deriva de tres elementos, a saber: las dificultades del concepto de centro de trabajo en contratas, que la jurisprudencia no admite la agrupación de centros para las elecciones a delegado de personal³² y de que sólo se pueden elegir delegados de personal en centros de un cierto tamaño (a partir de 6 personas trabajadoras por acuerdo mayoritario). Es verdad que existen algunos mecanismos de coordinación de estructuras representativas en diferentes empresas, pero ello se suele limitar a los temas de prevención, no en lo relativo a condiciones de empleo, que son un ámbito igualmente esencial³³.

Una buena vía para articular una representación colectiva es la posibilidad de una representación por trabajadores/as de la empresa principal. Ello podría sortear uno de los tradicionales problemas de la representación en empresas contratistas. Y

³¹ Me remito a mi trabajo de 2018.

³² STS 31 enero 2001, rec. 1959/00 y STS 19 marzo 2001, rec. 212/00. O también la elección de un comité de empresa conjunto en el caso de que los centros no superen los 10 trabajadores/as (STS 28 mayo 2009, rec. 127/08).

³³ Por ejemplo, el art. 9 de la Ley del Sector de la Construcción que alude a la posibilidad de crear estructuras de representación sindical o bipartita en dicha materia en el sector de la construcción o algunas experiencias previas elaboradas por la negociación colectiva, pero centradas básicamente en materia preventiva (como los comités de seguridad y salud intercontratas. *Vid* diferentes experiencias en la Industria química (www.ctaimacae.com/el-comite-de-seguridad-y-salud-intercontratas-en-la-industria-quimica/) o como posibilidad en diversos Acuerdos Interprofesionales en Cataluña suscritos en diferentes fechas (puede consultarse en www.ccoo.cat/pdf_documents/2011/AIC_2011_2014_def_cas-tellano.pdf).

es que las empresas contratistas de servicios, suelen ser empresas con varios centros de trabajo, que se ven perjudicadas por la doctrina del Tribunal Supremo que ha cerrado la posibilidad de aplicar analógicamente la regla del art. 63.2 ET para agrupar varios centros de trabajo y proceder a la elección de delegados de personal al modo de los comités conjuntos. La falta de representantes legales en empresas contratistas se acentúa en empresas y centros de trabajo dedicados a la subcontratación por la temporalidad y alta rotación de las personas trabajadoras donde es muy frecuente que haya divisiones de plantilla en centros de trabajo que no alcanzan los umbrales que permiten la elección de un delegado de personal. Para salvar los casos donde no hay representantes legales, me parece acertada la posibilidad de que los trabajadores/as de las empresas, si no tienen representantes, computen en el crédito horario de los trabajadores/as de los representantes de la empresa principal.

En tercer lugar, la imbricación de las estructuras de representación de la empresa principal presupone que podrán acceder a información sobre las condiciones de trabajadores/as de la empresa contratista de una manera mucho más amplia y otorga competencias a los órganos de representación de las empresas principales para la defensa de los intereses de los trabajadores/as auxiliares. En mi opinión, ello debería dar lugar además a importar o copiar una parte de los derechos de información previstos en la legislación francesa para las condiciones de trabajo en las cadenas de valor de las multinacionales.

3.4.- El más difícil todavía: la regulación del derecho de huelga en contratas

La regulación vigente del derecho de huelga plantea claras limitaciones, máxime cuando la norma preconstitucional que regula el derecho de huelga está muy alejada, por obvias razones temporales, de la realidad actual de las relaciones laborales donde la externalización es la regla. Como quiera que la jurisprudencia interpreta el régimen legal de este derecho fundamental estrictamente, ello no favorece el ejercicio de este derecho por los trabajadores/as de las empresas contratistas y en muchos casos impermeabiliza a la empresa principal frente a las reivindicaciones de éstos. De modo que una de las principales armas de las personas trabajadoras queda vacío de contenido. Fuera de sectores estratégicos y de gran repercusión, difícilmente la huelga, por mucho que sea un derecho fundamental, es una alternativa real, pues las personas trabajadoras de estas empresas tienen miedo de protestar, a modo de matar el paciente, ya que la empresa cliente puede optar por externalizar los servicios con una empresa más competitiva, y se acaba la contrata que da soporte a las relaciones laborales. Y el Alto Tribunal ha matizado, o mejor dicho, no ha aplicado, los

efectos de la doctrina del Tribunal constitucional en el caso Samoa³⁴. La protección es fuerte sólo cuando hay un empresario complejo, un grupo³⁵, pero no cuando hay huelga en una empresa contratista y la empresa cliente, se busca a otras empresas contratistas. Dos casos ilustran esta situación: el caso Altrad³⁶ y el caso Telefónica³⁷, donde con una autoceguera voluntaria, el Tribunal Supremo cierra los ojos a la conexión de funcionalidad entre la huelga, las condiciones laborales y las mercantiles. Sin embargo, es incontestable que muchas condiciones laborales de las personas trabajadoras de contratas no se deciden en los contratos laborales, si no en las estrategias de contratación mercantil o en los pliegos de las contrataciones administrativas. Es decir, a través de estos contratos y de sus renegociaciones y alteraciones, la empresa cliente puede organizar aspectos básicos de la relación de trabajo, sin tener ninguna responsabilidad derivada de sus decisiones. El fenómeno ha sido ampliamente estudiado en las cadenas mundiales de suministro.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. (2011). *Outsourcing and Employment: An International Guide*, lus Laboris.

Beccaria, C. (1764). *De los delitos y las penas*. Madrid: Alianza, 2014.

Daugareilh, I. (2018). La ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y contratistas: entre renunciadas y promesas. AA.VV. (coord. por Wilfredo Sanguineti Raymond y

³⁴ SSTC 75/2010 y 76/2010, 19 de octubre y 99/2010, 16 de noviembre, entre otras.

³⁵ La construcción de les quirolaje indirecto, que permite substituir a trabajadores/asen huelgades una empresa contratista con otras, está perfilado em el caso de huelga sem grupos de empresas (Casos Prisa, STS11 de febrero de 2015, rec.95/2014 y Coca-Cola, STS20 de abril de 2015, rec.354/2014), pero no em supuestos donde no aparece esta vinculación.

³⁶ STS de 16 de noviembre de 2016, Caso Altrad, rec.59/2016, el Alto Tribunal pone el foco em que no habría vinculaciones entre Altrad (una empresa de montaje de andamios) y sus empresas clientes, trasladando una construcción jurisprudencial establecida para los grupos y su obsesión de empresario complejo.

³⁷ STS de 23 de enero de 2017, rec. 60/2016. Se estableció que la empresa principal (em el caso Telefónica) no tenía porqué sentarse a negociar con el comité de huelga conformado con personas trabajadoras de las empresas contratistas, que justamente buscaban con la huelga, una renegociación de las condiciones de las contratas de telecomunicaciones (con los llamados contratos bucle) que indirectamente marcaban sus condiciones laborales con las empresas contratistas. Confirmando el pronunciamiento de la sentencia recurrida, el Alto Tribunal entiende que “*se halla fuera del proceso de tutela cualquier pretensión referida a las condiciones de trabajo de los huelguistas, en relación con eventuales tarifas o baremos contenidos en los contratos mercantiles propuestos a las empresas contratistas, para concluir que tratándose de una huelga de los trabajadores de éstas y de las empresas subcontratadas, no existía obligación alguna por parte de Telefónica para concurrir a la negociación con el comité de huelga en la que no era de sus empleados, y en la que no cabía que llegase a ningún acuerdo amparado en el artículo 8 del RDL 17/1977 ni en ningún otro precepto para finalizar la huelga*”.

Juan Bautista Vivero Serrano). *Impacto laboral de las redes empresariales*. Granada: Comares, 357-375.

Esteve Segarra, A. (2018). Criterios para la determinación del convenio colectivo sectorial de referencia para actividades desarrolladas por empresas multiservicios. *Documentación Laboral*, (115), 81-92.

Eylert. Exposición sobre el Derecho Alemán en la OIT, Recuperable en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---y_dialogue/documents/meetingdocument/wcms_159885.pdf

Falguera Baró, M.A. (2015) *La externalización y sus límites. Reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo. Propuestas de regulación*. Bomarzo, Albacete.

Galdom Clavell, G. (2018). ¿Es ético comprar en Amazon? Publicado en el diario El país. 23-12-2018. Recuperable en: https://elpais.com/tecnologia/2018/12/21/actualidad/1545407088_015525.htm

Martín Valverde A. (1988). Responsabilidad empresarial en caso de contratas y subcontratas de obras y servicios. AA. VV. (Dir. E. Borrajo Dacruz). *Comentarios a las leyes (laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. VIII, Madrid: Edersa.

Monereo Pérez, J.L. y Álvarez Montero, A. (2002). *Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial*. Granada: Comares.

Puebla Pinilla, A. de la. (2020). Marco laboral de la descentralización productiva. Problemas y propuestas de reforma. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* (444), 125-156.

Sanguineti Raymond, W. (2019). La ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y empresas controladoras. *Trabajo y Derecho* (55-56), 10-14.

Valdés Dal-Ré, F. (2007). "Contratas y subcontratas: las reformas pendientes". *Relaciones Laborales*, Tomo I.

Saez, E. et Zucman, G. (2020). *Le triomphe de l'injustice*, Paris: Seuil.

INSTRUMENTOS PARA ERRADICAR LA BRECHA SALARIAL

BRECHA SALARIAL, TRANSPARENCIA SALARIAL Y CUIDADOS: UNA REVISIÓN A LAS ÚLTIMAS MEDIDAS LEGISLATIVAS¹

Elena García Testal²

RESUMEN: Aunque la posición de la mujer en el mercado de trabajo ha evolucionado en los últimos años, todavía no ha alcanzado una posición de igualdad, persistiendo la situación de discriminación salarial consecuencia de un conjunto variado de causas. Corresponde a los poderes públicos disponer las acciones para la consecución de la igualdad real, más allá de las declaraciones formales de los textos legislativos y constitucionales. Modificar la asignación tradicional de roles sociales y la desigual valoración en el sistema económico no es fácil, pero las normas laborales pueden contribuir a ello a través de diferentes instrumentos. En el texto se analizan las últimas medidas en este sentido

ABSTRACT: Although the position of women in the labor market has evolved in recent years, it has not yet reached a position of equality, persisting the situation of wage discrimination as a consequence of a varied set of causes. It is up to the public powers to order the actions to achieve real equality, beyond the formal declarations of the legislative and constitutional texts. Modifying the traditional assignment of social roles and unequal valuation in the economic system is not easy, but labor standards can contribute to it through different instruments. The paper analyzes the latest measures in this regard.

PALABRAS CLAVE: igualdad, retribución, transparencia, conciliación, corresponsabilidad

KEYWORDS: equality, salary, transparency, conciliation, co-responsibility

¹ Realizado en el marco del I+D+I “Retos de Investigación” 2018 sobre Análisis jurídico y sociológico de las brechas de género en las transiciones trabajo-jubilación-trabajo: factores de la desigualdade y propuestas normativas”, Ministerio de Ciencia y Innovación – Agencia Estatal de Investigación, ref. RTI2018-095888-B-I00D

² Universitat de València

ÍNDICE: 1. Introducción: igualdad retributiva para trabajos de igual valor; 2. La atención a la corresponsabilidad en los cuidados; 3. Igualdad en la empresa, negociación de planes igualdad y nuevos instrumentos: los registros y las auditorías retributivas; 4. Otros instrumentos: la subida del salario mínimo interprofesional y la aprobación de una normativa sobre teletrabajo ¿inciden en la igualdad retributiva?

INDEX: 1. Introduction: equal pay for work of equal value; 2. Attention to co-responsibility in care; 3. Equality in the company, negotiation of equality plans and new instruments: records and remuneration audits; 4. Do other instruments: the increase in the minimum interprofessional wage and the approval of a regulation on teleworking affect equal pay?

Introducción: igualdad retributiva para trabajos de igual valor

Junto al reconocimiento de la igualdad como valor supremo del ordenamiento jurídico (art. 1.1 Constitución Española (CE) y de su incorporación como derecho fundamental en el art. 14 CE, quiero comenzar recordando que, conforme al art. 9.2 de la CE, corresponde a los poderes públicos garantizar el principio de igualdad real entre hombres y mujeres, obligación que debe incluir la realización de todas las acciones necesarias para garantizar la igualdad retributiva por trabajos iguales o de igual valor. Pese a ello una de las manifestaciones actuales más generalizadas de la discriminación es la discriminación retributiva por razón de género.

El reconocimiento de igualdad retributiva por trabajos de igual valor ya la efectuó la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1951 en su Convenio núm. 100, y la Unión Europea (UE) en 1975 en la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos. En el ámbito europeo es preciso hacer referencia también a la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), que incorpora el principio de igualdad de retribución para un trabajo de igual valor y establece también la previa obligación de garantizar la correcta valoración de los puestos de trabajo como obligación específica y directamente exigible a todos los Estados miembros. También es necesario referirse a la Recomendación sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia, Recomendación 2014/124/UE, de 7 de marzo, que pone de manifiesto que una mayor transparencia puede revelar un sesgo en función del género, así como discriminación en la fijación de salarios de una empresa u organización. La Recomendación alienta a los Estados

miembros a reforzar la transparencia aplicando las medidas adecuadas a sus circunstancias específicas.

En España, la Constitución ya garantizaba en el art. 35 la prohibición de discriminación por razón de sexo, y el Estatuto de los Trabajadores recogía la obligación de pagar la misma retribución por un trabajo de igual valor (art. 28). Tras la **LO 3/2007, de 22 de marzo**, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), que consagra el principio de igualdad como ausencia de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y especialmente por razones derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil, la aprobación del **RDley 6/2019, de 1 de marzo**, ha sido un punto de partida para la sucesiva introducción de relevantes innovaciones legislativas.

El RDley 6/2019 modificó siete normas con rango de ley que de forma directa tratan de incidir en la efectiva igualdad entre mujeres y hombres: la mencionada Ley Orgánica 3/2007, el Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre), la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), la normativa de Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre), la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos General del Estado para 2009, relativa al Fondo de Apoyo para la Promoción y Desarrollo de Infraestructuras y Servicios del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia y de los Servicios Sociales, la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto), y la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

Así pues, siendo variados los factores determinantes de la existencia de la diferencia retributiva entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo, acabar con esta injustificada diferencia requeriría atender de forma efectiva cada una de sus variadas causas: en algunos casos la brecha salarial deriva de una incorrecta valoración de puestos de trabajo (bien a través del sistema de clasificación profesional previsto en el convenio o bien a través de la valoración realizada por la empresa para atribuir los complementos salariales o extrasalariales) (López y Rodríguez, 2019); en otros casos nos encontramos con estructuras salariales opacas; la segregación ocupacional en virtud de la cual el trabajo remunerado habitualmente desplegado por mujeres tiene escasa presencia en el sector industrial, y se desarrolla especialmente en el sector terciario: empleo doméstico, sanidad, servicios sociales, educación, comercio y hostelería, y además en oficios habitualmente poco valorados también desde un punto de vista salarial (Simó-Noguera, Hernández-Monleón, Carbonell-Asins y Méndez-Martínez, 2016); la escasa presencia de mujeres en puestos directivos no solo pone de manifiesto la ausencia de mujeres en la toma de decisiones, sino que además repercute en las retribuciones que las trabajadoras perciben (Rodríguez Escanciano, 2018); la mayor aceptación femenina de contratos a tiempo parcial y precarios; y finalmente la desigual asunción del trabajo doméstico y del cuidado de hijos y familiares.

En España, y hasta el momento, se han tratado de abordar solo algunas de esas causas: la relativa a la transparencia salarial en la empresa y la correcta valoración de los puestos de trabajo, y la relativa al reparto corresponsable en los cuidados.

Un dato previo: según la Encuesta Anual de Estructura Salarial de 2018, última publicada por el Instituto Nacional de Estadística (el 25 de junio de 2020), la ganancia media anual de los hombres fue de 26.738,19 euros, mientras que la de las mujeres fue de 21.011,89 euros, por lo que el salario promedio anual de estas fue el 78,6% del masculino o, en términos de brecha salarial media anual, un 21,4%. Eliminar la brecha salarial parece exigir una profunda transformación social

La atención a la corresponsabilidad en los cuidados

Uno de los aspectos que se han puesto de manifiesto públicamente en los últimos tiempos es que las mujeres siguen ocupándose en el mundo mayoritariamente de las labores de cuidado dentro y fuera del hogar (realizando el triple de trabajo doméstico y asistencial sin remuneración que los hombres antes de la pandemia). En la respuesta de ONU-MUJERES a la crisis del COVID-19 se hace expresamente mención a la necesidad de conseguir que las personas apoyen y practiquen el reparto equitativo del trabajo de cuidados, lo que exige elaboración de políticas públicas adecuadas, el apoyo a quienes se dedican a los cuidados y la elaboración de campañas para el cambio de comportamientos. Pero la situación reflejada durante la pandemia derivada de la crisis sanitaria es solo la visibilización de la realidad de la asignación de los roles de cuidado a las mujeres.

Si las tareas domésticas y de cuidado no remunerados son asumidas fundamentalmente por mujeres, son las trabajadoras las que, en consecuencia, experimentan una penalización salarial, pues el cuidado se convierte en un elemento que reduce o limita sus posibilidades en el mercado laboral: limita la promoción en el empleo, limita el acceso a puestos directivos o de toma de decisiones, está relacionado con la mayor aceptación de contratos a tiempo parcial.

Ante esta realidad cabe preguntarse si son las normas laborales las que pueden evitar esa perpetuación de roles, o si puede una modificación normativa cambiar un estereotipo tan extendido. La respuesta es negativa. Obviamente, hemos de partir de que para corregir esta situación son precisas medidas de toda naturaleza: la necesaria intervención en el ámbito educativo y formativo, la sensibilización de la sociedad para modificar los roles de género que generan desigualdad, la promoción de la participación de las mujeres en todos los órganos de toma de decisiones, la necesidad de implicación de todos los agentes sociales, la negociación colectiva con perspectiva de género, incorporando la corresponsabilidad en los cuidados en la negociación

colectiva, la necesidad de normas sancionadoras eficaces, la necesidad de normas incentivadoras de las buenas prácticas a través de beneficios económicos, fiscales o sociales, y la instauración de procedimientos judiciales ágiles y efectivos.

Siendo todas estas acciones precisas, las normas laborales no van a modificar directamente los roles de género, pero sí pueden favorecer la corresponsabilidad. El objetivo de igualdad y eliminación de la discriminación no pasa por facilitar a las mujeres la compatibilidad del trabajo y los cuidados, sino facilitar que esos cuidados sean asumidos de forma corresponsable entre los progenitores. Cabe así plantear dos tipos de acciones:

- La primera, realizar acciones destinadas a intervenir en la gestión del tiempo de trabajo de las personas trabajadoras, racionalizando los tiempos de prestación de servicios, reduciendo los tiempos de presencialidad y permanencia en la empresa, introduciendo una mayor flexibilidad horaria, facilitando el teletrabajo o trabajo a distancia, con las cautelas precisas para que estas medidas no se conviertan en un “facilitador” del cuidado solo para las mujeres;

- Y, la segunda, intervenir en la regulación de los derechos de conciliación para conseguir la corresponsabilidad a través de derechos más igualitarios. Y es que la configuración de los derechos de conciliación sigue pivotando sobre el error de otorgar tiempo a las trabajadoras para atender las responsabilidades familiares. Es por ello que, en mi opinión, es necesario un replanteamiento y nuevas posibilidades de regulación, con la finalidad de romper el bucle: se asume responsabilidad de cuidados porque se cobra menos/se cobra menos porque se asume responsabilidad de cuidado; con el objetivo de conseguir la corresponsabilidad: un reparto de los tiempos familiares y laborales ejercidos indistintamente y en las mismas condiciones por trabajadores y trabajadoras, esto es, un reparto equilibrado de los cuidados.

Para ello es preciso crear un sistema de conciliación entre trabajo y vida personal y familiar **corresponsable** y adecuado, para lo que debería cumplir las siguientes características: debe equilibrar los intereses y necesidades de la persona trabajadora, y las organizativas y productivas empresariales; debe ser accesible y garantista, en el sentido de proteger a la persona trabajadora frente a decisiones injustificadas del empresario que dificulten o imposibiliten el ejercicio de derechos de conciliación; debe ser protector de derechos de relevancia constitucional como son la protección de la salud (art. 43 CE), de la familia (art. 39 CE), del trabajo/estabilidad en el empleo (art. 35 CE) y de la libertad de empresa (art. 38 CE); pero también es necesario que sea igualitario y no discriminatorio, es decir, que no establezca diferencias no justificadas en función del sexo de los progenitores, o de su estado civil o del tipo de familia que constituyan, atendiendo al cuidado del menor como objetivo fundamental (Fernández Prats y García Testal, 2019).

Las tres principales mejoras introducidas por el **RD Ley 6/2019** en materia de conciliación fueron en este sentido (más ampliamente en Fernández Prats, García Testal, y López Balaguer, 2019):

- La regulación **igualitaria** de las situaciones de suspensión del contrato por maternidad y paternidad, ahora denominadas suspensión por nacimiento y cuidado de menor: la equiparación de la duración a dieciséis semanas -que se ha hecho efectiva en 2021- fue la más llamativa de las medidas dispuestas por la norma, pero también debe destacarse el cambio de denominación que permite una homogeneización de regímenes jurídicos con independencia del sexo de los progenitores, y el carácter intransferible de los períodos, lo que distorsiona la pretendida finalidad de cuidado del menor bajo el paraguas del fomento de la corresponsabilidad. Sin duda debe destacarse también como novedosa la estructura y forma de disfrute al configurarse como un permiso fraccionable por semanas completas-en el que seis semanas resultan obligatorias las posteriores al parto o resolución de adopción o acogimiento-, de difícil ajuste con la Directiva 92/85 en el caso de las madres (Ballester, 2019). De acuerdo con la nueva regulación del art. 48 Estatuto de los Trabajadores (ET) el nacimiento suspenderá el contrato de trabajo durante dieciséis semanas tanto para la madre biológica, como para el progenitor distinto, como para ambos progenitores en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción y de acogimiento. Esta extensión resulta igualitaria en la duración, aunque no en la finalidad de los períodos de suspensión del contrato. En el caso de la madre biológica las primeras seis semanas tienen como finalidad asegurar la protección de la salud de la madre. Para el resto de progenitores, también las primeras seis semanas posteriores al parto, o a la resolución judicial por la que se constituye la adopción o la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento, resultarán obligatorias y de disfrute ininterrumpido, pero con la finalidad de dar cumplimiento a los deberes de cuidado previstos en el Código Civil.
- La nueva regulación de las opciones de **adaptación de jornada** por conciliación, del art. 34.8 ET no sólo amplía las opciones de modificación atendiendo a las necesidades de la persona trabajadora, sino que establece un procedimiento de negociación con esta a efectos de garantizar que se atienden a ambas partes en el proceso de establecimiento de la adaptación de la jornada inicial. Las diferencias fundamentales se centran tanto en el elemento material de modificación de la jornada -o del lugar de trabajo o forma de prestación de servicios al referirse también al trabajo a distancia-,

como al elemento procedimental -la negociación colectiva tiene encomendada la regulación de los términos de ejercicio, delimitando las posibilidades y presupuestos en que se concreta el derecho, pero también se introduce la negociación individual, iniciándose con la petición del trabajador un período de negociación de 30 días y exigiéndose una respuesta empresarial de aceptación, o de planteamiento de una propuesta alternativa que haga compatibles las necesidades de la persona trabajadora y las organizativas y productivas de la empresa, o de denegación de la solicitud, pero indicando las razones objetivas de su decisión.

- Otras modificaciones que fomentan la **corresponsabilidad** hacen referencia al *permiso para el cuidado del lactante*, que se configura como un derecho totalmente individual correspondiente a cada uno de los beneficiarios, por lo que puede duplicarse la atención al mismo menor causante y se acompaña de una prestación económica de seguridad social para uno de los progenitores si se extiende del noveno al duodécimo mes de edad del hijo siempre que los dos progenitores lo hayan disfrutado con la misma duración y régimen (art. 183 LGSS), lo que se ha valorado como un “premio a la corresponsabilidad (Ballester, 2019) - y a la excedencia por cuidado de hijos, en que se fomenta la corresponsabilidad ampliando la duración de la reserva del puesto de trabajo hasta los 18 meses si son los dos progenitores los que disfrutan de la excedencia “con la misma duración y régimen” -debe recordarse que la excedencia supone pérdida de retribución, por lo que se visualiza lo ilógico de esta disposición que exige que ambos progenitores cesen en la percepción de retribuciones durante período tan prolongado-.

Sin embargo, al sistema de conciliación le quedan tareas pendientes de resolver: la dispersión y abundancia de derechos de conciliación: los arts. 34.8, 37.3 f, 37.4, 37.5., 37.6, 45 (y 48) y 46 del ET atienden *supuestamente* a diferentes situaciones o las resuelven mediante diferentes opciones de ejercicio, pero esta dispersión (que se reproduce en la negociación colectiva) resta eficacia al sistema de conciliación; y la necesaria reformulación de los derechos que conllevan una reducción de jornada y una pérdida salarial, en la que podría incentivarse la negociación entre las partes, el fomento de la adaptación de la jornada frente a la reducción y, con ello, evitar la pérdida de jornada de trabajo y de salario.

Sin duda, en materia de conciliación corresponsable, el RD Ley 6/2019 merece una valoración positiva, en la medida en que fomenta la asunción corresponsable del cuidado, lo que debe contribuir a reducir la brecha salarial y conseguir la igualdad real entre hombres y mujeres. Sin embargo, también debe tomarse en consideración la

pérdida de la oportunidad de ahondar en la mejora más profunda del sistema de conciliación, abordando todas las necesidades de reforma puestas de manifiesto (Fernández Prats y García Testal, 2019).

Igualdad en la empresa, negociación de planes igualdad y nuevos instrumentos: los registros y las auditorías retributivas

La aprobación de la LOI puede señalarse como un hito normativo muy significativo en el camino por el logro de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres. El reconocimiento constitucional del principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo había resultado insuficiente, por lo que la aprobación de la LOI resultaba una acción pertinente (Aragón y Nieto, 2021). Valoración similar cabe hacer doce años después, respecto a la aprobación del RD Ley 6/2019 y las normas reglamentarias de desarrollo, pues se había evidenciado el mantenimiento de la brecha salarial por razón de género y la necesidad de modificar o incrementar los instrumentos llamados a reducirla. Como se sabe, la LOI introdujo en el ordenamiento jurídico español la obligatoriedad de **negociar** colectivamente medidas de igualdad en las empresas. El protagonismo de la negociación colectiva en la consecución de la igualdad en la empresa se mantiene en la reforma de 2019.

Conviene recordar que conforme al art. 45 de la LOI **todas las empresas** están obligadas no solo a **respetar** la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral, sino también a **adoptar y negociar medidas** dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres.

Pero solo algunas empresas, en relación a la dimensión de su plantilla, quedan obligadas a negociar **planes de igualdad**, esto es, a negociar un conjunto ordenado de medidas evaluables dirigidas a remover los obstáculos que impiden o dificultan la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En este sentido, y desde la convicción de que la negociación colectiva debe mantenerse como el instrumento idóneo para la gestión del principio de igualdad en el ámbito laboral, el legislador da un nuevo impulso a los planes de igualdad en el RD Ley 6/2019 (Aragón y Nieto, 2021), siendo el cambio más visible -pero no el único- la ampliación del ámbito subjetivo de la obligatoriedad legal de negociarlos -ciertamente acompañada de un período transitorio de entrada en vigor que alcanzará a las empresas de 50 o más trabajadores, que deben negociar su plan antes de 7 de marzo de 2022-. En efecto, no puede desdeñarse la importancia de la modificación del apartado 2 del art. 46 de la LOI, así como la incorporación de tres nuevos apartados (4, 5 y 6) al mismo artículo 46. Del desarrollo reglamentario de alguno de estos aspectos se ocupó el RD 901/2020, de 13 de octubre, mientras que

otros han sido objeto de desarrollo por el RD 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre hombres y mujeres.

La extensión de la obligatoriedad de negociar planes de igualdad: el RD 901/2020, de 13 de octubre: cómputo de personas trabajadoras y constitución de la comisión negociadora

La ampliación del ámbito subjetivo de la obligatoriedad de la negociación de los planes de igualdad dispuesto por el RDLey 6/2019 exigía dos concreciones: el establecimiento de criterios para realizar el cómputo de las personas trabajadoras en la empresa, y la determinación de las partes negociadoras del plan y la constitución de la comisión negociadora. Concreciones que el RD 901/2020, de 13 de octubre, trata de resolver.

Respecto al cómputo de las personas trabajadoras en la plantilla el art. 3 del RD 901/2020 da suficientes certezas al establecer, para la cuantificación del número de personas trabajadoras en la empresa, la realización de un doble cómputo a efectos de calcular el umbral que hace obligatorio el plan de igualdad: el último día de los meses de junio y diciembre de cada año, teniendo en cuenta los criterios siguientes:

- El cómputo de la totalidad de las prestaciones de servicios laborales: se debe tomar en consideración la plantilla total de la empresa, de todos los centros de trabajo y cualquiera que sea la forma de contratación, incluyendo las personas trabajadoras con contratos fijos discontinuos, con contratos de duración determinada y las personas puestas a disposición por empresas de trabajo temporal. Quedan excluidos por tanto los trabajadores autónomos que mantengan relaciones con las empresas, los trabajadores autónomos económicamente dependientes y el personal en formación vinculado mediante beca, en la medida en que no mantienen relación laboral con la empresa.
- La independencia de la jornada realizada por las personas trabajadoras, de modo que también los contratos a tiempo parcial computan con independencia del número de horas de trabajo. Por analogía debe extenderse a las personas con reducciones de jornada, sea cual sea la causa legal o convencional que las ampare.
- El cómputo de trabajos temporales vigentes en períodos semestrales: cada cien días trabajados o fracción se computará como una persona trabajadora más.

Respecto a las partes negociadoras del plan de igualdad es preciso insistir en el aspecto de negociación colectiva con la que se configuran en los arts. 45 y 46 de la LOI, y que se visualizan especialmente en el RD 901/2020, cuyo capítulo II determina

los plazos de la negociación, la constitución de la comisión negociadora y sus competencias (arts. 4, 5 y 6 RD 901/2020). El modelo de configuración de la comisión negociadora implantado tiene en cuenta la existencia previa o no de representación legal de los trabajadores, y es acorde con la interpretación que ha venido haciendo el TS sobre la inaplicación de la comisión *ad hoc* del art. 41 ET (en este sentido, la STS de 26 de enero de 2021, rec. 50/2020, recuerda que la negociación corresponde a los representantes unitarios y sindicales, que acrediten la legitimación del art. 87.1 ET, y que no puede encomendarse a una comisión *ad hoc* siguiendo el modelo del art. 41.4 ET).

Como regla general, participan en la comisión negociadora, por parte de las personas trabajadoras, el comité de empresa, las delegadas y los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité. La intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales si estas así lo acuerdan, y suman la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre las delegadas y delegados de personal. En las empresas con varios centros de trabajo negociará el comité intercentros si existe y tiene establecidas competencias para la negociación. En los grupos de empresa la negociación se rige por lo establecido en el art. 87 del ET para los convenios de ese ámbito. En cuanto a la negociación en las empresas donde no exista representación legal se creará una comisión negociadora constituida por la representación de la empresa y por una representación de las personas trabajadoras, integrada por los sindicatos más representativos y por los sindicatos representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación. La representación sindical se conformará en proporción a la representatividad en el sector y garantizando la participación de todos los sindicatos legitimados. Esta comisión sindical estará válidamente integrada por aquella organización u organizaciones que respondan a la convocatoria de la empresa en el plazo de diez días. Un problema no resuelto ni en la LOI ni en el RD 901/2020 es qué ocurrirá si la empresa no obtiene respuesta de la representación sindical. La única respuesta cierta es que no es posible aplicar supletoriamente el art. 41.4 ET.

Dos aspectos que es importante destacar es que se promoverá tanto la composición equilibrada entre mujeres y hombres, de cada una de ambas partes de la comisión negociadora -lo que puede romper con la inercia de escasa participación femenina en las mesas de negociación, aunque nótese que no se establece como obligación-, así como que sus integrantes tengan formación o experiencia en materia de igualdad en el ámbito laboral -lo que facilitará el diagnóstico de la empresa y el establecimiento de medidas adecuadas-, aunque no se prevé ninguna consecuencia para el supuesto de falta de formación o falta de composición paritaria (Aragón y Nieto, 2021).

El diagnóstico de situación y la concreción del ámbito material de los planes de igualdad

La relevancia de la modificación introducida en el aspecto material de los planes de igualdad se sitúa, como primera fase, en la necesidad de negociar un **diagnóstico previo** de situación. Se requiere una evaluación de la situación de la empresa a través de la recogida de datos para identificar y estimar las desigualdades, diferencias, desventajas, y obstáculos que puedan existir en la empresa para el logro de la igualdad efectiva. Se trata de poder identificar la situación real de la empresa en materia de igualdad, de manera que el plan de igualdad se convierta en un efectivo conjunto de medidas dirigidas a evitar la discriminación laboral entre hombres y mujeres en esa empresa: introducir correcciones adecuadas, establecer prioridades y sistemas de evaluación, en definitiva, la finalidad última es garantizar la eficacia del plan de igualdad. De la normativa vigente deben destacarse tanto la necesidad de negociación del diagnóstico como la determinación de un contenido mínimo, que vendrá referido a las siguientes materias: a) Proceso de selección y contratación. b) Clasificación profesional. c) Formación. d) Promoción profesional. e) Condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres. f) Ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral. g) Infrarrepresentación femenina. h) Retribuciones. i) Prevención del acoso sexual y por razón de sexo. El carácter mínimo de esta delimitación permitiría añadir todas aquellas materias que puedan identificar situaciones de desigualdad en la empresa, y no solamente entre mujeres y hombres por razón de su sexo y género, sino también por razón de su orientación sexual, identidad de género u otras.

El diagnóstico tiene un alcance omnicompreensivo: debe extenderse a todos los puestos, incluidos los niveles jerárquicos de la empresa y su sistema de clasificación; y todos los centros de trabajo, pero también debe estar incluida la prestación de trabajo a distancia y la prestación de servicios en centros de trabajo ajenos, y la prestación de servicios de personas trabajadoras cedidas a través de contratos de puesta a disposición.

Alcanzado un acuerdo sobre el diagnóstico de situación, es necesario iniciar una negociación sobre los objetivos y las medidas que se incluirán en el plan. El art. 8.2 del RD 901/2020 determina un contenido mínimo, pero sobre todo quiero destacar cómo se basa en la adecuación de su contenido a las necesidades de la empresa identificadas en el diagnóstico, y en la posibilidad de incluir materias no reflejadas en el art. 46.2 LOI, entre las que se señala la violencia de género, el lenguaje y la comunicación no sexista u otras, como podría ser ampliar su contenido a otras medidas destinadas a eliminar otras desigualdades que deriven del diagnóstico previo.

Igual salario para trabajo de igual valor: transparencia retributiva, valoración de puestos de trabajo, registro salarial, auditorías retributivas en el RD 902/2020, de 13 de octubre

Además de modificar el sistema de conciliación de trabajo y familia, y de ampliar el ámbito subjetivo y material de los planes de igualdad, el RD Ley 6/2019 impulsó el logro de la igualdad retributiva en la empresa a través de varios instrumentos vinculados a la transparencia retributiva y la adecuada valoración del trabajo realizado. En este sentido, añadió un nuevo apartado 3 al art. 9 del ET, para establecer que en caso de nulidad por discriminación salarial por razón de sexo se tendrá derecho a la retribución correspondiente al trabajo igual o de igual valor; modificó el art. 28 ET para delimitar el concepto de trabajo de igual valor, pero también para incluir la necesidad de efectuar en todas las empresas un **registro** retributivo, así como una presunción de existencia de discriminación retributiva; reformó el art. 22.3 ET para garantizar que el sistema de clasificación profesional se realice con ausencia de discriminación, directa e indirecta, entre mujeres y hombres; e incluyó en el art. 46.6 LOI las **auditorías** salariales como parte integrante de los planes de igualdad.

Este conjunto de disposiciones requería de un desarrollo reglamentario que se ha producido en el RD 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre hombres y mujeres. El RD 902/2020 permite aunar conceptos determinantes de la transparencia retributiva necesaria para la igualdad tales como información suficiente y significativa de la retribución (art. 3.1 del RD); identificación de discriminaciones tanto directas como indirectas; valoración de puestos de trabajo (art. 3.2 del RD); y justificación objetiva de la retribución inferior (art. 3.2 RD).

Así, los instrumentos para hacer efectiva esta transparencia retributiva son los **registros** retributivos, las **auditorías** retributivas que forman parte del plan de igualdad, el sistema de **valoración de puestos de trabajo** de la clasificación profesional aplicable en la empresa y en el convenio colectivo, y el derecho de **información** de las personas trabajadoras.

La obligatoriedad de realizar un **registro retributivo** supone una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, incluida en el art. 28.2 del ET. Se trata de un registro retributivo de toda la plantilla (incluido el personal de alta dirección y los altos cargos) que tiene por objeto tanto garantizar la transparencia en la configuración de las percepciones retributivas como el adecuado acceso a la información. Conviene precisar que, a diferencia de las auditorías retributivas, la obligación de registro salarial incumbe a todas las empresas, con independencia del número de trabajadores que empleen, así como de la naturaleza de la relación laboral, incluyendo al personal laboral con relación laboral especial. En cuanto al contenido del registro, debe registrarse la totalidad de las percepciones económicas abonadas a los trabajadores de la empresa, tanto las partidas salariales como

las percepciones extrasalariales conforme al art. 26.1 y 2 ET, cualquiera que sea su naturaleza, incluyendo el salario en especie, y computando las cantidades en términos anuales. Los datos deben incluirse desagregados, pues la finalidad es poder comprobar si concurre o no una diferencia salarial entre mujeres y hombres que identifique una posible brecha salarial injustificada. Para ello, también debe efectuarse una distribución en cada grupo profesional, categoría profesional, nivel, puestos de trabajo iguales o de igual valor o cualquier sistema de clasificación aplicable en la empresa. El registro salarial debe contener exclusivamente datos de media y medianas de la empresa por grupos de trabajadores, no debe reflejar el régimen retributivo de percepciones económicas abonadas de forma individual a cada trabajador; además la norma impone la necesidad de respetar la anonimización de los datos reflejados en el registro. Sobre el registro se atribuye a los representantes de los trabajadores un derecho de **consulta e información**, para que el contenido sea conocido por los trabajadores a través de aquellos.

Así, en las empresas que cuenten con representación legal de las personas trabajadoras, el acceso al registro se facilitará a las personas trabajadoras a través de la representación legal de los trabajadores. Y en las empresas sin representación legal de los trabajadores, la información que se facilitará por parte de la empresa se limitará a las diferencias porcentuales que existieran en las retribuciones promediadas de hombres y mujeres, que, a su vez, deberán estar desagregadas en atención a la naturaleza de la retribución y el sistema de clasificación aplicable.

Junto al registro retributivo, el art. 28 ET establece una **presunción *iusuris tantum*** de que esa diferencia retributiva encubre una discriminación por razón de sexo cuando en una empresa con al menos cincuenta trabajadores, el promedio de las retribuciones a los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en un veinticinco por ciento o más, tomando el conjunto de la masa salarial o la media de las percepciones satisfechas. Al respecto caben dos precisiones. La primera que, en mi opinión, no se debe hacer una interpretación excesivamente restrictiva de esta disposición. Su literalidad parecería admitir que en las empresas con plantilla menor a 50 es admisible y no discriminatoria la concurrencia de diferencias salariales iguales o superiores al 25% para personas trabajadoras de uno u otro sexo. Pero, además, tampoco debe aceptarse, que en empresas con plantillas superiores a 50, solo habría discriminación salarial si se supera ese porcentaje; también otras diferencias salariales deben observarse por si encubren diferencias discriminatorias. Ni una ni otra son realidades absolutamente válidas, pues debe hacerse una interpretación del conjunto de elementos concurrentes en cada caso. Se trata solamente de una obligación de justificación objetiva de la diferencia salarial que se impone a determinadas empresas, que no exime a ninguna empresa de la obligación de respetar el art. 45 de la LOI antes señalado, según el cual todas las empresas están obligadas no solo a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral sino también a adoptar y negociar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres.

Junto al registro retributivo se introduce otra obligación para las empresas que elaboren un plan de igualdad: las **auditorías retributivas**. Conforme dispone el artículo 46.2.e) de la LOI las empresas que elaboren un plan de igualdad deberán incluir en el mismo una auditoría retributiva. A través de la auditoría retributiva se trata de obtener información sobre el sistema retributivo de la empresa, pero también detectar los elementos que impiden que este sistema retributivo pudiera impedir la igualdad retributiva entre trabajadores y trabajadoras.

La correcta realización de la auditoría retributiva supone para la empresa:

- la realización de un **diagnóstico** de la situación retributiva: evaluación de los puestos de trabajo así como la relevancia de otros factores desencadenantes de la diferencia retributiva, posibles deficiencias o desigualdades que pudieran apreciarse en el diseño o uso de las medidas de conciliación y corresponsabilidad en la empresa, o las dificultades que las personas trabajadoras pudieran encontrar en su promoción profesional o económica derivadas de otros factores como las actuaciones empresariales discrecionales en materia de movilidad o las exigencias de disponibilidad no justificadas;

- y el establecimiento de un **plan de actuación** para la corrección de las desigualdades retributivas (determinación de objetivos, actuaciones concretas, cronograma y persona o personas responsables de su implantación y seguimiento).

Al formar parte del plan de igualdad, la elaboración de la auditoría retributiva corresponde a la comisión negociadora de este, no a la empresa de forma unilateral (Aragón y Nieto, 2021).

El art. 4 del RD 902/2020 delimita y concreta el contenido de la obligación de igual retribución por **trabajo de igual valor** establecida en el art. 28 ET, estableciendo una vinculación entre la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo; así como determinando factores y condiciones relevantes, y los requisitos para la correcta valoración de los puestos de trabajo. Es este sin duda un aspecto esencial para el logro de la igualdad retributiva: la correcta evaluación de los puestos de trabajo. En este sentido conviene recordar que, además del reconocimiento de la igualdad de retribución por trabajos de igual valor que contiene el art. 28 del ET, debe tomarse en consideración el contenido del art. 22.3 del ET, relativo al sistema de clasificación en la empresa, que determina que la definición de los grupos profesionales debe ajustarse a criterios y sistemas que, basados en un análisis correlacional entre **sesgos de género**, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones, tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres. El sistema de clasificación profesional debe configurarse de forma que constituya una garantía de la percepción de igual remunera-

ración para trabajos de igual valor. Para ello el RD 902/2020 define los criterios para el logro de la correcta valoración de puestos de trabajo: adecuación, totalidad y objetividad.

- La **adecuación** implica que los factores relevantes en la valoración deben ser aquellos relacionados con la actividad y que efectivamente concurren en la misma, incluyendo la formación necesaria;
- La **totalidad** implica que, para constatar si concurre igual valor, deben tenerse en cuenta todas las condiciones que singularizan el puesto del trabajo, sin que ninguna se invisibilice o se infravalore.
- La **objetividad** implica que deben existir mecanismos claros que identifiquen los factores que se han tenido en cuenta en la fijación de una determinada retribución y que no dependan de factores o valoraciones sociales que reflejen estereotipos de género.

También se refiere el RD 902/2020 a la valoración de puestos de trabajo en los convenios colectivos (art. 9), determinando que las mesas negociadoras de los convenios colectivos deberán asegurarse de que los factores y condiciones concurrentes en cada uno de los grupos y niveles profesionales también respetan los criterios de adecuación, totalidad y objetividad, y el principio de igual retribución para puestos de igual valor.

Otros instrumentos: la subida del salario mínimo interprofesional y la aprobación de una normativa sobre teletrabajo, ¿inciden en la igualdad retributiva?

No puedo finalizar sin referirme, brevemente, a otros instrumentos que también pueden afectar a la brecha salarial -positiva o negativamente- y que, en España, han sido objeto de atención en los últimos dos años.

En 2019 el salario mínimo interprofesional (SMI) subió un 22,3%, pasando de 735,5€ a 900€ al mes (12.600€ anuales). Esta subida salarial ha contribuido a reducir el riesgo de pobreza laboral y la desigualdad de ingresos de los hogares. Ahora bien, al tener repercusiones sobre los salarios más bajos, beneficia especialmente a los colectivos que perciben salarios equivalentes al SMI, entre los que se encuentran las mujeres afectadas por la segregación ocupacional horizontal y la infravaloración de su trabajo. El incremento del SMI repercute sobre las condiciones de trabajo y la remuneración de trabajadores y trabajadoras, pero afectará especialmente a estas por tratarse de un colectivo peor remunerado.

Por último, el 22 de septiembre de 2020 el Gobierno dictó el RD Ley 28/2020, de trabajo a distancia, posteriormente tramitada como Ley 10/2021, de 9 de julio. El art. 4 de esta Ley garantiza de forma extensa a las personas que desarrollan trabajo a distancia los mismos derechos que hubieran ostentado si prestasen servicios en el centro de trabajo

de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial; que no podrán sufrir perjuicio en ninguna de sus condiciones laborales, incluyendo la retribución y otras condiciones de trabajo; garantiza que tendrán derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional, nivel, puesto y funciones, así como los complementos establecidos para las personas trabajadoras que solo prestan servicios de forma presencial; así como que las empresas estarán obligadas a evitar cualquier discriminación, directa o indirecta, a tomar en consideración las personas trabajadoras a distancia en la configuración de medidas frente al acoso sexual, por razón de sexo por causa discriminatoria y laboral, y en la elaboración de medidas para la protección de las víctimas de violencia de género; y finalmente garantiza los derechos en materia de conciliación y corresponsabilidad.

Tan largo precepto garantista de la aplicación de la igualdad a las personas que trabajan a distancia tiene especial repercusión para las mujeres. No puede perderse de vista que el trabajo a distancia puede repercutir negativamente en las mujeres al facilitar que estas perpetúen los roles de cuidado. Son las mujeres las que con mayor frecuencia acuden a las fórmulas de trabajo flexible, a las reducciones de jornada y ahora recurrirán “voluntariamente” al trabajo a distancia. Una vuelta al hogar que puede invisibilizar nuevamente el reparto desequilibrado de los deberes de cuidado y perpetuar la desigualdad. Consciente de ello la Exposición de Motivos de la norma se refiere a la necesidad de “evitar la perpetuación de roles de género” y de fomentar “la corresponsabilidad entre mujeres y hombres”.

BIBLIOGRAFIA CITADA

Ballester Pastor, M^a.A. (2019). El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol. *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 4(2), p.14-38

Fernández Prats, C. y García Testal, E. (2019). Brecha salarial y derechos de conciliación: las dificultades para lograr la igualdad. *Revista de Direito do Trabalho*, 45(205), p.259-277.

Fernández Prats, C., García Testal, E. y López Balaguer, M. (2019). Los derechos de conciliación en la empresa. Valencia: Tirant lo Blanch.

López Balaguer, M. y Rodríguez Rodríguez, E. (2019). La discriminación retributiva por razón de sexo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social.CEF*, 431

Nieto Rojas, P. y Aragón Gómez, C. (2021). *Planes de igualdad en las empresas. Procedimiento de elaboración e implantación*, Madrid: Dykinson.

Rodríguez Escanciano, S. (2018). La discriminación retributiva por causa del sexo y del género: factores desencadenantes y pautas de solución. *Documentación Laboral*, 113.

Simó-Noguera, Hernández-Monleón, Carbonell-Asins y Méndez-Martínez (2016). La brecha salarial. Propuesta de medidas y análisis de la discriminación indirecta con la encuesta de estructura salarial. En: Díaz-Martínez y Simó-Noguera (coords.). *Brecha salarial y brecha de cuidados*. Valencia: Tirant lo Blanch.

AS DISFUNÇÕES DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA NA ATUALIDADE

Gilberto Stürmer¹

Bóris Chechi de Assis²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a negociação coletiva de trabalho como um direito fundamental e as suas possíveis disfunções face ao ordenamento jurídico brasileiro. Este estudo parte da análise conceitual dos conflitos coletivos de trabalho, seguida pelo estudo da negociação coletiva de trabalho como direito fundamental, com fundamento na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nas convenções da Organização Internacional do Trabalho ratificadas pelo Brasil sobre a matéria e na legislação nacional sobre o tema, ou seja, na reforma trabalhista, a Lei nº 13.467 de 2017. Avaliar-se-á, assim, de que maneira os artigos 611-A e 611-B da CLT alteram o panorama das negociações coletivas no ordenamento jurídico brasileiro.

ABSTRACT: This article aims to analyze collective bargaining as a fundamental right and its possible dysfunctions in relation to the Brazilian legal system. This study is based on the conceptual analysis of collective labor conflicts, followed by the study of collective bargaining as a fundamental right, based on the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, in the conventions of the International Labor Organization ratified by Brazil on the subject and national legislation on the subject, i.e. in labor reform, Law No. 13,467 of 2017. Thus,

¹ Advogado e Parecerista. Titular da Cadeira nº 100 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Titular da Cadeira nº 4 e Fundador da Academia Sul-Rio-grandense de Direito do Trabalho. Presidente da Academia Sul-Rio-grandense de Direito do Trabalho (2018/2020). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1989). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2000). Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade Federal de Santa Catarina (2005). Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Sevilla (Espanha - 2014). Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação - Especialização em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Coordenador do Núcleo de Direito Público e Social da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor Titular de Direito do Trabalho nos cursos de graduação e pós-graduação (especialização, mestrado e doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Endereço eletrônico: gsturmer@sturmer.com.br.

² Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito e Ciência Jurídica e Pós-graduado em Ciências Jurídico-Laborais pela Universidade de Lisboa. Advogado trabalhista. Endereço eletrônico: borisassis@gmail.com.

articles 611-A and 611-B of the CLT will change the panorama of collective bargaining in the Brazilian legal system.

PALAVRAS-CHAVE: Conflitos coletivos de trabalho. Negociação coletiva de trabalho. Direitos sociais. Direitos fundamentais. Reforma trabalhista.

KEYWORDS: Collective work conflicts. Collective bargaining of work. Social rights. Fundamental rights. Labor reform.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Conflitos coletivos de trabalho. 2. Negociação coletiva de trabalho como direito fundamental. 3. Tratados internacionais sobre negociação coletiva e o modelo de relações sindicais no Brasil. 4. A reforma trabalhista. Considerações finais. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. Collective labor conflicts. 2. Collective bargaining of work as a fundamental right. 3. International treaties on collective bargaining and the model of union relations in Brazil. 4. Labor reform. Final considerations. References.

Introdução

Não é recente a discussão a respeito dos meios de autocomposição típicos do Direito do Trabalho no ordenamento jurídico brasileiro. A negociação coletiva de trabalho, incentivada no âmbito do direito interno e também no âmbito do direito internacional, embora encontre resistências acadêmicas e jurisprudenciais, parece ser o caminho a ser buscado nas relações laborais no Brasil.

A Constituição da República Federativa do Brasil reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho nos artigos 7º, inciso XXVI e 8º, inciso VI, ou seja, incluindo-as no âmbito dos direitos fundamentais.

Conquanto seja o Brasil, na matéria, signatário da Organização Internacional do Trabalho [OIT] desde a sua criação em 1919, tendo ratificado as Convenções nº 98 e nº 154, não internalizou a Convenção nº 87 e o seu ideal de liberdade sindical.

Assim, com base nos fundamentos jurídicos acima expostos, a ideia do texto é examinar a Lei nº 13.467/2017, denominada de Reforma Trabalhista, no contexto do conflito e negociação coletiva do trabalho, enfrentando-se os preceitos constitucionais existentes e as normas internacionais.

A fim de delimitar o tema, importante referir que a análise diz respeito aos artigos 611-A e 611-B, incluídos na Consolidação das Leis do Trabalho. A redação do artigo 611-A estabelece que a convenção coletiva e o acordo coletivo terão prevalência sobre a lei quando dispuserem sobre determinadas matérias da relação substancial entre

empregado e empregador. Em seu turno, o artigo 611-B trata do inverso, ou seja, arrola as matérias (direitos) impassíveis de redução ou supressão por meio de negociação coletiva por fazerem parte do rol de direitos fundamentais sociais trabalhistas e por serem considerados cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988.

Analisar-se-ão, portanto, os conflitos coletivos de trabalho, as formas de negociação coletiva, as disposições internacionais a respeito do tema, os modelos de relações sindicais possíveis e, finalmente, de que forma o panorama jurídico brasileiro foi alterado, na matéria, pela Lei nº 13.467.

1. Conflitos coletivos de trabalho

Para Javillier (1988), “os conflitos coletivos de trabalho e as negociações coletivas são inseparáveis” (p. 213). Em pensamento ao qual se alinha, a negociação coletiva é o meio pelo qual empregadores e empregados, esses representados por sindicatos, estabelecem normas sobre as relações individuais de trabalho, sendo o único meio apto a concretizar a consideração dos interesses efetivos dos trabalhadores empregados nos seus contratos de trabalho.

Olea (1994, p. 206) entende a negociação coletiva como composição de uma situação de conflito, pois, segundo o autor, é através dela que se ajustam interesses tidos como antagônicos. O acordo, que surge de forma autônoma entre organizações de trabalhadores e empresas, pode ser facilmente alcançado pelos entes coletivos ou ser precedido de demonstrações de força, como a greve e o locaute.

Para Martinez (2016), a negociação coletiva é “um procedimento por meio do qual dois ou mais sujeitos de interesses em conflito ou seus representantes, mediante uma série de contemporizações, cedem naquilo que lhes seja possível ou conveniente para o alcance dos resultados pretendidos” (p. 882). Ou seja, a ideia de conflito coletivo de trabalho confunde-se com a negociação coletiva de trabalho. Na prática, a segunda é consequência da primeira.

Os conflitos de trabalho têm um divisor de águas. É da natureza humana que, aqueles que dão a sua força de trabalho para outrem, busquem sempre melhores condições de trabalho e de salário, utilizando sua união como meio de força negocial. Por outro lado, os que dispõem da atividade econômica visam ao lucro. Não há, em um caso e em outro, juízo de valor. Trata-se apenas de realidade oriunda da própria natureza humana. Na medida em que o trabalhador subordinado busque melhores condições de trabalho e o empregador, titular do empreendimento, procure lucro, há um natural conflito de trabalho de ordem sociológica. Tal conflito é solucionado pelo contrato.

Esta é a linha divisória, já que os conflitos posteriores ao contrato têm natureza jurídica, ou seja, em regra se discutem cláusulas desrespeitadas ou cuja interpretação é divergente.

Arouca (2016, p. 197), *v.g.*, vincula a noção de negociação coletiva mais à defesa de interesses do que à solução de conflitos. O autor reputa a negociação coletiva de trabalho como meio de defesa direta de interesses coletivos pela organização sindical de empregados ou empregadores, frisando que esta ocorre quando os entes sindicais se valem apenas da sua própria ação. Nesse sentido, conclusão favorável redundaria na convenção coletiva de trabalho.

Inserem-se, nesse contexto, os conflitos de natureza econômica, já que, estabelecidos os parâmetros iniciais e mínimos, a tendência é buscar sempre o melhor benefício possível dentro do âmbito negocial. No entendimento de Martins (2004), “os conflitos coletivos do trabalho podem ser econômicos ou de interesse e jurídicos ou de direito” (p. 709).

Os conflitos econômicos são aqueles nos quais os trabalhadores reivindicam novas condições de trabalho ou melhores salários. Já nos conflitos jurídicos, tem-se por objeto apenas a declaração da existência ou inexistência de relação jurídica controvertida, como ocorre em dissídio coletivo no qual se declara a legalidade ou a ilegalidade da greve.

Conforme Brito Filho (2015), a negociação coletiva é “o processo de entendimento entre empregados e empregadores visando à harmonização de interesses antagônicos com a finalidade de estabelecer normas e condições de trabalho” (p. 152).

O conflito laboral não apenas tem natureza sociológica – é, de igual forma, “fato jurídico, estruturado em conjunto com instrumentos criados pela cultura jurídica dos povos, incluído nos sistemas de organização normativa da sociedade, indispensáveis para o equilíbrio da vida na sociedade e nas relações entre as pessoas e os grupos” (NASCIMENTO, p. 253).

Assim, sendo o conflito de trabalho (e, especialmente, o conflito coletivo de trabalho) um fato social e jurídico, é certa a existência de determinada insatisfação das partes, mas, de igual maneira, também é certo seu objetivo fundamental de busca da paz e justiça social, o que ocorre por meio dos instrumentos de solução previstos no ordenamento jurídico.

2. Negociação coletiva de trabalho como direito fundamental

Como visto no item anterior, a ideia de conflito coletivo de trabalho acaba por se confundir com negociação coletiva de trabalho. O conflito originário, sociológico, resolve-se inevitavelmente na via negocial.

As formas de solução ou de composição dos conflitos coletivos de trabalho são basicamente três, com suas subdivisões. Martins (2004, p. 710) especifica a autodefesa, a autocomposição e a heterocomposição.

A autocomposição é a forma de solução dos conflitos trabalhistas realizada pelas próprias partes (Martins, 2004, p. 710). As fontes formais de Direito do Trabalho privilegiam a autocomposição – como no caso dos artigos 7º, XXVI, 8º, III e VI, e 114, § 2º da Constituição Federal (1988) e dos artigos 611 e ss. da CLT (1943). E, por lógica, a negociação coletiva é meio autocompositivo de solução dos conflitos coletivos de trabalho, cujo resultado pode ser a convenção coletiva de trabalho ou o acordo coletivo de trabalho, previstos, respectivamente, no *caput* e § 1º do art. 611 da CLT (1943).

A heterocomposição dos conflitos coletivos de trabalho surge ante o insucesso da negociação e pressupõe a participação de uma fonte *suprapartes*, com a prerrogativa de imposição da solução do conflito, à qual as partes deverão se submeter. São formas tradicionais de heterocomposição a arbitragem e a jurisdição. Cabe, nesse aspecto, registrar posição contrária à da doutrina majoritária, que entende a mediação como forma heterocompositiva de solução dos conflitos coletivos de trabalho (MARTINS, 2004, p. 710).

Entende-se a mediação como uma forma híbrida entre autocomposição e heterocomposição dos conflitos. Na mediação, há a participação de um terceiro (em regra a autoridade regional do extinto Ministério do Trabalho), mas não há imposição obrigatória da solução apresentada pelo mediador, como ocorre na arbitragem e na jurisdição. Por fim, há a autodefesa como forma em que as próprias partes procedem à tutela dos seus interesses (Martins, 2004, p. 711). É dividida em greve e locaute. Na forma do art. 2º, da Lei nº 7.783 (1989), “greve é a suspensão coletiva, temporária e pacífica total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador”. Por sua vez, locaute se refere à “paralisação das atividades, por iniciativa do empregador, com o objetivo de frustrar negociação ou dificultar o atendimento de reivindicações dos respectivos empregados”, conforme art. 17 da Lei nº 7.786 (1989).

As formas de solução dos conflitos coletivos de trabalho são levadas a efeito por meios legais que buscam o assim denominado *fim normativo*³. Na autocomposição, evidentemente, o meio apropriado para tanto é a negociação coletiva. A negociação coletiva é característica do *plurinormativismo* do Direito, já que o seu resultado (convenção coletiva de trabalho) tem força de lei entre as partes (NASCIMENTO, 2000, p. 267).

³ As normas coletivas (acordos coletivos de trabalho, convenções coletivas de trabalho, sentenças normativas e laudos arbitrais são leis entre as partes).

A Constituição da República de 1988, sétima brasileira, sexta republicana e quinta a arrolar direitos sociais trabalhistas, foi a primeira da história constitucional brasileira a inseri-los no âmbito dos direitos e garantias fundamentais (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

O Título II trata dos direitos e garantias fundamentais. Nesse título, o Capítulo II aborda os direitos sociais, encontrando-se os direitos sociais trabalhistas no artigo 7º (Stürmer, 2014, p. 27). São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, entre outros, o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, ou seja, o reconhecimento da negociação coletiva de trabalho (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

Segundo Mendes e Branco (2011), a Constituição brasileira de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos fundamentais, pois “a ideia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância” (p. 671).

Especificamente sobre os direitos fundamentais sociais trabalhistas, já reconhecidos, como visto acima, como cláusulas pétreas, nota-se que “a Constituição procurou estabelecer limites ao poder de conformação do legislador e dos próprios contratantes na conformação do contrato de trabalho. Nesse sentido, as garantias arroladas no artigo 7º” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 683).

No que concerne à negociação coletiva de trabalho, considera-se, no caso do reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, que o constituinte explicitou dever geral de proteção por parte do legislador. A norma constitucional contém diretrizes dirigidas primariamente ao legislador, ou a este e à Administração, com o primordial objetivo de garantir a proteção necessária ao trabalhador, criando-se disciplina normativa apta ao reconhecimento e aplicação das convenções e acordos coletivos. Concorde-se que “não se pode falar em um direito subjetivo em face do empregador, mas, mais precisamente, de deveres de proteção que devem ser satisfeitos e implementados pelo legislador e pela administração” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 684).

Tal circunstância denota a faculdade de ajustes negociais de acordo com a necessidade social do momento. É possível, portanto, alterar determinadas condições regulatórias das relações de trabalho e de emprego, preservando-se o caráter de cláusulas pétreas dos direitos arrolados no artigo 7º da Constituição (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

Os direitos fundamentais, dentre os quais encontram-se os direitos sociais trabalhistas, têm papel essencial na efetiva concretização da dignidade da pessoa humana,

com protagonismo inequívoco da organização sindical e da negociação coletiva de trabalho nas relações laborais, conforme frisa Sarlet (2001, p. 92). Sobre negociação coletiva, já na primeira metade do século XX, Carnelutti abordava a sua construção e origem, sustentando que a norma coletiva nada mais é do que *fato* ao qual o ordenamento jurídico atribui *determinada eficácia jurídica* – ou seja, é fonte de direito *em sentido figurado*, pois, como analogicamente afirma o autor italiano, de forma grosseira assevera-se que “a luz surge da lâmpada e a sombra do corpo opaco” (Carnelutti, 1936, p. 136).

Por outro lado, verifica-se que, a par do fato de ser a negociação coletiva de trabalho um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, a sua estrutura é moldada no Brasil e em outros ordenamentos jurídicos de acordo com os respectivos contextos social, econômico e contemporâneo da realidade de cada Estado. Isto, por si só, evidencia a necessidade de adaptação do direito à realidade social.

Importa salientar o fato de que, nas relações coletivas de trabalho previstas no sistema constitucional brasileiro, a representação da categoria profissional (empregados) ocorre, obrigatoriamente, pela entidade sindical respectiva, conforme art. 8º, VI, da Constituição (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988). Essa peculiar característica representativa moldou as estruturas básicas do direito laboral em sua gênese, pois, por meio da força coletiva, atenua-se a hipossuficiência negocial dos empregados.

Neste sentido tem decidido o Supremo Tribunal Federal acerca da negociação coletiva de trabalho e da autonomia privada coletiva do sindicato de classe. Em 2015, no conhecido caso dos Planos de Dispensa Voluntária (PDVs), o STF, no Recurso Extraordinário nº 590.415 (2015), com repercussão geral, publicado em 29 de maio de 2015 (Rel. Min. Roberto Barroso), destacou o seu significado no sentido de reduzir o impacto social de dispensas, dando validade da quitação plena passada por empregada ao PDV.

Em igual lógica, no Recurso Extraordinário nº 895.759 (2016), de relatoria do Min. Teori Zavascki, asseverou-se que “os acordos coletivos entre sindicato e empresa em matéria de salário e jornada de trabalho podem se sobrepor à CLT, desde que o negociado não ultrapasse os limites da razoabilidade” (*Recurso Extraordinário nº 895.759*, 2016, p. 11).

Como medida de valorização da negociação coletiva de trabalho, destaca-se, ainda, na *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (ADPF) nº 323 (2016), a concessão de Medida Cautelar pelo STF (Min. Gilmar Mendes) para suspender os efeitos de decisões da Justiça do Trabalho sobre a ultratividade das normas coletivas (17/10/16), cujo julgamento definitivo se aproxima.

A fim de contextualizar o tema, em 2012, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) havia mudado entendimento sobre a matéria, alterando a redação da Súmula 277, dando ultratividade à norma coletiva (Súmula nº 277, 2012), cuja aplicação está suspensa em razão da medida cautelar deferida pelo Min. Gilmar Mendes na ADPF nº 323 (2016). Sobre a matéria, posteriormente à medida cautelar, a reforma trabalhista inseriu no texto celetista expressa vedação da ultratividade das normas coletivas, conforme art. 614, § 3º (Decreto-Lei nº 5.452, 1943).

Com a dimensão da importância da negociação coletiva de trabalho – direito fundamental – e com a abertura das suas possibilidades à adequação social e, ao mesmo tempo, com os limites constitucionais bem definidos sobre direitos que não podem ser reduzidos ou eliminados, examinam-se, a seguir, as normas internacionais sobre a matéria.

3. Tratados internacionais sobre negociação coletiva e o modelo de relações sindicais no Brasil

Em relação à negociação coletiva, recebem destaque as Convenções nº 98 (Decreto nº 33.196, 1953) e nº 154 (Decreto nº 1.256, 1994) da OIT, ratificadas pelo Brasil respectivamente em 1953 e 1994, e unificadas em 2019 pelo Decreto nº 10.088 (2019). Já a Convenção nº 87 da OIT, de 1948, que trata da liberdade sindical de forma mais ampla, não foi até hoje internalizada pelo Brasil (Organização Internacional do Trabalho, 1948).

A Convenção nº 98 tem como título *O Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva* e destaca que os trabalhadores empregados devem gozar de proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego (Decreto nº 33.196, 1953).

Por outro lado, segundo a Convenção nº 154, a negociação coletiva compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte o empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, visando: fixar as condições de trabalho e de emprego; regular as relações entre empregadores e trabalhadores; regular as relações entre empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez (Decreto nº 1.256, 1994). É, pois, uma forma de ajuste de interesses entre as partes, que expõe as divergências existentes em busca de solução capaz de compor suas posições (MARTINS, 2002, p. 727).

No Brasil, seguindo orientação da Convenção nº 154 da OIT, o procedimento da negociação coletiva seguiria passos extremamente delineados de: (1) comuni-

cação entre sindicatos e empresas diretamente, sem interferência estatal; (2) atuação do (extinto e recentemente recriado) Ministério do Trabalho como mediador no caso de recusa à negociação; (3) na hipótese de possível greve, convocação de mesa redonda pela Superintendência Regional do Trabalho e Emprego; (4) inexistindo autocomposição, autorização da greve por lei; e (5) na impossibilidade definitiva de autocomposição, busca-se solução jurídica por meio da heterocomposição – intervenção dos Tribunais do Trabalho (STÜRMER, 2007, p. 67)⁴.

Ajuizado o dissídio coletivo, a ação será julgada pelos Tribunais Regionais do Trabalho (e Tribunal Superior do Trabalho) que, por meio de uma *sentença normativa*, decidirão o conflito, respeitadas, na decisão, as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. O poder judiciário, nesse âmbito, atua como poder legislativo, pois fixa normas a serem observadas pelas partes conflituadas (STÜRMER, 2007, p. 67).

Consoante previsão constitucional, a negociação coletiva é um requisito para a arbitragem e para a jurisdição, nos termos do art. 114, § 2º, da Constituição (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988). Ademais, a própria CLT, no art. 856 e ss., condiciona a instauração da instância à comprovação cabal e inequívoca da tentativa de negociação prévia (Decreto-Lei nº 5.452, 1943).

A negociação coletiva distingue-se da convenção e do acordo coletivo de trabalho, já que se trata de procedimento que visa superar divergência entre as partes, sendo o seu resultado a convenção ou o acordo coletivo de trabalho (MARTINS, 2004, p. 727).

A Constituição da República, como já referido, além de reconhecer as convenções e os acordos coletivos de trabalho, estabelece que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”, e que “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho” (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988). Assim, como resultado das negociações coletivas de trabalho (formas autocompositivas de solução dos conflitos coletivos de trabalho), o ordenamento jurídico abriga as convenções e os acordos coletivos de trabalho.

Segundo o artigo 611, da CLT, “convenção coletiva de trabalho é o acordo de caráter normativo pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho” (Decreto-Lei nº 5.452, 1943).

⁴ STÜRMER, Gilberto. **A liberdade sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Com efeito, pelo menos dois sindicatos – de um lado, o dos trabalhadores e de outro, o dos empregadores – colocam um fim no conflito através de um acordo (negociação) que estabelece regras aplicáveis às relações individuais de trabalho da respectiva categoria no âmbito de sua representação, obedecida a regra da unicidade sindical (STÜRMER, 2007, p. 68).

O caráter é normativo porque a convenção coletiva é lei entre as partes. Por se tratar de um contrato, há também o caráter obrigacional das cláusulas e condições que estipulam regras entre os sindicatos convenientes. O parágrafo primeiro do artigo 611 da CLT dispõe que o sindicato dos trabalhadores poderá, em menor escala, negociar com uma ou mais empresas, a fim de estipular regras aplicáveis às relações de trabalho naquelas empresas (Decreto-Lei nº 5.452, 1943).

Apesar de posições em contrário, entende-se que o dispositivo foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, já que o seu artigo 7º, inciso XXVI, reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho. Assim, quando o artigo 8º, inciso VI, determina ser obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho, é certo estar se referindo ao sindicato dos trabalhadores (categoria profissional) (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

O artigo 616, da CLT, determina que “os sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva”, que visa à convenção ou ao acordo coletivo de trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, 1943).

Registre-se, ainda, que nos termos do artigo 620, da CLT (Decreto-Lei nº 5.452, 1943), as condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo. Isto porque, sendo especial, em regra o acordo prevalece sobre a convenção. Todavia, em face do princípio protetor, no Direito do Trabalho vige a regra da norma mais favorável ao trabalhador, o que explica a previsão do artigo 620 da CLT (RODRIGUEZ, 1996, p. 53).

O sistema sindical brasileiro se desenvolveu sob os mantos do corporativismo e do intervencionismo estatal. Embora signatário da OIT desde a sua criação em 1919, o Brasil não recepcionou a principal Convenção da entidade, a de nº 87, publicada em 1948 e cujo conteúdo trata da liberdade sindical. Foi somente com a promulgação da atual Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, que alguma luz à implementação da liberdade sindical surgiu no horizonte (STÜRMER, 2007, p. 67 e ss.).

Ainda percebe-se, todavia, alinhamento do ordenamento jurídico brasileiro ao que se denomina de *sistema corporativista* de relações sindicais, em contraposição ao *sistema contratualista* (v.g. o existente nos países da *Common Law*).

O primeiro sistema tem como principal objetivo a garantia estatal aos interesses de grupos sindicais e o aumento de seu poder negocial (LOTHIAN, 1986). Como principais características do modelo *contratualista*, apontam-se: (1) a filiação voluntária, livre e opcional do empregado à associação profissional de sua escolha, com critérios legais para garantir livremente a formação e organização de sindicatos; (2) a pluralidade sindical, sem qualquer determinação estatal de associação específica para determinados trabalhadores ou qualquer forma de classificação sindical; (3) a auto-regulamentação privada das relações de trabalho e suas características, ao menos em sua grande parte (posto que nem todos os direitos, mesmo nesse sistema, são renunciáveis ou negociáveis – como o salário mínimo); (4) liberdade de (e ausência de regulamentação sobre) negociação coletiva entre sindicatos e empregadores; (5) distanciamento estatal das negociações coletivas, que tem caráter privado durante todo o processo; (6) ausência de participação dos sindicatos ao sistema de bem-estar social do estado – as associações não participam “nem do planejamento do sistema previdenciário, nem da distribuição de bens e serviços sociais patrocinados ou subsidiados pelo Estado” (GACEK; GOMES, 2015, p. 22).

O sistema *corporativista* de relações sindicais, em sentido oposto, cria sobreposição das regulamentações estatais aos interesses privados e às relações individuais. As características do corporativismo sindical são: (1) sindicalização obrigatória; (2) sindicalização única, ou seja, unicidade sindical, com a estrutura sindical bem definida e organizada legalmente; (3) atenuação da negociação coletiva por meio da restrição do âmbito de condições trabalhistas contratáveis pelos sindicatos e empregadores; (4) forte esquema regulatório ao direito de greve, pois a unicidade pode criar forma mais abrangente e perigosa de paralisação de atividades empresariais; (5) direta intervenção estatal no sistema de conflitos trabalhistas, como, por exemplo, a instituição de justiça autônoma e competente para tanto; (6) intervenção sindical no sistema de seguridade social do Estado (LOTHIAN, 1986).

Nota-se, por óbvio, a adoção do sistema corporativista de relações sindicais e de trabalho pelo Brasil. As recentes mudanças (a exemplo das promovidas pela Lei nº 13.467/17), como a retirada da compulsoriedade da contribuição sindical e a ampliação do âmbito da negociação coletiva, denotam a tentativa de transposição a uma espécie de *contratualismo* tipicamente norte-americano. Os nítidos óbices à mudança sistemática são, sem dúvida: (1) a existência da unicidade sindical, conforme art. 8º, II, da Constituição Federal; (2) o enquadramento sindical por categoria; (3) e a repressão ao direito de greve (conforme regulação pela Lei nº 7.783 de 1989).

Estes são alguns exemplos dos empecilhos à implementação de efetiva liberdade sindical no Brasil. Entende-se que a Emenda Constitucional nº 45/2004 (BRASIL, 2004) deu uma oportunidade jurídica ímpar para o advento da liberdade sindical no

Brasil. O novo parágrafo 3º do artigo 5º dispõe que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (STÜRMER, 2007, p. 64).

A Convenção 87 da OIT que trata de liberdade sindical é, de fato, um tratado sobre direitos humanos. Havendo vontade política para superar a questão formal, o *status* de emenda constitucional abriria as portas para o pluralismo sindical, o fim do enquadramento e do poder normativo. Não há liberdade sindical, em sua concepção mais apurada, se existir unicidade sindical, enquadramento sindical vinculativo e poder normativo dos órgãos do Judiciário (STÜRMER, 2007, p. 64-67).

Não há dúvida, portanto, que a constante busca pela efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição da República de 1988, mais especificamente nos seus artigos 7º e 8º, perpassa no Brasil, necessária e obrigatoriamente pela implantação da liberdade sindical.

4. A reforma trabalhista

Há muito se discute no Brasil, tanto reforma sindical, quanto reforma trabalhista. Entende-se, pelo que foi exposto nos itens anteriores, que a reforma sindical e a implantação da liberdade sindical deveriam ter preferência. Contudo, não é o que ocorre.

A reforma sindical ficou em segundo plano e, especialmente a partir da promulgação da reforma trabalhista, as possíveis alterações no sistema de relações sindicais brasileiro foram esquecidas. Embora a Lei nº 13.467 tenha tratado da extinção da contribuição sindical compulsória, apenas uma singela alteração em uma rede complexa de relações entre entes coletivos, trabalhadores e empresas, é insuficiente para alterar o panorama do Direito do Trabalho e Sindical brasileiro.

A reforma trabalhista alterou diversos aspectos atinentes às relações de trabalho e de emprego. A norma alegadamente propôs uma revolução no mundo do trabalho decorrente da dinamicidade das relações sociais e trabalhistas neste já avançado início de século XXI. Todavia, parece novamente uma legislação atrasada e descompassada à atual realidade fática. Sabe-se que o direito corre atrás do fato social, mas se sabe, também, que a realidade se vinga do direito quando este não se adequa àquela.

Já ocorreram grandes reformas trabalhistas em outros países, como, *v.g.*, a Espanha, Alemanha, França e Portugal. Não se está, aqui, comparando os sistemas e países. O desemprego no Brasil historicamente é baixo e dependente da economia. Por outro lado, há enormes custos de transação, além de *eternas* incertezas. As relações entre empregados e empregadores são radicais e com espaço restrito para negociação.

Por tal razão, o espaço para negociação coletiva poderia e deveria ser ampliado no ordenamento jurídico-laboral brasileiro. Discorda-se da vulgar expressão *negociado versus legislado*, muito utilizada na mídia. Não é disso que tratam as alterações realizadas a partir dos artigos 611 e ss. da CLT (Decreto-Lei nº 5.452, 1943). A Constituição da República (1988), no seu núcleo fundamental, permanece incólume. A própria legislação infraconstitucional é o estatuto jurídico das categorias que não negociarem.

Todavia, a extinção da contribuição sindical compulsória, associada ao aumento de matérias possivelmente negociadas pelos sindicatos e à manutenção de unicidade sindical no ordenamento jurídico brasileiro, cria verdadeira contradição. Atribui-se maior responsabilidade aos entes coletivos, retirando-lhes, todavia, a receita básica dessa formatação de sistema corporativista. Por tal razão, evidentemente, apenas a implementação da liberdade sindical no Brasil pode assegurar às partes da relação jurídica de trabalho verdadeiro e legítimo poder normativo (ASSIS; LAZZARIN, 2020).

A possibilidade de que o acordo e a convenção coletiva de trabalho tenham força de lei, para as categorias que assim preferirem, poderá gerar ganhos a ambas as partes. As questões específicas de cada categoria farão parte de seu particular contexto social. Não se pode pensar, *e.g.*, em redução do intervalo para trinta minutos em situações em que não houver condições de alimentação e descanso no período. Já nos casos em que é possível, pode ser vantajoso ao trabalhador empregado (e de sua própria vontade) retornar à sua residência trinta minutos antes do que voltaria caso o intervalo não fosse reduzido.

Neste sentido, a reforma pretendeu, em verdade, diminuir o número de ações trabalhistas que ingressavam no Judiciário, o que, conforme dados mais atualizados, conseguiu – mesmo que, talvez, por outras razões (como a implementação dos honorários sucumbenciais no processo laboral). O predomínio do acordo coletivo sobre a convenção coletiva também flexibiliza a possibilidade de que a empresa e os seus empregados estabeleçam condições diferentes daquelas gerais do setor, o que certamente é positivo.

Outros temas, como conciliação extrajudicial, negociação de quota de aprendizes e empregados com deficiência, tendem a apresentar resultados satisfatórios para a resolução de conflitos laborais. Reitera-se: a reforma não altera o conteúdo de cláusulas pétreas da Constituição da República, tampouco revoga a Consolidação das Leis do Trabalho.

A regulação coletiva de novas sistemáticas laborais, como teletrabalho, trabalho a tempo parcial e trabalho intermitente, gera benefícios aos que assim prestam seus serviços. São formatações laborais que, na prática, já existiam. A alteração inclui no campo legal, portanto, trabalhadores que anteriormente se encontravam na informalidade.

O art. 611-A estabeleceu que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho terão prevalência sobre a lei quando dispuserem a respeito das seguintes matérias, além de outras possíveis (tendo em vista a inserção da expressão *dentre outras* no dispositivo, explicitamente aduzindo ser o rol legal meramente exemplificativo): jornada de trabalho, respeitados os limites constitucionais; banco de horas individual; intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; adesão ao programa seguro-desemprego; plano de cargos, salários e funções, inclusive a de confiança; regulamento empresarial; representantes dos trabalhadores nos locais de trabalho, como já referido; modalidade do registro de jornada; troca do dia de feriado; identificação dos cargos que demandam a fixação de quotas de aprendiz, também já mencionado; enquadramento do grau de insalubridade; prorrogação de jornada em ambientes insalubres sem necessidade de licença prévia; prêmios de incentivo em bens ou serviços; participação em lucros e resultados da empresa.

Veja-se que o artigo 611-A na CLT não representa a ideia midiática de *negociado sobre legislado*. Como já referido, a Constituição é intocada e a legislação infraconstitucional integralmente mantida. Os direitos existentes na lei, que não podem ser suprimidos, ganham acentuados e novos contornos. Eventual matéria negociada coletivamente que não agradar pode retornar ao *status quo ante* na negociação seguinte. A ideia geral é a preservação da negociação entre as categorias profissional e econômica, evitando esdrúxulas interpretações que anulem tudo aquilo que os sujeitos da negociação, albergados pela lei e por sua autonomia da vontade, livremente pacturaram. Evidentemente, algumas situações parecem impassíveis de negociação entre particulares, embora presentes no texto reformista, como o enquadramento do grau de insalubridade do trabalho. Mais do que questão negocial, trata-se de tema evidentemente técnico e científico.

O que deixa mais clara a preservação de direitos trabalhistas nucleares e, portanto, sem a possibilidade de serem objeto de negociação coletiva, é a redação do artigo 611-B. O dispositivo repete os direitos arrolados no artigo 7º da Constituição da República, preservando-os e garantido a integridade dos trabalhadores e da relação jurídica de emprego – ou seja, declara explicitamente a indisponibilidade negocial de tais direitos pelos trabalhadores.

Considerações finais

No ordenamento jurídico brasileiro atual, a negociação coletiva de trabalho está no rol dos direitos fundamentais sociais trabalhistas. Assim, a negociação coletiva de trabalho é um direito fundamental da classe trabalhadora. Este preceito não altera ou

diminui a existência de direitos impassíveis de negociação coletiva, por se tratarem de cláusulas pétreas. Os conflitos coletivos de trabalho têm, em sua gênese, natureza sociológica antes da natureza jurídica – portanto, é natural privilegiar-se, na matéria, a negociação coletiva como meio de solução dos conflitos e as convenções e acordos coletivos de trabalho como resultado da autocomposição.

No âmbito internacional, o Brasil ratificou as Convenções nº 98 e nº 154 da OIT, privilegiando a negociação coletiva de trabalho como direito. Infelizmente o mesmo não ocorreu com a Convenção nº 87, que consolidaria o caminho para a liberdade sindical no país.

Para melhor aproveitamento da negociação coletiva no sistema brasileiro, deve ser implantada a liberdade sindical plena, recepcionando-se a Convenção 87 da OIT e estabelecendo-se a pluralidade sindical, o enquadramento sindical livre, a abertura ao direito constitucional de greve e a efetiva extinção do poder normativo da Justiça do Trabalho.

A adoção da Convenção nº 87 da OIT, que é um tratado internacional de direitos humanos, deveria ocorrer por meio do instrumento previsto no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda nº 45/2004. Nesse contexto, certamente seria aberto um caminho de implantação efetiva dos direitos sociais precognizados pela Carta. Toda a discussão e embasamento citados não teriam razão senão para enfrentar e discutir o bojo da chamada reforma trabalhista, a Lei nº 13.467 de 2017.

A proposta do presente estudo, em uma ideia de delimitação do tema, foi, a partir das discussões e bases teóricas iniciais – conflito coletivo de trabalho, negociação coletiva de trabalho como direito fundamental e exame das normas internacionais sobre negociação coletiva de trabalho, examinar o contexto das redações dos artigos 611-A e 611-B da CLT no ordenamento jurídico-laboral brasileiro. Como já referido, é incorreta a denominação de *negociado versus legislado* ao novo sistema laboral de negociação coletiva trazida pela reforma. O que há, de fato, é a possibilidade de que a negociação coletiva de trabalho, como direito fundamental dos trabalhadores que é, abra horizontes no contexto das relações de trabalho, a fim de adaptar o Direito do Trabalho ao mundo real.

Ao contrário do que muitos pregam, não se está diante do fim do Direito do Trabalho ou da extinção das leis trabalhistas. O que a reforma pretendeu, verdadeiramente, foi inserir o Direito do Trabalho ao mundo do trabalho contemporâneo, já que o direito sempre corre atrás do fato social. Todavia, no ordenamento jurídico brasileiro, para que haja modelo de relações sindicais que privilegie, de fato, a negociação coletiva, é impositiva alteração sistemática, retirando-se a unicidade sindical e a associação obrigatória do panorama nacional.

Nesse aspecto, recentes experiências em mesmo sentido se mostraram frutíferas. Portugal, após a Revolução de 1974, alterou o panorama de suas relações sindicais e modificou seu antigo sistema de unicidade para um sistema pluralístico. Os receios (existentes atualmente no Brasil e, à época, em Portugal) de eventual pulverização da representatividade dos trabalhadores não se concretizaram. A fim de avançar no tempo, como democracia plural e em defesa dos direitos dos trabalhadores, deixando a companhia de países não democráticos que adotam a unicidade, parece impositiva mudança célere do sistema sindical brasileiro.

Portanto, embora pretenda-se notadamente dar ênfase à negociação coletiva no âmbito do Direito do Trabalho brasileiro, a reforma trabalhista, desacompanhada de reforma sindical, apenas levou o ordenamento jurídico brasileiro à estranha posição entre sistemas corporativista e contratualista. É necessária a alteração imediata do sistema sindical brasileiro, aproximando-se da tão almejada liberdade sindical, para que se torne efetivo e realizável o direito fundamental à negociação coletiva no Brasil.

Referências

AROUCA, José Carlos. **Curso básico de direito sindical**. LTr, 2016.

ASSIS, Bóris Chechi de Assis; LAZZARIN, Helena Kugel. As atuais negociações coletivas e o modelo sindical brasileiro. **Migalhas**, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalha-trabalhista/336956/as-atuais-negociacoes-coletivas-e-o-modelo-sindical-brasileiro>. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 323, de 14 de outubro de 2016**. Relator: Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310538275&ext=.pdf>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 1.256, de 29 de setembro de 1994**. Promulga a Convenção nº 154, da Organização Internacional do Trabalho, sobre o Incentivo à Negociação Coletiva, concluída em Genebra, em 19 de junho de 1981. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1256.htm. Acesso em: 26 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm. Acesso em: 26 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 33.196, de 29 de junho de 1953.** Promulga a Convenção relativa à Aplicação dos Princípios do Direito de Organização e de Negociação Coletiva, adotada em Genebra, a 1º de julho de 1949. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1953/D33196.html. Acesso em: 26 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 26 jul. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.** Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 26 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/13467.htm. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989.** Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. **Recurso Extraordinário nº 590.415, de 30 de abril de 2015.** Relator: Luis Roberto Barroso. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8590961>.

BRASIL. **Recurso Extraordinário nº 895.759, de 09 de dezembro de 2016.** Relator: Teori Zavascki. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12923110>.

BRASIL. **Súmula nº 277, de 14 de setembro de 2012.** Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito Sindical: Análise do modelo brasileiro de relações coletivas de trabalho à luz do Direito Comparado e da Doutrina da OIT – Proposta de inserção da Comissão de Empresa.** 5 ed. São Paulo: LTr, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria del Regolamento Collettivo dei Rapporti di Lavoro.** 7. migliaio. Milan: Padova, 1936.

DE SEGADAS VIANNA, José. **Direito Coletivo do Trabalho.** São Paulo: LTr, 1972.

GACEK, Stanley A.; GOMES, Ana Virgínia Moreira. **Sistemas de relações de trabalho**: exame dos modelos Brasil-Estados Unidos. São Paulo: LTr, 2015.

JAVILLIER, Jean-Claude. **Manual de Direito do Trabalho**. Tradução de Rita Asdine Bozaciyan. São Paulo: LTr, 1988.

LOTHIAN, Tamara. The Political Consequences of Labor Law Regimes: the Contractualist and Corporatist Models Compared. **Cardozo Law Review**, v. 7, n. 4, p. 1002-1073, 1986.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

OLEA, Manuel Alonso. **Introducción al Derecho del Trabajo**. 5. ed. Madrid: Civitas, 1994.

ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. **Convenção nº 87 de 1948**. Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_239608/lang--pt/index.htm. Acesso em: 25 jul. 2021.

RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STÜRMER, Gilberto. **A liberdade sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STÜRMER, Gilberto. **Direito Constitucional do Trabalho no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014.

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LEY APLICABLE EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL COMUNITARIA

INTERNATIONAL JURISDICTION AND APPLICABLE LAW ON EU SOCIAL SECURITY

Profesora Dra. Dña. Ángela Martín-Pozuelo López¹

RESUMEN: el estudio de las cuestiones internacionales en el ámbito de la Seguridad Social es uno de los campos con menor incidencia doctrinal. Sin embargo, su importancia es esencial para los trabajadores, y también para sus empleadores. El objeto del presente trabajo es exponer las bases del peculiar funcionamiento de la determinación de la competencia judicial internacional y la ley aplicable en materia de Seguridad Social en el ámbito comunitario. Asimismo, se pondrá especial atención a una de las cuestiones más problemáticas en la actualidad: cómo distinguir entre la aplicación de la regla general *lex loci laboris* (artículo 11.3.a) del Reglamento 883/2004, la regla especial prevista para el desplazamiento temporal de trabajadores (artículo 12), y la regla para el trabajo habitual en más de un Estado miembro (artículo 13).

ABSTRACT: international social security issues are the less studied matters among authors. However, its relevance is key not only for employees but also for employers. The aim of this study is to show the particular way of how international jurisdiction and applicable law are determined on EU social security matters. Moreover, this study focuses on one of the most problematic issue nowadays: the distinction between the general rule *lex loci laboris* (article 11.3.a Regulation 883/2004), the special rule for posting of workers (article 12), and the rule for activities pursued in more than one member State (article 13).

PALABRAS CLAVE: coordinación, Seguridad Social, Reglamentos comunitarios, ley aplicable, competencia judicial internacional

KEY WORDS: coordination, social security, EU Regulations, applicable law, international jurisdiction

¹ Doctora en Derecho. Personal Investigador Postdoctoral (*Atracció de Talent*) del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia.

ÍNDICE: I. Introducción: la imparable globalización de las relaciones laborales. II. La particular determinación de la competencia judicial internacional en materia de Seguridad Social. III. La compleja determinación de la ley aplicable en los Reglamentos comunitarios de coordinación. 1. *Notas básicas de los Reglamentos de coordinación.* 2. *El sistema de normas de conflicto de los Reglamentos comunitarios.* 3. *La problemática relación entre la lex loci laboris (art. 11.3.a), el desplazamiento de trabajadores (art. 12) y la prestación de servicios en más de un Estado miembro (art. 13).* **A)** La regla especial del artículo 12: el desplazamiento temporal de trabajadores. **B)** La regla del artículo 13: la prestación de servicios en más de un Estado miembro. **C)** El complicado deslinde entre estas reglas. IV. Reflexiones finales. V. Bibliografía.

INDEX: I. Introduction: the unstoppable globalization of employment relationships. II. The particular way to determine the international jurisdiction on social security matters. III. The complex determination of the applicable law in EU Regulations on social security coordination. 1. *Basic aspects of the EU Regulations on social security coordination.* 2. *The conflict rule system in the EU Regulations on social security coordination.* 3. *The problematic relation between the rule lex loci laboris (art. 11.3.a), posting of workers (art. 12) and the rule for activities pursued in more than one member State (art. 13).* **A)** The special rule of article 12: posting of workers. **B)** The rule of article 13: pursuing an activity in more than one member State. **C)** The difficult demarcation between these rules. IV. Final reflections. V. Bibliography.

I. INTRODUCCIÓN: LA IMPARABLE GLOBALIZACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES

Los movimientos migratorios en el empleo o para el empleo han constituido una tendencia creciente desde hace décadas, tendencia que solo se ha visto interrumpida como consecuencia de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19.

Al margen de la coyuntura actual de restricciones a la movilidad de las personas derivada de la pandemia, la movilidad de trabajadores constituye un hecho completamente habitual. Así lo confirma, a escala mundial, la Organización Internacional del Trabajo (en lo sucesivo, "OIT"), y a escala comunitaria, la Comisión Europea. Por lo que se refiere a la primera, en sus últimas estimaciones mundiales sobre los trabajadores y las trabajadoras migrantes², se estimó que, en el año 2019, existían 169 millones de trabajadores migrantes a nivel mundial, entendiendo por tales a las personas migrantes

² OIT, *Estimaciones mundiales de la OIT sobre los trabajadores y las trabajadoras migrantes* (año de referencia 2019), Departamento de Condiciones de Trabajo e Igualdad de la OIT y Departamento de Estadística de la OIT, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protra-v/---migrant/documents/publication/wcms_808941.pdf

en edad de trabajar (15 años o más) que, en el periodo de referencia, formaban parte de la fuerza de trabajo del país de residencia habitual, ya sea en ocupación o desocupación. Esta cifra supone un incremento del 3 % respecto del año 2017. Del total de estos trabajadores migrantes, el 24'2% se concentra en Europa (con exclusión de la parte oriental).

Por lo que se refiere al ámbito de la Unión Europea (en adelante, "UE"), en el último informe anual sobre movilidad laboral intra-UE de la Comisión Europea, para el mismo año de referencia (2019), se contabilizaron 17'9 millones de migrantes de todas las edades en el territorio de la Unión frente a los 17'5 millones del año anterior. Este crecimiento ha supuesto la continuación de la tendencia de los años previos, aunque en una cifra más moderada (el incremento ha descendido del 5 % en 2017, al 3'4 % en 2018 y al 1'2 % en 2019). Del total de migrantes, 13 millones se encontraban en edad de trabajar (entre 20-64 años), de los cuales, 9'9 millones eran trabajadores empleados o en busca activa de empleo (esto es, migrantes activos).

De estos datos puede extraerse una primera conclusión: el crecimiento prácticamente imparable de la movilidad internacional. Esta movilidad, además, tiene importantes consecuencias para los afectados, entre otras áreas, en materia de protección social. Estas consecuencias han sido detectadas tempranamente, tanto por organizaciones internacionales (especialmente, la OIT), como por las instituciones europeas, que han tratado de adoptar instrumentos para paliar los efectos perjudiciales de los movimientos transnacionales para la protección social de los migrantes. Sin embargo, como veremos a continuación, las medidas llevadas a cabo en el ámbito comunitario presentan importantes problemas en su puesta en práctica en el contexto actual.

II. LA PARTICULAR DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

En el marco de las cada vez más globalizadas relaciones laborales, es muy habitual que surjan litigios en materia de Seguridad Social en los que se presenta algún elemento de extranjería. En esos casos, deberíamos acudir a las normas supranacionales e internacionales para tratar de dilucidar qué Estado es el competente para conocer del litigio. En defecto de tales normas, se debería recurrir a las normas de Derecho Internacional privado nacionales de cada Estado.

En el ámbito supranacional, nos encontramos una norma tendente a determinar la competencia judicial internacional en materia de contrato internacional de trabajo: el *Reglamento UE/1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, conocido como Reglamento Bruselas I bis.

Sin embargo, este instrumento excluye de manera expresa de su ámbito material de aplicación las reclamaciones en materia de Seguridad Social (art. 1.2.c del Reglamento Bruselas I *bis*). Esta misma exclusión también se encuentra en las normas internacionales que regulan esta misma cuestión, como así lo hacen el *Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007 (art. 1.2.c), y el *Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil*, de 7 de noviembre de 2000 (art. 1.2.d).

El motivo de estas exclusiones se debe al carácter particular de la Seguridad Social, incardinada en algunos países dentro del Derecho Público, y en otros en una “zona marginal situada entre el Derecho Privado y el Derecho Público”³. Así pues, en el Informe *Jenard* ya se indicó que, en materia de Seguridad Social, no hay conflictos de jurisdicción dado que la competencia judicial coincide con la competencia legislativa, la cual es determinada por los Reglamentos de coordinación. De este modo, en materia de Seguridad Social, la determinación de la ley aplicable designará, automáticamente, el foro competente, consecuencia de su marcada “tendencia territorialista” (CARRASCOSA BERMEJO, 2002, p. 13).

Aunque el concepto de Seguridad Social a estos efectos no está definido en el Reglamento Bruselas I *bis*, se ha entendido que el mismo debe considerarse coincidente con el ámbito objetivo de las normas específicas en materia de coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social (VV.AA., mayo 2020, marginal 7190), siendo estas, en la actualidad, el *Reglamento CE/883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social* (en lo sucesivo, “Reglamento 883/2004”), y su norma de desarrollo, el *Reglamento CE/987/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento CE/883/2004* (en adelante, “Reglamento 987/2009”), ambos en vigor desde el 1 de mayo de 2010 (en lo sucesivo, denominados conjuntamente “Reglamentos de coordinación”)⁴. En este

³ Así se recoge en el apartado IV.C del Capítulo III del Informe justificativo del Convenio de Bruselas (Informe *Jenard*) y en el apartado 60 del Informe *Schlosser*, sobre el *Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia*.

⁴ Ahora bien, el Informe *Jenard* ya matizó que esta exclusión solo abarca “los pleitos que surgen de las relaciones entre la Administración y los empresarios o los empleados”, pero no cuando “la Administración hace valer un derecho de recurso directo contra un tercero responsable del daño o se subroga frente a este tercero en los derechos de una víctima asegurada por ella, puesto que entonces actúa según las normas del Derecho Común” (en idéntico sentido, el Informe *Schlosser*).

sentido se pronunció el TJCE, en sentencia de 14 de noviembre de 2002 (C-271/00, Asunto *Baten*). En este pronunciamiento se señaló que el concepto de “Seguridad Social” constituye un concepto autónomo, siendo procedente tomar en consideración el concepto comunitario plasmado en los Reglamentos de coordinación.

En el ámbito de estos Reglamentos, el TJUE ha venido interpretando el concepto de Seguridad Social de manera amplia, entendiendo incluidas en este tipo de prestaciones aquellas concedidas en atención a una situación legalmente determinada, sin realizar apreciaciones individuales y discrecionales de las necesidades personales de los solicitantes, siempre que, además, cubran alguno de los riesgos incluidos en el artículo 3.1 del Reglamento 883/2004 (por todas, STJUE de 28 de febrero de 2019, C-579/17, Asunto *Gradbeništvu Korana*, apartado 68). En contraposición, se excluyen expresamente del ámbito material de la coordinación (art. 3.5 del Reglamento 883/2004): a) la asistencia social⁵ y sanitaria; y b) las prestaciones respecto a las cuales un Estado miembro asuma la responsabilidad de los daños causados a las personas y prevea una compensación, tales como las concedidas a las víctimas de guerra y de acciones militares o de sus consecuencias; las víctimas de delitos, asesinato o actos terroristas; las víctimas de daños ocasionados por agentes del Estado miembro en el ejercicio de sus funciones, o las víctimas que se hayan visto perjudicadas por razones políticas o religiosas o debido a su origen. Además, también de excluirse, si bien de manera implícita, la Seguridad Social o previsión social complementaria, objeto de coordinación mediante directivas.

Una vez descartada la existencia de normas supranacionales e internacionales que se encarguen de determinar la competencia judicial internacional en materia de Seguridad Social, deberíamos acudir a las normas internas españolas en este punto, concretamente, al artículo 25.3 de la LOPJ. Este precepto recoge la competencia de los Tribunales españoles del orden social para resolver litigios en materia de prestaciones de Seguridad Social cuando la acción judicial se presente “*frente a entidades españolas o que tengan domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación en España*”. De este modo, nos encontramos ante una nueva manifestación del foro general del domicilio del demandado (MOLINER TAMBORERO, 2001, p. 473)⁶.

El Tribunal Supremo, mediante sus sentencias de 2 de marzo de 2000 (rec. 1111/1999) y de 28 de diciembre de 2005 (rec. 2152/2004), señaló que debe concluirse

⁵ El concepto de “asistencia sanitaria” a estos efectos está próximo a la idea de beneficencia, sin incluir la asistencia sanitaria derivada de accidente o enfermedad, que sí se incluye dentro del ámbito objetivo de la coordinación (CARRASCOSA BERMEJO, 2012, p. 197).

⁶ Sobre la naturaleza del artículo 25.3 de la LOPJ y su posible sustitución parcial por los Reglamentos de coordinación, véase, MARTÍN-POZUELO, 2021 (en prensa).

“necesariamente” la competencia de los Tribunales españoles cuando se solicitan prestaciones de Seguridad Social españolas ante entidades españolas, con independencia de cuál sea la ley aplicable al fondo del asunto (cuestión que podrá conllevar, en su caso, la desestimación de la demanda). Esta interpretación puede considerarse como la lógica consecuencia del principio de territorialidad presente en el ámbito de la Seguridad Social⁷.

III. LA COMPLEJA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE EN LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS DE COORDINACIÓN

1. Notas básicas de los Reglamentos de coordinación

En el ámbito comunitario, la protección de la Seguridad Social de los migrantes se ha considerado un elemento instrumental para favorecer la libre circulación de personas, derecho que ostenta la categoría de fundamental en la Unión (reconocido en el artículo 21 del TFUE para las personas en general, y en el artículo 45 del TFUE para los trabajadores en particular). Así, desde el Tratado de Roma, se ha considerado necesario adoptar medidas en materia de Seguridad Social para el establecimiento de la libre circulación mediante la creación de un sistema que pudiera garantizar a los trabajadores migrantes y sus familiares, fundamentalmente, dos cuestiones (contenido actualmente recogido en el artículo 48 del TFUE): la acumulación de periodos trabajados para adquirir, conservar y calcular las prestaciones sociales; y el pago de las prestaciones de los residentes en un Estado miembro. El artículo 48 del TFUE es, pues, el rector de la normativa comunitaria de coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social (aunque sin poseer eficacia jurídica directa⁸), precepto que ha sido desarrollado por los precitados Reglamentos de coordinación.

De este modo, las normas comunitarias de coordinación han nacido vinculadas al derecho a la libre circulación, de ahí que el Tribunal de Luxemburgo haya señalado en repetidas ocasiones que “*los Reglamentos en materia de Seguridad Social de los trabajadores migrantes tienen como fundamento, marco y límite los artículos 48 a 51 del Tratado (actuales artículos 45 a 48 del TFUE)*” (por todas, SSTJCE de 15 de julio de 1964 –100/63, asunto *van der Veen*, p. 84–; 24 de octubre de 1975 –24/75, asunto *Petroni*, apartado 11–; y de 24 de noviembre de 1975 –50/75, asunto *Massonet*, apartado 9–).

⁷ Ampliamente sobre la doctrina judicial española en esta materia, véase MARTÍN-POZUELO, 2020.

⁸ Este precepto instaura una base jurídica para que el Parlamento Europeo y el Consejo puedan adoptar las medidas necesarias para garantizar la libre circulación de trabajadores en el seno de la UE, pero no confiere ningún derecho subjetivo que pueda hacerse valer ante los órganos jurisdiccionales nacionales (STJUE de 10 de marzo de 2011 –C-379/09, asunto *Casteels*, apartados 14-16–).

2. El sistema de normas de conflicto de los Reglamentos comunitarios

Los Reglamentos de coordinación resultan aplicables a aquellos países en los que se ha instaurado el derecho a la libre circulación⁹, esto es, los Estados miembros de la Unión Europea (sin Reino Unido, cuyo régimen se regula en dos acuerdos internacionales¹⁰), los países integrantes del Espacio Económico Europeo (Islandia, Liechtenstein y Noruega) y Suiza. La función principal de estas normas es determinar la legislación aplicable en materia de Seguridad Social. Esta cuestión ha presentado, tradicionalmente, dos tipos de problemas: determinar el sistema nacional de Seguridad Social donde una determinada persona debe afiliarse y, en su caso, cotizar (relación de afiliación-cotización); y qué sistema nacional de Seguridad Social será el competente para reconocer y calcular las prestaciones sociales que, en su caso, correspondan a una persona (relación de protección) (GARCÍA RODRÍGUEZ, 1991, p. 100-107). Por tanto, como su propio nombre indica, los Reglamentos de coordinación no tratan de armonizar los diferentes sistemas nacionales de Seguridad Social, sino que, respetando las características especiales de cada uno, buscan establecer un punto de conexión entre ellos para proteger los derechos de las personas que han ejercido el derecho a la libre circulación.

Centrándonos en la determinación de la legislación aplicable a la relación de afiliación-cotización, debe partirse de las reglas contenidas en el Título II del Reglamento 883/2004 (arts. 11 a 16). El Tribunal de Luxemburgo ha señalado en multitud de ocasiones que estas reglas constituyen un sistema completo y uniforme de normas de conflicto tendente a solventar los conflictos de leyes, tanto positivos como negativos, que puedan originarse por el ejercicio del derecho a la libre circulación en el ámbito comunitario (por todas, SSTJCE de 25 de noviembre de 1975 -50/75, asunto *Massonet*- y de 12 de junio de 1986 -302/84, asunto *Ten Holder*-)¹¹. De esta forma, se trata de evitar tanto la aplicación simultánea de varias legislaciones nacionales (con la posible existencia de dobles cotizaciones), como los vacíos de protección por no existir ley aplicable alguna, lo que se conoce como el principio de unicidad de ley aplicable (como regla general, siempre habrá una legislación competente, y solo una).

⁹ Básicamente, los Estados miembros de la Unión Europea, los países integrantes del Espacio Económico Europeo (Islandia, Liechtenstein y Noruega) y Suiza.

¹⁰ El Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Acuerdo de Retirada), publicado en el DOUE núm. L 29-63, de 31 de enero de 2020, pp. 7-187; y el Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra (Acuerdo de Comercio y Cooperación), publicado en el DOUE núm. L 149-64, de 30 de abril de 2021, pp. 10-2539.

¹¹ Acerca del debate de la verdadera existencia de conflicto de leyes en materia de Seguridad Social, véase MARTÍN-POZUELO, 2021 (en prensa), y doctrina ahí citada.

Como punto de partida, el Título II del Reglamento 883/2004 proclama como regla general para los trabajadores (tanto por cuenta ajena como por cuenta propia), la aplicación de la *lex loci laboris*, esto es, la competencia de la legislación del Estado miembro donde se ejerza la actividad (artículo 11.3.a). En atención a esta regla, el lugar de ejercicio de una actividad coincide con el lugar concreto en el que la persona realiza los actos relacionados con la misma (STJUE de 27 de septiembre de 2012 -C-137/11, asunto *Partena*, apartado 57-)

Ahora bien, para determinadas situaciones particulares, el resto de disposiciones del citado Título II prevén una serie de reglas que matizan o excepcionan la regla general (considerando 18 del Reglamento 883/2004). Con ello pretende evitarse el riesgo de que la aplicación pura y simple de la *lex loci laboris* no evite, sino, al contrario, aumente los obstáculos al ejercicio del derecho fundamental a la libre circulación (por todas, SSTJCE de 17 de mayo de 1984 -101/83, asunto *Brusse*, apartado 16-; y de 4 de octubre de 2012 -C-115/11, asunto *Format*, apartado 31-). Son diversos los colectivos a los que se les dedican normas particulares, siendo estos: funcionarios (art. 11.3.b); personas llamadas o vueltas a llamar al servicio militar o civil (art. 11.3.d); trabajadores del mar (art. 11.4); miembros de tripulación de vuelo o de cabina (art. 11.5); trabajadores que prestan servicios en más de un Estado miembro, ya sea de forma temporal -trabajadores desplazados- (art. 12), ya sea con carácter habitual -trabajadores que prestan sus servicios en dos o más Estados miembros- (art. 13); y agentes contractuales de la Unión Europea (art. 15).

Como regla de cierre de este sistema de normas de conflicto, el artículo 11.3.e) determina la *lex loci domicilii* como regla subsidiaria, de modo que será competente la legislación del Estado miembro de residencia a falta de otra regla aplicable (STJUE de 8 de mayo de 2019 -C-631/17, asunto *SF*-). En último lugar, debido a la rigidez que presenta este sistema de normas de conflicto -cuya aplicación sin matizaciones, en determinados casos particulares, podría perjudicar a los migrantes que tratan de proteger-, el artículo 16 del Reglamento 883/2004 incorpora una cláusula de escape que permite excepcionar el sistema previsto en todas las disposiciones anteriores (artículos 11 a 15), por acuerdo de “*dos o más Estados miembros, las autoridades competentes de dichos Estados miembros o los organismos designados por dichas autoridades*”.

3. La problemática relación entre la *lex loci laboris* (art. 11.3.a), el desplazamiento de trabajadores (art. 12) y la prestación de servicios en más de un Estado miembro (art. 13)

La aplicación de las reglas contenidas en el Título II presenta problemas importantes en la realidad práctica de algunas empresas. Entre todos los problemas que se

plantean, cabe destacar uno especialmente: la difusa línea existente entre la aplicación de la *lex loci laboris* (artículo 11.3.a), el desplazamiento de trabajadores (artículo 12) y la prestación de servicios en varios Estados miembros (artículo 13) (LHERNOULD, 2018, p. 9), sobre todo en supuestos en los que la actividad ejercida se desarrolla por cuenta del mismo empleador (FUCHS y CORNELISSEN, 2015, p. 178).

La aplicación de una u otra regla tiene implicaciones muy importantes (SCHOUKENS y PIETERS, 2009, p. 110; PENNING, 2015, pp. 124-125). Así, la primera consecuencia más evidente es la posible variación de legislación competente en función de la aplicación de una regla u otra. Una segunda consecuencia también relevante es que, el procedimiento a seguir para la determinación de la ley aplicable difiere de manera considerable. De este modo, mientras que en el desplazamiento de trabajadores, el Estado miembro de envío ostenta la potestad de considerar o no la existencia de un desplazamiento y, en consecuencia, emitir un certificado A1 (con los importantes efectos asociados a este); en el caso de prestación normal de servicios en más de un Estado miembro, aunque la institución del Estado miembro de residencia ostenta la iniciativa, se establece un procedimiento en el que el resto de instituciones implicadas pueden cuestionar la determinación de la legislación aplicable y, en su caso, determinarla de común acuerdo (artículo 16 del Reglamento 987/2009).

La difícil relación entre estas tres normas y las importantes consecuencias que puede tener utilizar una u otra, ya ha llevado a algunos empleadores a aplicarlas a su conveniencia de manera abusiva o, incluso, fraudulenta, para obtener ventajas competitivas. Así lo corroboran los datos puestos de manifiesto en el Informe sobre documentos A1 emitidos en 2018, donde se evidencia una clara tendencia creciente del recurso al artículo 13 del Reglamento 883/2004, especialmente, en los años 2017 y 2018 (duplicando su cuantía en pocos años)¹². Pese a ello, a día de hoy, todavía no se ha solucionado este problema, ni se prevé que se resuelva plenamente con el proceso de reforma actual en fase de negociación.

A) La regla especial del artículo 12: el desplazamiento temporal de trabajadores

La regla especial del desplazamiento de trabajadores permite la prestación de servicios en un Estado miembro con el coste social de otro, pues la legislación aplicable a la relación de afiliación-cotización continuará siendo, temporalmente, la del Estado miembro de envío y no del de destino. La finalidad principal de esta regla es evitar obstaculizar la libre prestación de servicios. Asimismo, con ella se intenta evitar que

¹² Página 9 del Informe sobre documentos A1 emitidos en 2018.

breves periodos de trabajo en otros Estados miembros puedan afectar a la continuidad de la carrera de seguro de los trabajadores, dado que esta interrupción podría conducir a obstaculizar también su derecho a la libre circulación. No obstante, esta norma tiene un elevado riesgo de *dumping social*. Por ello, la aplicación de la misma está restringida a los supuestos en los que se cumplan determinados requisitos (cada vez más estrictos)¹³:

Requisito orgánico: debe existir una relación directa entre el trabajador enviado y la empresa empleadora de envío durante todo el tiempo que dure el desplazamiento, es decir, debe tratarse del verdadero empleador del trabajador (relación de subordinación y dependencia).

Requisito organizativo: el empleador del trabajador enviado debe ejercer normalmente sus actividades en el Estado miembro de envío. Este requisito se entiende cumplido cuando la empresa realice normalmente actividades sustanciales, distintas de la mera gestión interna, en el territorio del Estado miembro de establecimiento (art. 14.2 Reglamento 987/2009).

Triple requisito temporal:

Duración máxima del desplazamiento: la duración previsible del trabajo para cuya realización se envía al trabajador al Estado de destino no debe exceder de veinticuatro meses. No obstante, en la práctica, esta limitación es ampliamente excepcionada a través de los acuerdos del artículo 16 del Reglamento 883/2004.

Periodo de aseguramiento previo: el trabajador enviado debe estar sujeto a la legislación del Estado en el que la empresa que lo emplea esté establecida inmediatamente antes de ocupar su puesto de trabajo (art. 14.1 del Reglamento 987/2009).

Prohibición de sustitución: el trabajador en cuestión no puede ser enviado en sustitución de otra persona previamente enviada.

B) La regla del artículo 13: la prestación de servicios en más de un Estado miembro

En contraposición a este régimen tan estricto aplicable al desplazamiento de trabajadores, el artículo 13 del Reglamento 883/2004 prevé un sistema mucho más flexible para los supuestos en los que una persona ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros.

¹³ Estos requisitos podrían ser objeto de modificación si, finalmente, se aprobara la reforma de los Reglamentos de coordinación, iniciada por la Comisión Europea en diciembre de 2016 y todavía en fase de negociación (a fecha de junio de 2021).

El primer problema de aplicación de este precepto es discernir cuándo nos encontramos ante un ejercicio “normal” de una actividad en varios Estados. Sobre este particular, el artículo 14.5 del Reglamento 987/2009 define esta noción como “la persona que ejerza, de manera simultánea o alterna, para la misma empresa o empleador o para varias empresas o empleadores, una o varias actividades diferentes, en dos o más Estados miembros”. En cuanto a la alternancia de prestaciones de servicios en diferentes Estados, la Guía Práctica de la CACSS ha especificado que, a efectos de determinar si estamos ante un supuesto del artículo 13 del Reglamento 883/2004, debe tenerse en cuenta la duración prevista de los periodos de actividad (aunque la frecuencia de la alternancia carece de importancia, es necesario que exista cierta regularidad en la actividad), pero también las características del trabajo en cuestión¹⁴.

Además, las actividades marginales desarrolladas por el trabajador no deben tenerse en cuenta a efectos de la aplicación del artículo 13 (art. 14.5 *ter* Reglamento 987/2009). A estos efectos, debe entenderse por “actividad marginal”, en atención a la Guía Práctica de la CACSS, aquellas actividades que, aunque permanentes, son insignificantes desde la perspectiva del tiempo y del rendimiento económico. Como indicadores a valorar para determinar esta calificación, se propone: 1) considerar actividades marginales aquellas que representen menos del 5 % del tiempo de trabajo ordinario del trabajador y/o menos del 5 % de su remuneración total; 2) tener en cuenta la naturaleza de las actividades (así, serán actividades marginales aquellas que sean actividades de apoyo, que no pueden ejercerse de manera independiente o que se realicen desde el hogar o en beneficio de la actividad principal)¹⁵.

Cuando una situación entre dentro del ámbito de aplicación del artículo 13, debe determinarse cuál de sus cinco supuestos concurre en el caso en cuestión. En primer lugar, este precepto distingue dos grandes supuestos, en función de si se ejerce o no una parte sustancial de la actividad en el Estado miembro de residencia. Si es así, la legislación aplicable será la de este Estado. En caso contrario, deberá atenderse al número de empleadores del trabajador. Si solo hay uno, la legislación aplicable será la del Estado miembro en el que este tenga su sede o domicilio (salvo que esta sede o domicilio esté situado en un tercer Estado, en cuyo caso, la legislación aplicable será la del Estado miembro de residencia del trabajador *ex art. 14.11 del Reglamento 987/2009*).

¹⁴ “Si una persona trabaja en diferentes Estados miembros sin que se observe una regularidad, su situación quedaría cubierta por el artículo 13 del Reglamento en la medida en que el trabajo en Estados miembros diferentes sea una parte intrínseca de la pauta de trabajo y la duración o naturaleza del intervalo entre periodos de ocupación no altere la pauta de trabajo de un modo tal que no pueda considerarse que la persona trabaja «normalmente» en dos o más Estados miembros” (Guía Práctica de la CACSS, p. 28/57).

¹⁵ Guía Práctica de la CACSS, pp. 28-29/57.

Si, por el contrario, existen varios empleadores, deberá tenerse en cuenta si todos ellos tienen su sede o domicilio en el mismo Estado miembro. En caso de respuesta afirmativa, la legislación aplicable será la del Estado miembro en el que todos tengan dicha sede o domicilio. En caso de discrepancia en la ubicación de las sedes o domicilios de los empleadores, deberá realizarse una última distinción: ¿los empleadores tienen sus sedes o domicilios únicamente en dos Estados miembros diferentes, siendo uno de ellos el de la residencia del trabajador? Si es así, la legislación aplicable será la del otro Estado miembro distinto al de la residencia. Contrariamente, cuando deba responderse negativamente a la anterior pregunta, la legislación aplicable será la del Estado miembro de la residencia del trabajador.

De lo anterior, deben precisarse tres conceptos: ejercicio de una “parte sustancial de la actividad”; “empleador”; y “sede o domicilio” del empleador.

Respecto al primer concepto, se entenderá que se realiza una “parte sustancial” de la actividad en el Estado de residencia cuando se desarrolle en él una parte cuantitativamente importante del conjunto de actividades laborales, sin necesidad de ser la mayor parte. Para poder determinar esta cuestión, se señala una lista indicativa de criterios que, para las actividades asalariadas, está formada por el tiempo de trabajo o la remuneración¹⁶. Tras una evaluación global de la situación, si no se alcanzara un mínimo del 25 % para los criterios señalados, será un indicador de que no se ejerce una parte sustancial de la actividad en dicho Estado miembro (art. 14.8 del Reglamento 987/2009). Para realizar esta valoración, deberá considerarse la situación prevista para los 12 meses civiles siguientes (art. 14.10 Reglamento 987/2009)¹⁷.

Respecto al segundo concepto, se entiende por empleador a efectos de la coordinación comunitaria a quien, atendiendo a la realidad fáctica y no a elementos meramente formales, ejerce el poder de dirección efectivo sobre el trabajador, asume, de hecho, los correspondientes costes salariales y dispone de la facultad efectiva de despedir al trabajador en cuestión (STJUE de 16 de julio de 2020 -C-610/18, asunto AFMB-, dictada en Gran Sala).

Por último, en relación con el tercer concepto, debe entenderse por sede o domicilio de la empresa aquella sede o domicilio en el que se adopten las decisiones fundamentales de esta y en el que se ejerzan las funciones de su administración central (art. 14.5 *bis* del Reglamento 987/2009). El principio sobre el que se asienta

¹⁶ No obstante, pueden tomarse en consideración otros criterios adicionales, pues lo fundamental es realizar una evaluación global de la situación de la persona (Guía Práctica de la CACSS, p. 30/57).

¹⁷ A pesar de ello, en determinados casos, la CACSS ha reconocido la utilidad de analizar la actividad anterior para poder determinar la conducta futura cuando no sea posible adoptar una decisión sobre la base de los datos aportados respecto de la situación prevista (en esta línea, véase la STJUE de 4 de octubre de 2012 -C-115/11, asunto Format, apartado 44-).

esta definición es combatir las empresas “con domicilio de conveniencia”, es decir, evitar situaciones “en las que la Seguridad Social de los empleados está vinculada a una empresa puramente administrativa a la que no se han transferido atribuciones decisorias efectivas”¹⁸. Esta definición tan general encuentra orientaciones más concretas en la Guía Práctica de la CACSS que, si bien son de gran utilidad, no tienen eficacia jurídica¹⁹.

C) El complicado deslinde entre estas tres reglas

Los Reglamentos de coordinación no se han mantenido completamente ajenos a esta problemática. De hecho, en el Reglamento 987/2009 se incorpora un artículo encargado de arrojar luz sobre la distinción entre los supuestos del artículo 12 del Reglamento 883/2004 y los del artículo 13 de este mismo texto normativo: el artículo 14.7. Este precepto otorga carácter decisivo al elemento temporal, es decir, si la duración de las actividades en cuestión es de carácter permanente o de carácter específico o temporal. A estos afectos, se procederá a una evaluación general de todos los hechos pertinentes, especialmente, el lugar de trabajo tal y como se define en el contrato de trabajo.

Siguiendo el contenido de este precepto reglamentario, el Tribunal de Justicia se manifestó sobre esta importante distinción, poniendo el foco en el elemento temporal y en la propia naturaleza del trabajo definida en los documentos contractuales, así como, en su caso, atendiendo a la realidad de las actividades ejercidas cuando la formalidad y la realidad no coincidieran (en este sentido, por todas, STJCE de 12 de julio de 1973 –13/73, asunto *Hakenberg*, apartado 20–). Por tanto, en principio, si en el contrato de trabajo se menciona como lugar de prestación de servicios una diversidad de lugares

¹⁸ CACSS, *Guía práctica sobre la legislación aplicable en la Unión Europea (UE), el Espacio Económico Europeo (EEE) y Suiza*, Comisión Europea, Bruselas, diciembre 2013, p. 37/57, disponible en <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=11366&langId=es> (en lo sucesivo, “Guía Práctica de la CACSS”).

¹⁹ Los criterios ahí mencionados son los siguientes: el lugar en el que se encuentra el domicilio social y la administración de la empresa; la cantidad de personal administrativo de las oficinas en cuestión; el tiempo que lleva establecida la empresa en el Estado miembro; el lugar señalado con arreglo a la normativa de la UE como responsable de la administración y el mantenimiento de los registros en relación con los requisitos reglamentarios del sector concreto en el que opera la empresa; el lugar donde se realiza la selección y contratación de los empleados; el lugar en el que se celebran la mayoría de los contratos con los clientes; la oficina que determina la política y los aspectos operativos de la empresa; y el lugar donde se ubican las principales funciones financieras, incluidas las bancarias. Si tras la toma en consideración de todos estos criterios no puede definirse el lugar de la sede empresarial, la Guía señala la aplicación a la persona afectada la legislación del Estado miembro en el que esté situado el establecimiento con el que tenga la conexión más próxima en cuanto a la realización de su actividad laboral, siempre que dicho establecimiento tenga efectivamente empleada a la persona afectada.

situados en diferentes Estados miembros, podría considerarse que nos encontramos ante un supuesto del artículo 13 del Reglamento 883/2004. Sin embargo, si lo pactado en el contrato no se corresponde con la práctica de la prestación de los servicios (por ejemplo, porque el trabajador, finalmente, solo desarrolla su trabajo en uno de los lugares señalados en el contrato), deberá darse prioridad a la realidad de los hechos frente al contenido formal del contrato.

A pesar de ello, la puesta en práctica de este precepto no colma todas las dudas interpretativas. Imaginemos el siguiente caso: trabajador nacional polaco, residente en Polonia, contratado por tiempo determinado por una empresa con domicilio en dicho Estado. La prestación de los servicios se realiza en Francia (durante 13 meses), posteriormente en Reino Unido (dos meses) y, nuevamente, en Francia (por un tiempo aproximado de dos años). Este trabajador, ¿presta servicios normalmente en los dos Estados miembros, es un trabajador desplazado temporalmente o debemos aplicar simplemente la regla general *lex loci laboris*? Esta es, precisamente, la cuestión objeto de litigio de la reciente STJUE de 20 de mayo de 2021 (C-879/19, asunto *Format II*).

La única sociedad empleadora del trabajador afectado, Format, solicitó la aplicación de la legislación polaca sobre la base de las reglas previstas en el artículo 14.2 del Reglamento 1408/71 (actual artículo 13 del Reglamento 883/2004). Sin embargo, las autoridades polacas denegaron tal petición, motivo por el que se dio comienzo al litigio que acabó llegando ante el TJUE.

En el caso en cuestión, no consta el contenido del contrato, pero sí los periodos de prestación de servicios en cada Estado miembro. En atención a ello, el Tribunal de Luxemburgo señala que “el interesado efectuó la casi totalidad de su actividad por cuenta ajena en el territorio de un único Estado miembro” (concretamente, en torno al 95 % del tiempo trabajado), esto es, el ejercicio de una actividad por cuenta ajena en el territorio de un solo Estado miembro constituye el régimen normal del interesado, por lo que no puede quedar comprendida su situación en el régimen previsto en el artículo 14.2 del Reglamento 1408/71 (actual artículo 13 del Reglamento 883/2004). Asimismo, avala esta conclusión la necesidad de interpretar de manera estricta el artículo señalado por cuanto supone una excepción a la regla general *lex loci laboris*, de igual modo que la regla prevista para el desplazamiento de trabajadores.

Para garantizar una interpretación coherente de ambas disposiciones, el TJUE señala que “*debe considerarse que una persona que ejerce, durante periodos sucesivos de trabajo, una actividad por cuenta ajena en diferentes Estados miembros, ejerce normalmente una actividad por cuenta ajena en el territorio de dos o más Estados miembros, en el sentido del artículo 14, apartado 2, del Reglamento n.º 1408/71, siempre que la duración de los periodos ininterrumpidos de trabajo efectuados en cada uno de esos Estados miembros no exceda de doce meses. Solo esa interpretación*

puede evitar que se eluda el principio establecido en el artículo 13, apartado 2, letra a), de ese Reglamento". Y ello a pesar de que dicho precepto no estable límite temporal alguno respecto a los eventuales periodos sucesivos de actividad ejercidos en varios Estados miembros.

Una vez descartada la existencia de prestación de servicios normalmente en varios Estados miembros, el TJUE se interroga sobre la posibilidad de que nos encontremos ante un desplazamiento temporal. Sobre este particular, y a falta de mayores detalles de la actividad de la empresa Format, el Tribunal de Luxemburgo concluye que no parece que esta sociedad lleve a cabo habitualmente actividades significativas en Polonia (Estado de establecimiento), requisito fundamental para la aplicación de la regla especial del desplazamiento de trabajadores (el denominado requisito organizativo).

Por todo ello, se concluye la aplicación de la regla general *lex loci laboris*, de modo que la legislación aplicable será la francesa y no la polaca como pretendía la empresa Format.

Con este último pronunciamiento, el TJUE ha establecido un límite temporal a la aplicación de la regla contenida en el artículo 14.2.b) del vetusto Reglamento 1408/71 (actual artículo 13 del Reglamento 883/2004): solo cuando la prestación de servicios ininterrumpida en cada uno de los Estados miembros no excede del límite temporal de duración del desplazamiento temporal de trabajadores, podremos estar dentro del ámbito de aplicación de esta norma. Y ello para evitar la elusión de la aplicación de la regla general (*lex loci laboris*). El citado límite temporal señalado en la sentencia es de 12 meses, por ser esta la duración señalada en el Reglamento 1408/71 para el desplazamiento de trabajadores²⁰; no obstante, en el actual Reglamento 883/2004, se amplió esta duración previsible máxima de 12 a 24 meses, modificación que deberá tenerse en cuenta de cara a aplicar esta nueva doctrina en el marco de los actuales Reglamentos de coordinación (DRIGUEZ, 2021).

IV. REFLEXIONES FINALES

En el ámbito de la Seguridad Social internacional no existen instrumentos internacionales ni supranacionales encargados, directamente, de determinar los órganos de qué Estado deben resolver las controversias en materia de Seguridad Social que puedan surgir en relaciones con elementos de extranjería. De este modo, para saber si los tribunales españoles son o no competentes para resolver uno de estos litigios, deben examinar sus normas de DIPr nacionales: el artículo 25.3 de la LOPJ. Este precepto nacional, dada su amplitud, otorga competencia a los órganos españoles para conocer de cualquier litigio entablado en materia de prestaciones sociales españolas

²⁰ Sin perjuicio de que se pudiera pactar una prórroga por un tiempo no superior a otros 12 meses, con la conformidad del Estado miembro de destino.

frente a instituciones españolas -además de frente a entidades que tengan domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación en España-.

Cabe señalar a este respecto que no podría concluirse de otro modo. Esto es, partiendo de la concepción de la Seguridad Social como un servicio público, no sería posible que ningún Estado diferente al español pueda imponer obligaciones de Seguridad Social a las instituciones españolas (ni de afiliación-cotización ni prestacionales). De hacerlo, dichas decisiones no tendrían eficacia en el ordenamiento jurídico español, pues no podrían reconocerse y ejecutarse en nuestro territorio (LÓPEZ TERRADA, 2020. p. 144); en definitiva, su efecto práctico sería nulo). En sentido contrario, este tipo de peticiones, como ha señalado nuestro Tribunal Supremo, deben poder resolverse ante los órganos jurisdiccionales españoles, pues son ellos los únicos que podrían dictar una resolución vinculante para las instituciones de Seguridad Social españolas; lo contrario dejaría a los afectados en clara situación de indefensión, sin acceso a la tutela judicial efectiva.

Sentado lo anterior en materia de competencia judicial internacional, en el ámbito de los Reglamentos de coordinación, la determinación de la legislación aplicable determinará, a su vez, el Estado competente, tanto a efectos administrativos como judiciales. El sistema de normas de conflicto previsto en estos Reglamentos presenta deficiencias en su puesta en práctica. En la actualidad, una de las deficiencias que más afectan a la práctica empresarial es la difícil tarea de separar claramente los casos en los que resulta aplicable la regla general del artículo 11.3.a) del Reglamento 883/2004, la regla especial del desplazamiento temporal de trabajadores (artículo 12), o la regla de prestación normal de servicios en varios Estados miembros (artículo 13). La cuestión no es trivial pues, como se ha expuesto, la aplicación de una regla u otra puede modificar la legislación nacional de Seguridad Social competente y, con ella, la cuantía de los costes sociales (con un importante efecto en la competitividad de las empresas).

Con el objetivo de evitar situaciones de fraude o abuso en busca de estas ventajas competitivas, el TJUE ha ido restringiendo cada vez más el ámbito de aplicación de la regla especial de los desplazamientos temporales de trabajadores. Estas restricciones jurisprudenciales se han ido introduciendo, poco a poco, en los textos reglamentarios, si bien todavía no se han incorporado todas (lo que supone un elevado grado de inseguridad jurídica dada la redacción incompleta de los Reglamentos en este punto).

A pesar del esfuerzo puesto en esta tarea, la realidad ha demostrado que algunos empleadores se han dado cuenta de que es posible escapar de la *lex loci laboris* sin necesidad de recurrir al régimen tan estricto del artículo 12 del Reglamento 883/2004, recurriendo al régimen flexible del artículo 13. Esto ha hecho que, al igual que ocurre con los desplazamientos temporales de trabajadores, cada vez sean más los casos en los que se detecta un uso abusivo o fraudulento de las reglas del artículo 13 del

Reglamento 883/2004. Sin embargo, el TJUE tampoco es ajeno a esta situación, como así lo demuestra la reciente sentencia *Format II*, de 20 de mayo de 2021 (pronunciamento que, recordemos, incorpora un límite temporal a la aplicación de este régimen especial). Asimismo, siguiendo esta línea restrictiva, el Acuerdo Provisional alcanzado en marzo de 2019 en el procedimiento de reforma de los Reglamentos de coordinación incorpora modificaciones relevantes (aunque, en mi opinión, no suficientes) para equipar ambos regímenes (como ya venía reclamando la doctrina -CARRASCOSA, 2019-). Así, se tratan de establecer requisitos similares tanto en lo que a los requisitos temporal y organizativo se refiere (con las necesarias salvedades), como al procedimiento administrativo a seguir en cada uno de estos casos.

No cabe duda alguna de que en el corto y medio plazo aumentarán las sentencias del TJUE sobre estas cuestiones, con independencia de la aprobación o no de la propuesta de reforma de los Reglamentos de coordinación, pues con ella -en su estado actual- no se resolverían plenamente los problemas expuestos. De hecho, teniendo en cuenta el largo proceso seguido por este procedimiento de reforma normativa, es mucho más factible que sea el TJUE el que vaya dando las claves de manera dosificada para intentar discernir los límites entre estas tres reglas de conflicto que, como en muchas otras ocasiones, podrían codificarse posteriormente, una vez consolidada la jurisprudencia.

V. BIBLIOGRAFÍA

CARRASCOSA BERMEJO, D. (2002). *La coordinación comunitaria de los sistemas nacionales de seguridad social: Determinación de la Ley nacional aplicable. Reconocimiento y cálculo del derecho a una pensión de vejez contributiva*, tesis (Dir. S. González Ortega). Madrid, Universidad Carlos III.

CARRASCOSA BERMEJO, D. (2019). “Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas”. *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, pp. 37-70.

DRIGUEZ, L. (2021). “256 Exercise d’une activité salariée dans plusieurs États membres. Note CJUE, 20 mai 2021, aff. C-879/19, FORMAT”. *Revue Europe : l’actualité du droit de l’Union européenne*, núm. 7, versión electrónica.

FUCHS, M. y CORNELISSEN, R. (Eds.) (2015). *EU Social Security Law. A commentary on EU Regulations 883/2004 and 987/2009*. C.H.BECK-Hart-Nomos, 1ª Edición.

GARCÍA RODRÍGUEZ, I. (1991). *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

LHERNOULD, J.-P. (2018). “Les règlements coordonnant les systèmes nationaux de sécurité sociale : nouvelles lignes de force et points de rupture. À propos de la proposition de la

Commission du 13 décembre 2016”. *Revue Trimestrielle de Droit Européen (RTDE)*, Vol. 54, núm. 1, versión electrónica.

LÓPEZ TERRADA, E. (2020). *El régimen jurídico del personal laboral al servicio de la administración española en el exterior. Especial referencia a las cuestiones relativas a la competencia judicial y determinación de la ley aplicable*. Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª Edición.

MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A. (2020). Los tribunales españoles ante la determinación de la competencia judicial internacional en materia de seguridad social. En SALA FRANCO, T. (Dir.) y NORES TORRES, L. E. (Coord.). *Problemas Actuales del Proceso Laboral: Homenaje al profesor José M.ª Goerlich Peset con ocasión de sus 25 años como Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 79-104.

MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A. (2021). *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en la Unión Europea: ley aplicable a afiliación y cotización*. ISBN 978-84-1397-494-1. Tirant lo Blanch, Valencia, en prensa.

MOLINER TAMBORERO, G. (2001). “La competencia judicial internacional de los órganos de la jurisdicción española en el orden social (con dos adendas: I) sobre cuestiones procesales relacionadas con ella; II) relación de sentencias del contenido internacional dictadas por la Sala IV del Tribunal Supremo”. En SALINAS MOLINA, F. (Dir.). *Derecho Internacional Privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de Seguridad Social*. Consejo General del Poder Judicial, Colección Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, pp. 375-520.

PENNINGS, F. (2015). *European Social Security Law*. Intersentia, 6ª Edición, Cambridge.

SCHOUKENS, P. y PIETERS, D. (2009). “The rules within Regulation 883/2004 for determining the applicable legislation”. *European Journal of Social Security*, Vol. 11, núm. 1-2, pp. 81-117.

VV. AA. (agosto 2020). “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”. En VV. AA.. *Memento práctico Francis Lefebvre Seguridad Social*. Francis Lefebvre.

AUTOCOMPOSIÇÃO EM PROCESSO COLETIVO TRANSNACIONAL COMO SUPERAÇÃO DOS PROBLEMAS DA LEI APLICÁVEL E DA COMPETÊNCIA JUDICIAL

Carlos Henrique Bezerra Leite¹

Graziela Argenta Zanetti²

RESUMO: Os problemas decorrentes da competência judicial e da lei aplicável para conferir a efetividade das decisões em ações coletivas transnacionais sempre foram um desafio a ser superado. A proposta deste artigo, a partir do estudo do caso Odebrecht em Angola, é demonstrar como a autocomposição em litígios coletivos transnacionais pode contribuir para transpor barreiras, seja da definição jurisdição internacional, seja da lei material aplicável (*lex causae*). Uma gestão processual que se inicia com a escolha da jurisdição concorrente mais adequada à lide, passa pelo tipo de pedido ou pedidos a serem tratados, e que se preocupa com uma completude probatória é muito importante para tal mister. Os acordos, nesse sentido, representam uma importante ferramenta no auxílio para a efetivação de direitos coletivos transnacionais, que inclui a tutela dos direitos humanos dos trabalhadores para além das fronteiras nacionais.

¹ Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae*/Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal. Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direitos Humanos Sociais e Metaindividuais e Direito Processual do Trabalho da Faculdade de Direito de Vitória (doutorado, mestrado e graduação). Desembargador do TRT da 17ª Região/ES (aposentado). Advogado e Consultor Jurídico. Foi professor associado do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo por mais de vinte anos, lecionando Direito Material e Processual do Trabalho e Direitos Humanos. Professor convidado de diversas escolas judiciais da Justiça do Trabalho. Titular da Cadeira n. 44 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Ex-Procurador Regional do Ministério Público do Trabalho/ES (aprovado em 1º lugar em nível nacional). Ex-Diretor da Escola Judicial do TRT/ES. Ex-Procurador do Município de Vitória-ES. Conferencista emérito. Autor de livros e artigos jurídicos. Endereço eletrônico: chbezerraleite@gmail.com. [@chbezerraleite](https://www.instagram.com/chbezerraleite). www.professorbezerraleite.com.br.

² Doutoranda na Faculdade de Direito de Vitória. Mestre em Direito Processual Civil na Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Direito Urbano Ambiental pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Promotora de Justiça no Estado do Espírito Santo. Endereço eletrônico: graelazanetti@gmail.com.br.

ABSTRACT: The problems arising from judicial jurisdiction and applicable law to verify the effectiveness of decisions in transnational collective actions have always been a challenge to be overcome. The purpose of this article, based on the study of the Odebrecht case in Angola, is to demonstrate how self-composition in transnational collective disputes can contribute to the transposition of barriers, either from the definition of international jurisdiction or from the applicable material law (*lex causae*). A procedural management that begins with the choice of the competing jurisdiction most appropriate to the case, goes through the type of request or requests to be processed, and which is concerned with a complete probative is very important for such a matter. The agreements, in this sense, represent an important tool in aid for the realization of transnational collective rights, which includes the protection of the human rights of workers beyond national borders.

PALAVRAS-CHAVE: Processo coletivo transnacional. Jurisdição internacional. Autocomposição. Gerenciamento processual. Competência judicial. Lei aplicável. Procedural management. Jurisdiction. Applicable law.

KEYWORDS: Transnational collective process. International jurisdiction. Self-composition.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Descrição do caso. 2. O caso Odebrecht em Angola como processo coletivo transnacional. 3. A jurisdição internacional como óbice na tutela dos direitos coletivos transnacionais. 4. Autocomposição como ferramenta para efetividade dos processos coletivos transnacionais. 5. Autocomposição como forma para superação dos problemas decorrentes da lei aplicável ao caso e da competência judicial (jurisdição internacional). Considerações finais. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. Description of the case. 2. The Odebrecht case in Angola as a transnational collective process. 3. International jurisdiction as an obstacle in the protection of transnational collective rights. 4. Self-composition as a tool for the effectiveness of transnational collective processes. 5. Self-composition as a way to overcome the problems arising from the law applicable to the case and jurisdiction (international jurisdiction). Final considerations. References.

Introdução

A solução consensual dos conflitos vem ganhando cada vez mais uma posição de destaque frente à justiça estatal clássica. Essa mudança do acesso aos tribunais para o acesso ao Direito não é diferente nos processos coletivos, especialmente nas ações coletivas, cujos litígios tendem a ser mais complexos.

Nos litígios coletivos transnacionais, que tratam de situações jurídicas que não se limitam ao território de um país, a busca por uma justiça que seja capaz de pacificar e remendar o tecido social, com menor custo e com menor duração, tutelando de forma adequada situações jurídicas transnacionais, também é uma realidade cada vez mais comum.

Os problemas decorrentes da competência judicial e da definição da jurisdição mais adequada que irá tratar do caso nos processos coletivos transnacionais, dentre os ordenamentos jurídicos concorrentes, sempre foram desafios a serem superados para o acesso à justiça substancial de situações jurídicas em que um único fato pode afetar uma pluralidade de atores vinculados a diferentes ordenamentos jurídicos.

Além disso, a concretização da tutela obtida em um país através desses processos coletivos transnacionais, por vezes, necessita de reconhecimento e execução em outro ordenamento jurídico, advindo, não raras as vezes, obstáculos intransponíveis à efetivação da tutela obtida, comumente decorrentes de problemas no reconhecimento de sentença estrangeira e execução, especialmente quando se tratam de ações coletivas *opt out* (semelhantes às *class actions* norte-americanas).

Nesse contexto de real dificuldade dos litígios coletivos transnacionais, a superação de muitos problemas para efetivação das decisões que envolvem diferentes ordenamentos jurídicos pode ser pensada a partir da autocomposição.

Dessa forma, este trabalho procurará, a partir da utilização de uma metodologia hipotético-dedutiva, tendo como pano de fundo o caso Odebrecht em Angola,³ analisar as vantagens dos meios autocompositivos na resolução de conflitos em processos coletivos transnacionais, especialmente como forma de efetivação dos direitos face às dificuldades atinentes à jurisdição de diferentes ordenamentos jurídicos, bem como a dificuldades relativas a conflitos de lei aplicável (*lex causae*).

O tema da autocomposição em litígios coletivos transnacionais têm uma relevância teórica, porque, muito embora seja comum em outros ordenamentos jurídicos que dispõem de ações coletivas (semelhantes às *class actions*), tais como os Estados Unidos e o Canadá, em ordenamento brasileiro ainda é um assunto pouco estudado. Nesse sentido, o estudo da autocomposição no Caso Odebrecht em Angola ganha destaque porque se trata de um acordo ocorrido em processo coletivo transnacional no Brasil.

³ Este caso já foi tratado por ZANETI, Graziela Argenta. **Jurisdição adequada para os processos coletivos transnacionais**. São Paulo: RT, 2020. p. 184-185, mas não em relação à perspectiva da autocomposição. Igualmente parte dos conceitos tratados neste artigo foi tratada no referido livro. A perspectiva, entretanto, agora é a análise da autocomposição.

Igualmente, esse tema conta com uma relevância prática por estar cada vez mais presente aos operadores do direito, em especial, ao Ministério Público, que é o principal protagonista, no Brasil, da tutela dos direitos coletivos.

O fortalecimento de uma dogmática nacional sobre acordos e, por consequência, de sua aplicação aos direitos coletivos transnacionais, é um passo a ser dado em direção à concretização da tutela de direitos coletivos transnacionais, com a obtenção de decisões mais efetivas, inclusive para a tutela de direitos humanos dos trabalhadores.

Eis o problema a ser investigado na presente pesquisa: a autocomposição em processo coletivo transnacional pode ser utilizada como instrumento de superação dos problemas decorrentes da lei aplicável ao caso e da competência judicial?

1. Descrição do caso

O caso Odebrecht em Angola, que resultou em um acordo de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais), além da assunção, pela empresa, de obrigações de não fazer na maior ação por trabalho escravo da história do Brasil⁴ será utilizado como pano de fundo para a análise da autocomposição em processos coletivos transnacionais.

O Ministério Público do Trabalho propôs Ação Civil Pública⁵ perante a 2ª Vara do Trabalho em Araraquara, pleiteando, em síntese, a condenação da Construtora Norberto Odebrecht S/A., da Olex Importação e Exportação S.A. e da Odebrecht Agroindustrial S.A. (antes denominada ETH Bioenergia), em obrigações de fazer e de não fazer, bem como indenizações por danos morais coletivos por contratação irregular (arregimentar trabalhadores de forma irregular com aliciamento, *marchandage*⁶ e tráfico internacional de seres humanos) e por manter trabalhadores em Angola em desrespeito a direitos trabalhistas e com cerceamento da liberdade de ir e vir, mediante violência (redução à condição análoga à de escravo), bem como pelo beneficiamento irregular de financiamento do BNDES para aplicação em obras em Angola.

⁴ Conforme consta na página do MPT: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/odebrecht-pagara-r-30-mi-para-encerrar-acao-por-trabalho-escravo>.

⁵ Ação Civil Pública nº 10230-31.2014.5.15.0079 do Ministério Público do Trabalho.

⁶ *Marchandage* é uma expressão francesa cunhada no século XIX para nominar situações em que um trabalhador era contratado por intermédio de um mercador de força de trabalho, cujo negócio consistia em lucrar com o trabalho de terceiros que locava. Essa prática foi abolida pela Declaração de Filadélfia, ratificada pelo Brasil, em seu artigo 1º, que reafirmou o princípio de que o trabalho não é uma mercadoria. Contudo, a má prática da *marchandage* continua existindo, em especial no Brasil, onde aflora toda espécie de “terceirização” de mão de obra (que, diferente do que alguns propagam, em nada se parece com as práticas anglo-saxônicas de terceirização, denominadas *outsourcing* e *offshoring*). Ação trabalhista nº 0000285-67.2012.5.03.0097, 4ª Vara do Trabalho de Coronel Fabriciano.

No caso, parte dos danos (aliciamento e tráfico internacional de trabalhadores) ocorreu no Brasil e parte em Angola (submissão de trabalhadores à condição análoga à de escravo).

Em Angola, cerca de 2.100 empregados angolanos e brasileiros (cerca de 400) foram submetidos à tal situação degradante nas obras para a implantação da usina de açúcar em 2014, pertencente, formalmente, à empresa angolana Biocom/Companhia de Bioenergia de Angola Ltda.

A Construtora Norberto Odebrecht S.A. (CNO), principal empresa do grupo Odebrecht, para eximir-se de qualquer responsabilidade com relação aos gravíssimos fatos ocorridos em Angola, sempre referiu que a Biocom/Companhia de Bioenergia de Angola Ltda. era uma empresa estrangeira independente, embora integrante do grupo Odebrecht. A CNO afirmava nunca ter tido qualquer relação ou ingerência na empresa estrangeira Biocom, tampouco nas obras de construção da usina. As cláusulas contratuais constantes dos contratos comerciais eximiam qualquer responsabilidade da CNO. Além disso, ela alegava a incompetência da Justiça Brasileira, em razão de a Biocom ser uma empresa estrangeira.

As provas produzidas no inquérito civil demonstraram, contudo, que, no plano da realidade, havia uma conexão *business-related* entre as empresas, sendo que a construção da usina da Biocom foi um empreendimento direto e exclusivo da Construtora Norberto Odebrecht e da Odebrecht Agroindustrial, havendo apenas separação formal das responsabilidades.

Após condenação das empresas réis em primeiro grau de jurisdição, acordaram as partes, no dia 3 de março de 2017, no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, para fim de dar quitação à indenização pleiteada na inicial da ação civil pública, que as empresas pagariam, de forma solidária, R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais), além da assunção de obrigações de não fazer.⁷

⁷ “1.1. Jamais vir a realizar, promover, estimular ou contribuir com a submissão de trabalhadores à condição análoga à de escravo, sob pena de multa no importe de R\$100.000,00, por trabalhador; 1.2. Jamais vir a realizar, promover, estimular ou contribuir com aliciamento nacional e/ou internacional de trabalhadores, sob pena de multa, no importe R\$100.000,00, por trabalhador; 1.3. Não utilizar em seus empreendimentos no exterior mão de obra contratada no Brasil mediante contrato de trabalho enviado ao país estrangeiro sem o visto de trabalho já concedido pelo governo do local, sob pena de multa, no importe de R\$60.000,00, por trabalhador; 1.4. Não realizar, promover, contribuir ou se aproveitar da intermediação de mão de obra (*marchandage*), inclusive com o envolvimento de aliciadores, intermediadores ou “gatos”, em desacordo com a lei, salvo em caso de trabalho temporário, com os contornos admitidos pela Lei nº 6.019 e de serviço de facilitação à colocação no mercado de trabalho realizados pelo SINE (Sistema Nacional de Empregos) sob pena de multa, no importe de R\$50.000,00, por trabalhador. [...] Os valores obtidos com o acordo serão destinados a projetos, iniciativas ou campanhas que revertam em benefício da coletividade, mediante aprovação conjunta do Ministério Público do Trabalho e do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região”.

Portanto, a Odebrecht tinha uma prática de contratação e de exercício do trabalho em condições análogas à de escravo. É muito comum as empresas terem uma empresa correlata em um país estrangeiro onde a proteção jurídica é mais fraca e, através dessa empresa correlata, usarem esse tipo de prática. Isso porque, no país estrangeiro com a jurisdição menos protetiva, há maior facilidade para violar direitos. Normalmente isso é feito através de outra pessoa jurídica para essa violação, mas com conexões substanciais entre as empresas (*business-related*).

O que esse caso mostra é que a jurisdição brasileira permite duas questões muito importantes: a primeira, que é possível ajuizar uma ação contra uma empresa brasileira que tenha tido essa prática, ainda que no exterior, mesmo que através de uma empresa correlata; a segunda, que é possível fazer um acordo com a empresa *parent company* para que ela aceite o pagamento de quantia por dano moral coletivo decorrente das práticas que ela adotou e do tipo de mercado que ela acabou estimulando (trabalho de condição análoga à de escravo), bem como que é possível estabelecer, através de acordo, obrigações de fazer extraterritoriais (que valem tanto para o território brasileiro, quanto para o território estrangeiro), com a possibilidade de aplicação de multa por descumprimento. Essa possibilidade de aplicação de multa vai ser efetivada no Brasil, mas terá um efeito deterrente para impedir que as determinadas condutas sejam exercidas também no estrangeiro.

2. O caso Odebrecht em Angola como processo coletivo transnacional

No que tange à delimitação do objeto deste artigo, importante referir, inicialmente, alguns conceitos para situar o tema em análise.

O art. 81⁸ do CDC traz a estrutura dos direitos coletivos *lato sensu*, como eles podem ser veiculados em juízo, prevendo três tipos: *direitos difusos*, *direitos coletivos 'stricto sensu'* e *direitos individuais homogêneos*, que serão identificados de acordo com a pretensão posta em juízo (NERY JUNIOR, 1998, p. 778; DIDIER JR; ZANETI JR, 2018, p. 89).

Nesse sentido, "*processo coletivo* é aquele em que se postula um direito coletivo *lato sensu* (situação jurídica coletiva ativa) ou se afirme a existência de uma situação

⁸ "Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou *direitos difusos*, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou *direitos coletivos*, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou *direitos individuais homogêneos*, assim entendidos os decorrentes de origem comum."

jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, p. ex.) de titularidade de um grupo de pessoas” (DIDIER JR; ZANETI JR, 2014, p. 273-280), sendo a *ação coletiva* no Brasil (LEITE, 2021, item 5.4.2.7; LEITE, 2014)⁹ uma espécie do gênero *processo coletivo* que tem a característica de ser, predominantemente, uma técnica coletiva *opt out*, isto é, o grupo (sujeito de direito titular da situação jurídica coletiva) é formado independentemente da conduta ativa de cada um dos membros do grupo.

Os processos coletivos transnacionais, por sua vez, podem ser entendidos como aqueles em que podem ocorrer, ao menos, as seguintes circunstâncias para a tutela de situações jurídicas coletivas: a) o grupo formado por membros no polo ativo ou passivo estrangeiros (*foreign plaintiffs*) (MONESTIER, 2011, p. 3); b) uma demanda ajuizada contra demandado estrangeiro (PINNA, 2008, p. 31), normalmente uma corporação transnacional, com estabelecimentos comerciais em mais de um país; c) quando o dano ou ilícito ultrapasse as fronteiras nacionais (WHYTOCK, 2011; ZANETI JR; BORGES; CARDOSO, 2016; TIBURCIO, 2016, p. 61; MOSCHEN; ZANETI, 2016, p. 80-95). Esses elementos podem concorrer, quer dizer, estar todos ou pelo menos dois presentes ao mesmo tempo, ou podem se dar de forma isolada. Basta um elemento para que se forme um processo coletivo transnacional.

O caso Odebrecht em Angola pode ser considerado um exemplo de ação coletiva transnacional, já que i) o grupo de direitos difusos tutelado incluiu nacionais e estrangeiros; ii) a empresa na qual ocorreram os fatos extraterritoriais era uma empresa estrangeira com conexão *business-related* a uma corporação transnacional (*parent company*) brasileira, responsável pelos atos cometidos pela empresa localizada no exterior; iii) o dano ou ilícito ultrapassou fronteiras nacionais.

No caso Odebrecht em Angola o pedido da ação buscou a tutela de *direitos difusos*, isto é, uma indenização coletiva por dano moral coletivo (e não para o direito individual de cada membro - tutela de direitos individuais homogêneos), com destinação de valores a projetos, iniciativas ou campanhas que revertam em benefício da coletividade, além da assunção de obrigações de não-fazer, ambas para tutelar direitos difusos.

A formação do grupo nessa ação coletiva se deu de forma *opt out*, isto é, todos que estavam naquela situação foram tutelados (nacionais e estrangeiros) de forma difusa. Os pedidos constantes da inicial, pelos quais se define o tipo de tutela (no caso para direitos difusos), foram para a tutela de pessoas indeterminadas (nacionais e estrangeiros). Houve assunção pela corporação transnacional de obrigações de não cometer mais condutas indevidas tanto no Brasil, quanto no exterior.

⁹ Também definido como sistema do acesso metaindividual.

A solução no caso Odebrecht em Angola ocorreu por meio de autocomposição judicial realizada, após condenação das empresas réis em primeiro grau de jurisdição, no dia 3 de março de 2017, no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

3. A jurisdição internacional como óbice na tutela dos direitos coletivos transnacionais

Os processos coletivos transnacionais, por envolverem situações jurídicas que não se limitam a um só ordenamento jurídico (jurisdição), sempre enfrentaram dificuldades de implementação e efetivação das decisões, quando necessário o reconhecimento da sentença e execução em outro país.

Através da jurisdição,¹⁰ identifica-se o país (ou os países) que pode decidir uma causa com elementos de estraneidade. Diante de jurisdições concorrentes, isto é, dois ou mais países com jurisdição para determinada causa, cabe à parte autora decidir onde propor a ação. Uma escolha sofisticada de onde propor a ação implica considerar os três referidos pilares do Direito Internacional Privado, isto é, as peculiaridades do direito processual de cada uma das jurisdições concorrentes (por exemplo, a existência de ação coletiva *opt out* como ocorre no Brasil), as diferenças do direito substancial aplicável (*lex causae*), além da probabilidade de sucesso no reconhecimento e execução no estrangeiro, se necessários (HILL; SHÚILLEABHÁIN, 2016, p. 2).

Nos litígios coletivos transnacionais, após a definição da jurisdição, que é um tema afeto ao Direito Internacional Privado e não será objeto deste artigo, o processo coletivo transnacional fixa-se em determinado ordenamento jurídico.

Assim, há uma grande relevância na escolha sofisticada da jurisdição concorrente a ser proposta a ação coletiva no sentido de facilitar a tutela dos direitos coletivos envolvidos, mas não só.

O gerenciamento do processo coletivo transnacional é o ponto de destaque para a efetividade na tutela dos direitos.

¹⁰ Trata-se de tema relacionado à jurisdição no plano internacional, e não à competência internacional, embora a doutrina já tenha adotado a prática de se utilizar o termo “jurisdição” e “competência internacional” indistintamente, o que também será feito ao longo desse trabalho. Segundo Carmen Tiburcio, fala-se em jurisdição, enquanto atributo decorrente da soberania do Estado para delimitar quais são as hipóteses que podem ser submetidas a julgamento em seu território. Difere-se da competência internacional, em que a jurisdição se organiza entre Estados soberanos, a exemplo do Regulamento 1215/2012 da União Europeia, que define entre os países membros aqueles que irão apreciar uma controvérsia. Entretanto, também a autora, mesmo considerando as distinções terminológicas, utiliza-se das expressões “jurisdição” e “competência internacional” indistintamente. (TIBURCIO, 2016, p.21-24; ARAÚJO, 2016).

Essa gestão do processo coletivo transnacional inclui um gerenciamento processual que busque evitar problemas futuros de reconhecimento e execução de sentença em outro ordenamento jurídico (GORETTI SANTOS, 2019). Quais pedidos (tipos de tutela) devem constar na ação coletiva que facilitarão a efetivação dos direitos com menor obstáculos possíveis, inclusive evitando a necessidade de reconhecimento e execução em outro ordenamento jurídico? Trata-se, portanto, de um gerenciamento que se inicia desde a escolha da jurisdição concorrente, inclui tipo de pedido da ação coletiva que favoreça a efetivação da tutela transnacional e, especialmente, que considere a possibilidade da autocomposição na resolução do conflito.

A resolução autocompositiva da ação coletiva transnacional tem a vantagem de facilitar a superação dos limites da jurisdição de cada país, que é o principal óbice à efetivação dos direitos coletivos transnacionais. Isso porque o reconhecimento (e a execução) de sentença em ações coletivas em um ordenamento jurídico estrangeiro significa comumente problema de duração razoável do processo, quando não de reconhecimento da sentença coletiva estrangeira. Na verdade, esse não reconhecimento decorre da rejeição de alguns ordenamentos jurídicos à técnica coletiva *opt out*, ou ainda pelo entendimento de não ser cabível a regulação de matéria de direito público extraterritorialmente (BUSCHKIN, 2005, p. 1575-1582).

Nesse cenário, a autocomposição em processos coletivos transnacionais ganha destaque e deve ser pensada justamente como forma de evitar decisões judiciais que poderiam ter maior dificuldade de se tornarem efetivas em outro ordenamento jurídico, a depender de um reconhecimento ou execução de sentença estrangeira resultantes de ações coletivas transnacionais.

O acordo nos processos coletivos transnacionais pode, portanto, representar grande auxílio na superação da barreira da jurisdição internacional, facilitando a implementação de direitos coletivos transnacionais.

Por exemplo, a modificação comportamental, que é um dos objetivos principais das ações coletivas e também das transnacionais, isto é, o uso da justiça civil para deter condutas prejudiciais, através da *corrective justice* no caso do ilícito coletivo e da *função deterrente* (GIDI, 2007, p. 36),¹¹ por meio da efetiva punição da conduta, pode ser alcançada com a assunção de compromissos transnacionais pela corporação (*parent company* – empresa-mãe) localizada em território nacional, o que representa uma regulação de conduta para além das fronteiras nacionais (BUXBAUM, 2006, 2014). Isso tem, por si só, uma grande efetividade transnacional, pois essas corporações têm

¹¹ “A simples possibilidade da tutela coletiva, e da consequente responsabilidade civil em massa, faz com que potenciais infratores se sintam desencorajados de praticar condutas ilícitas e resistam à tentação de obter lucros fáceis em detrimento de direitos e interesses de uma coletividade que, de outra forma, estaria completamente indefesa e vulnerável (*deterrence*)” (GIDI, 2007, p. 36).

ramificações por diversos países e a assunção de um compromisso regulativo por meio de acordo pode alcançar efetividade extraterritorial (fora do ordenamento jurídico), diminuindo dificuldades advindas de jurisdição internacional.

É comum empresas transnacionais terem conexão *business-related* com empresas localizadas em países mais vulneráveis (muitos destituídos de instrumentos processuais adequados para a tutela de direitos coletivos) e usarem essas empresas para fazerem a *parte suja* da atividade econômica. São empresas formalmente independentes, mas, de fato, ligadas fortemente por uma conexão *business-related* com a empresa-mãe. É através dessa conexão (prova de uma conexão substancial entre as empresas) que pode haver a atração para a empresa-mãe da responsabilidade por atos ilegais cometidos em território estrangeiro por empresas que servem como braços à corporação transnacional. A assunção de obrigações injuncionais (de fazer ou não-fazer) pela empresa-mãe por meio da autocomposição tem potencial de alcançar efetividade além-fronteiras, sem a necessidade de envolver a jurisdição de outro ordenamento jurídico.

No acordo realizado no caso Odebrecht em Angola, a assunção pela *parent company* (Odebrecht) de obrigações de não fazer mais condutas ilegais relacionadas ao direito coletivo do trabalho, protegendo difusamente trabalhadores nacionais e estrangeiros das condutas ilegais das empresas implicou uma regulação transnacional da atividade econômica. Foram obrigações assumidas em ordenamento jurídico brasileiro e que terão efeitos aqui, em Angola e em qualquer outro país.

No caso em análise, como se referiu, houve um gerenciamento da ação coletiva transnacional desde o momento da formulação dos pedidos, pois não houve pedidos de indenização para direitos individuais homogêneos, somente pedido indenizatório para o direito difuso violado (direito do trabalho de nacionais e estrangeiros).

A utilização da técnica coletiva *opt out* (tutela a, tutela todos) foi pensada para obter maior abrangência à tutela regulatória, sem necessariamente envolver outro ordenamento jurídico (jurisdição). Isso porque as ações coletivas que envolvem pedidos relacionados a direitos individuais homogêneos (indenizações) e que são transnacionais em razão de o grupo ser formado por membros estrangeiros (*foreign plaintiffs*) tendem a ser mais complexas.

As técnicas coletivas utilizadas em caso de pedido que envolva direito individual homogêneo variam de *opt out* (presume-se a inclusão e todos os membros do grupo), *opt in* (inclusão do membro depende de manifestação ativa da vontade de cada um) ou *híbrida* (mescla as duas técnicas).

No Brasil, contudo, como os direitos fundamentais individuais e coletivos se somam, não se subtraem (ZANETI, 2013, p. 262), ações individuais indenizatórias

podem ser propostas concomitantemente à ação coletiva (não há litispendência entre ação coletiva e individual), bem como ações individuais podem ser propostas em caso de improcedência da ação coletiva (coisa julgada *secundum eventum litis*) (DIDIER JR; ZANETI JR, 2021, p. 509-515).

Essa independência entre as tutelas coletiva e individual no ordenamento jurídico brasileiro é uma vantagem de acesso à justiça em tal ordenamento jurídico¹² e permite que haja um gerenciamento da tutela coletiva de modo a fracionar as tutelas de forma estratégica sem que haja prejuízo à tutela dos direitos, quando o caso concreto indicar que isso possa representar vantagem à efetivação dos direitos. Essa foi a opção tomada no caso Odebrecht em Angola. Os direitos individuais homogêneos permanecem hígidos para gerar novas demandas individuais, ou outra demanda coletiva para a tutela desses direitos com técnica *opt out*, *opt in*, ou híbrida.

4. Autocomposição como ferramenta para efetividade dos processos coletivos transnacionais

O ordenamento jurídico brasileiro, a partir do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), propõe a solução judicial como *ultimo ratio* (COSTA E SILVA, 2009, p. 19-21; GRINOVER, 2016, p. 62; DIDIER JR; ZANETI JR, 2020, p. 376; DIDIER JR, 2015, p. 220), ao estabelecer que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos serão estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (art. 3º, §3º do CPC) através do princípio do estímulo à autocomposição.

Os acordos podem ser materiais, processuais ou mistos. Os acordos podem ocorrer extrajudicialmente ou após o ajuizamento da ação coletiva, já em juízo. Os acordos podem até mesmo estabelecer como ocorrerá a fase de execução em caso de descumprimento da autocomposição. A autocomposição é hoje, portanto, uma realidade, também nos litígios coletivos transnacionais, conforme visto.

Esse *process pluralism* tem a vantagem de não ser vendido mais em um único tamanho (SILVESTRI, 2020, p. 2), podendo ser adaptado às necessidades de cada uma das tutelas de direito. No caso de acordos em direitos coletivos transnacionais, a tutela desses direitos tem características peculiares que indicam que a autocomposição pode ser uma saída vantajosa para evitar problemas relacionados à jurisdição internacional.

¹² No Brasil há um sistema metaindividual (órgãos públicos, associação civil e cidadão) de acesso à justiça que combina o sistema publicista, o privatista e o associacionista, mas o destaque é o Ministério Público (LEITE, 2009).

A efetivação da tutela coletiva transnacional relaciona-se diretamente à necessidade de não se criar entraves desnecessários à realização do direito. Se “o direito existe para se realizar. A realização é a vida e a verdade do direito, é o próprio direito. O que não se traduz em realidade [...] é um direito meramente aparente, nada mais que palavras vazias [...]” (JHERING, 1910, p. 17 *apud* OLIVEIRA, 2003, p. 244).

Nesse sentido, a opção pela autocomposição em direitos coletivos transnacionais pode contribuir para a concretização de direitos coletivos transnacionais. O maior problema desses direitos é a efetividade da tutela obtida judicialmente, quando necessário o reconhecimento de sentença e execução em outro ordenamento jurídico. Isso porque a jurisdição internacional é utilizada para obstar a efetividade da tutela jurisdicional transnacional, permitindo às grandes corporações transnacionais usufruírem de um verdadeiro *limbo* de irresponsabilidade global.

Esse *limbo* ocorre da seguinte forma: normalmente as violações a direitos humanos e danos ambientais ocorrem em país estrangeiro cuja jurisdição é menos protetiva aos direitos e tais violações são realizadas através de uma empresa-braço da corporação transnacional no exercício da atividade econômica. Assim, diante da existência de jurisdições concorrentes, as corporações transnacionais buscam, através do *forum non conveniens*, o argumento da força da conexão do local do dano ou do ilícito para que a jurisdição estatal seja fixada na jurisdição com menor proteção a direitos. Após o processo transcorrer na jurisdição menos protetiva, em caso de procedência da ação, quando essas corporações transnacionais são acionadas para o reconhecimento e execução da sentença estrangeira no ordenamento jurídico em que sua sede está localizada, alegam falhas no processo justo, evitando o reconhecimento e esquivando-se da responsabilização de seus atos diante de sentenças judiciais que não se concretizam no mundo dos fatos por falta de reconhecimento.

O *limbo* de irresponsabilidade global decorrente da lacuna de acesso à justiça transnacional (*transnational access-to-justice gap*) ocorre quando determinado ordenamento jurídico entende ser inadequado o exercício de sua jurisdição (no caso de jurisdições concorrentes), aplicando o *forum non conveniens*. Entretanto, após, quando acionado em eventual reconhecimento e execução de decisão estrangeira, o mesmo ordenamento jurídico afirma não ser possível o reconhecimento do julgado realizado no foro estrangeiro por problemas de falhas no processo justo (WHYTOCK; ROBERTSON, 2011, p. 1510-1514, 1520-1521).¹³

¹³ Esse tipo de “limbo” de irresponsabilidade global é comum em danos ambientais transnacionais como caso *Chevron Aguinda v. Texaco, Inc.*, 303 F.3d 470, 473 (2d Cir. 2002) que se arrasta por mais de 25 anos e ainda não foi solucionado. Em 2014, a justiça dos EUA declarou nula a sentença que mandava a Chevron indenizar os danos causados em US\$ 8.6 bilhões. Em junho de 2017, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu não julgar um recurso apresentado contra a decisão da Corte de Apelação

A autocomposição em processos coletivos transnacionais ganha importância justamente nesse contexto. Evidentemente que a obtenção de acordos, ainda que parciais, não é uma tarefa fácil.

Entretanto, o Ministério Público no ordenamento jurídico brasileiro exerce o protagonismo na defesa de direitos coletivos e possui uma ferramenta importantíssima capaz de fomentar a autocomposição. Trata-se do inquérito civil que permite a busca por uma completude do material probatório bem ampla, favorecendo a solução autocompositiva do litígio.

Os acordos em processos coletivos transnacionais, por serem uma solução autocompositiva, por si só, já representam um importante instrumento à efetivação dos direitos, pois se trata de solução negociada (GORETTI SANTOS, 2016, p. 61) e não imposta pelo método heterocompositivo tradicional. Evidentemente, problemas na execução dos acordos existirão. A execução, contudo, tende a ter a vantagem de a autocomposição em direitos coletivos transnacionais ter uma natureza essencialmente contratual e depender, antes de mais nada, da vontade das partes para a obtenção da força obrigatória dos contratos (KRAMER, 2014, p. 20).

Além disso, a articulação entre *direito dos contratos* e o *processo justo*¹⁴ visa à condução de acordos realizados com garantias que passam por uma “processualização do contrato” (CADIET, 1999, p. 23), manifestada na totalidade de seus sentidos: processual e substancial, numa ideia de ciclo fechado (CADIET; NORMAND; MEKKI, 2013, p. 241).¹⁵ Nesse sentido, busca-se evitar desequilíbrios manifestamente significativos e excessivos (abusos) nos acordos (CADIET; NORMAND; MEKKI, 2013, p. 218), tais como aqueles realizados diante de uma relação de forças desiguais (quando há

do Segundo Circuito, mantendo a decisão do juiz de Nova York que decidiu que a condenação da empresa se baseou em prova fraudulenta e que o advogado norte-americano Steven Donziger teria cometido crimes para impor a sentença equatoriana nos Estados Unidos. Essa decisão implica grande vitória à Chevron (ver: www.reuters.com/article/us-usa-court-chevron/u-s-top-court-hands-chevron-victory-in-ecuador-pollution-case-idUSKBN19A1V4), pois impede o reconhecimento e execução da sentença equatoriana nos Estados Unidos. No Brasil também houve um pedido de homologação de sentença estrangeira por 47 pessoas em relação à referida sentença condenatória da Chevron realizada no Equador, sendo, contudo, rejeitada a homologação de sentença pela Corte Especial do STJ em 1.12.2017 (SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Nº 8.542 - EC (2013/0081095-1)). Portanto, depara-se com uma situação que ultrapassa mais de 20 anos sem que tenha havido qualquer solução para os danos causados. Sobre o caso Chevron, consultar: ZANETI JR; BORGES; CARDOSO, 2016.

¹⁴ Este trabalho utiliza “processo justo” que tem sua equivalência ao devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV, CRFB (*due process of law, procès équitable, processo equo e giusto, fair*), com expressa preocupação da inclusão de sua dimensão substancial. (COMOGLIO, 2004, p. 47-51; PICARDI, 2013, p. 4; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 736-738; ÁVILA, 2008).

¹⁵ No Brasil, ressalta-se a processualização das obrigações: COUTO E SILVA, 2006.

imposição de uma solução de uma parte à outra, por exemplo), pois acordos justos facilitam a execução em outro ordenamento jurídico, caso isso venha a ser necessário, evitando argumento de violação à ordem pública, por exemplo.

No Brasil, a homologação judicial dos acordos coletivos não é obrigatória. O Ministério Público, no ordenamento brasileiro, exerce o protagonismo na legitimação extraordinária dos grupos para ação coletiva (art. 5ª da Lei nº 7.347/85) e, por consequência, para autocomposição em ação coletiva. Exerce ainda o papel de fiscal do ordenamento jurídico (art. 5º, § 2º, da Lei 7.347/1985), o que permite, desde já, um controle análogo ao do juiz na homologação, pois, mesmo quando seja parte, atua em nome do interesse público primário (ALESSI, 1953, p. 148-155; MELLO, 2003, p. 603; DIDIER JR; ZANETI JR, 2018, p. 41-43; ZANETI, 2020, p. 174) que qualifica a tutela coletiva no interesse da coletividade, dos grupos.

No caso Odebrecht em Angola, não obstante não seja obrigatória a homologação, a autocomposição realizada foi homologada judicialmente, tornando-a título executivo judicial nos termos do art. 515, II e III, do Código de Processo Civil.

A autocomposição no caso Odebrecht em Angola se preocupou com o gerenciamento da ação coletiva transnacional de forma a obter efetividade da ação coletiva transnacional sem a necessidade de execução em outro ordenamento jurídico.

Ainda que os casos em que o reconhecimento e a execução sejam necessários em outro ordenamento jurídico, a autocomposição, em razão de sua natureza contratual, representa uma vantagem em busca da efetivação de direitos que não se limitam às fronteiras nacionais, se comparados à tradicional via do reconhecimento e execução de sentença estrangeira.

5. Autocomposição como forma para superação dos problemas decorrentes da lei aplicável ao caso e da competência judicial (jurisdição internacional)

Neste tópico, será enfrentado e respondido o problema central sobre a lei material que deve ser aplicada ao caso e a lei processual que disciplinará a competência judicial para a demanda coletiva. No que tange à competência judicial (jurisdição internacional), o item 4 já tratou desse aspecto, sendo retomado aqui o cenário da jurisprudência na área do Direito do Trabalho.

A autocomposição nos processos coletivos transnacionais também pode auxiliar eventuais conflitos relativos à lei aplicável ao caso.

Isso porque, nas situações jurídicas que têm um ou mais elementos de estrangeira, isto é, contatos com outro(s) ordenamento(s) jurídico(s) diferente(s), além

da identificação do ordenamento jurídico mais adequado para julgar o caso, faz-se necessária também a determinação de qual a lei (direito material) será aplicável no julgamento (*lex causae*).

Em todo o Direito Internacional Privado, vige um princípio (seja no *common law*, seja no *civil law*) de que todas as matérias relativas a processo são regidas exclusivamente pelo direito do foro – *lex fori* – (isto é, pelas normas jurídicas do país em que a ação foi proposta) (SPIRO, 1969, p. 949 *apud* LUPOI, 2002, p. 91), seja qual for a lei material aplicável à controvérsia posta em juízo (*lex causae*) (MORRIS; McCLEAN; ABOU-NIGM, 2016, p. 81; ROGERSON, 2016, p. 412). A definição da jurisdição é, portanto, regida pela *lex fori*. Até aqui não há divergência ou dificuldade. O problema, contudo, surge quando da definição e qualificação dos institutos e das questões, se dizem respeito ao direito material ou ao direito processual.¹⁶

A importância dessa diferenciação é relevante no Direito Internacional Privado, já que, para questões processuais, a lei a ser aplicada será a *lex fori*, ao passo que, para questões de direito material (*substance* - mérito), pode vir a ser aplicada uma *lex causae* estrangeira.

Por exemplo, o Regulamento Roma I, que determina as normas para lei aplicável aos contratos individuais de trabalho internacionais no âmbito da União Europeia celebrados após 17 de dezembro de 2009, estabelece que as partes podem escolher a lei aplicável, mas protege, ao mesmo tempo, a parte mais fraca. Também estabelece, quando a lei aplicável não for escolhida pelas partes, a lei do «lugar onde o trabalhador efetua habitualmente o seu trabalho». Se o país não pode ser identificado, determina a lei do país onde se situa o estabelecimento que contratou o trabalhador. Há também uma exceção quando o contrato tem conexão mais forte com outro país, podendo ser aplicada a lei deste país, desde que mais benéfica.¹⁷

No Brasil, diante do conflito de leis trabalhistas no espaço, no que concerne ao critério de direito material, a relação de emprego será regida segundo a lei do país em que o serviço tenha sido ou esteja sendo prestado. Trata-se da teoria da *lex loci executionis*, pela qual a relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação do serviço e não por aquelas do local da contratação. Contudo, o critério da norma jurídica mais favorável também pode vir a ser aplicado em favor do empregado (LEITE, 2021, itens 2.4.1 e 2.4.3)

¹⁶ Prevalece o entendimento de que, no *common law* tradicional inglês, assim como na grande maioria dos países de *civil law*, a qualificação ou caracterização das categorias legais, bem como sua identificação como *substantive* ou *procedural* deve ser feita com base na *lex fori* (MORRIS; McCLEAN; ABOU-NIGM, 2016, p. 81; ROGERSON, 2016, p. 564-567).

¹⁷ Art. 8 Regulamento (CE) no 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN>. Acesso em: 27 jun. 2021.

A definição da lei de aplicação ao caso por si só não é uma tarefa simples. Quando se trata de ações coletivas transnacionais que envolvem diferentes pedidos, tais como tutelas ressarcitórias, mandamentais, dentre outros, a aplicação da *lex causae* fica ainda mais complexa.

No Direito do Trabalho, é importante lembrar que a Súmula nº 207 do TST assim dispunha: “CONFLITOS DE LEIS TRABALHISTAS NO ESPAÇO. PRINCÍPIO DA “LEX LOCI EXECUTIONIS” (cancelada) - Res. 181/2012, DEJT divulgado em 19, 20 e 23.04.2012. A relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação.

Essa súmula, porém, foi cancelada em 2012 e a jurisprudência dominante no TST passou a ser esta:

[...] “COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA BRASILEIRA. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. ESTADO ESTRANGEIRO. EMPREGADA BRASILEIRA CONTRATADA PARA PRESTAR SERVIÇOS EM CONSULADO ESTABELECIDO NO BRASIL 1 - O art. 114, I, da Constituição estabelece que a competência da Justiça do Trabalho também abrange os entes de direito público externo, isto é, os sujeitos do Direito Internacional Público. Logo, se a ação é oriunda de relação de trabalho em que Estado estrangeiro figura como empregador, compete à Justiça do Trabalho processá-la e julgá-la. 2 - De outra parte, ressalta-se que os Estados estrangeiros, diferentemente do que se dá em relação aos organismos internacionais (OJ nº 416 da SbDI-1 do TST), não têm sua imunidade de jurisdição disciplinada em convenções e tratados internacionais. Sua imunidade de jurisdição decorre de regra do Direito Consuetudinário que diferencia sua incidência ou não conforme a natureza dos atos praticados e, assim, lhe atribui natureza apenas relativa. As controvérsias decorrentes de seus atos de império, que decorrem do exercício direto da soberania estatal, submetem-se à imunidade de jurisdição, o que não ocorre em relação a seus atos de gestão, como àqueles decorrentes de contratos e relações trabalhistas. 3 - Tal praxe do Direito Internacional foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento do ARE nº 953.656/RJ (DJE nº 185, 31/08/2016). Na oportunidade, o Rel. Min. Luiz Fux registrou: “[...] a imunidade de jurisdição de Estados estrangeiros decorreu originariamente de prática costumeira no direito internacional, principalmente ante a inexistência de norma brasileira que disponha sobre o tema. [...] Desenvolveu-se, a partir de então, um entendimento mais restrito quanto à imunidade de jurisdição de Estados estrangeiros, estabelecendo-se a distinção jurídica da responsabilização jurídica de outros países conforme a natureza do ato praticado: se de império (*jure imperii*) ou se de gestão (*jure gestionis*). [...] É dizer: apenas em relação aos atos

de gestão é que se pode admitir a relativização da imunidade de jurisdição, providência que não se revela possível em relação aos atos de império, que decorrem do exercício direto da soberania estatal.” Nesse mesmo sentido, firmou-se a jurisprudência do TST. 4 - No caso, cuida-se de controvérsia oriunda de contrato de trabalho firmado entre a reclamante, brasileira, e a representação consular de Portugal no Rio de Janeiro, no exercício de atividades meramente negociais, a atrair a jurisdição brasileira e, especificamente no que toca à competência material, a atuação da Justiça do Trabalho. 5 - Não incide no caso a OJ nº 416 da SbdI-1 do TST, que cuida da imunidade de jurisdição dos organismos internacionais, sujeitos do direito internacional público derivados (também denominados secundários), distintos dos Estados, sujeitos originários. 6 - Por fim, no que toca à suposta violação do art. 5º da Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e dos seus Bens, que prevê a imunidade de jurisdição absoluta dos Estados, cumpre ressaltar que, embora assinada por Portugal, não foi assinada pelo Brasil. De toda forma, sua vigência internacional, inclusive para os signatários, ainda encontra-se atualmente no aguardo do implemento de sua condição suspensiva: a assinatura por pelo menos trinta Estados-membros (art. 30, I). 7 - Agravo de instrumento a que se nega provimento. CERCEAMENTO DE DEFESA. RECURSO ORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. INCIDÊNCIA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. *LEX LOCI EXECUTIONIS*. 1 - Os recursos de natureza ordinária ostentam efeito devolutivo amplo, de forma a transferir ao Tribunal a apreciação e julgamento de todas as questões suscitadas na inicial ou na defesa, ainda que não examinadas pela sentença, nos termos do art. 1.013, § 1º, do CPC de 2015. Nesse sentido, o inciso I da Súmula nº 393 do TST. 2 - No caso, o TRT não conheceu do recurso ordinário no que toca a alguns temas ao fundamento de que, quanto a eles, o reclamado não impugnou os fundamentos adotados na sentença com fulcro na legislação brasileira, se limitando a alegar que o caso se rege pela legislação portuguesa. 3 - No entanto, a controvérsia acerca da legislação que rege a relação de trabalho em apreço, a ser examinada à luz do conflito de leis no espaço, é prejudicial ao exame do que dispõe o direito brasileiro sobre as circunstâncias do caso. Desse modo, o não conhecimento de parte do recurso ordinário que suscita tal questão importaria, a princípio, o reconhecimento da nulidade do acórdão do Regional por cerceamento de defesa e a determinação de retorno dos autos para exame do mérito do recurso. 4 - Contudo, cuidando-se de matéria de direito apta a ser apreciada de pronto por esta Corte superior, deixa-se de remeter os autos ao Tribunal Regional para exame do recurso, visto que não haveria utilidade em

declarar nulidade no caso concreto. 5 - Sustenta o ora agravante a incidência da legislação portuguesa ao caso, em detrimento da legislação brasileira. A reclamante, brasileira, não se cuida de empregada transferida para o exterior, mas de contratada no Brasil para prestar serviços também no Brasil, na sede da representação consular de Portugal no Rio de Janeiro, o que atrai o princípio *lex loci executionis*, à luz do art. 198 do Código de Bustamante, segundo o qual a relação jurídica é regida pelo local de sua execução. Tal critério de territorialidade, desde o cancelamento da Súmula nº 207 desta Corte superior, pode ser afastado, mas apenas em hipótese de haver norma mais favorável - o que se dá, por exemplo, na disciplina dos empregados transferidos para laborar no exterior, nos termos do art. 3º, II, da Lei nº 7.064/82. Incidente, portanto, a legislação brasileira no caso. 6 - Agravo de instrumento a que se nega provimento, por fundamento diverso. SUPOSTA COISA JULGADA ESTRANGEIRA. AÇÃO AJUIZADA EM PORTUGAL. REPRESENTAÇÃO PELOS ÓRGÃOS DE CLASSE PORTUGUESES. POSTERIOR AJUIZAMENTO DE AÇÃO NO BRASIL. FORUM SHOPPING. AUSÊNCIA DE ABUSO DE DIREITO. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL CONCORRENTE 1 - No caso, depreende-se do acórdão do TRT que a ora reclamante ajuizou ação em Portugal, mediante “órgão representativo de classe”, com fulcro nos mesmos fatos decorrentes da relação de emprego ora em apreço. 2 - Inicialmente, cumpre ressaltar que não se cuida de analisar propriamente eventual existência de “coisa julgada internacional”, como alega a ora agravante, haja vista tal denominação, no direito internacional, referir-se às hipóteses em que houve julgamento de lide por tribunal internacional a cuja jurisdição o Estado se submeteu. Cuida-se, em verdade, de controvérsia acerca de suposta coisa julgada estrangeira, oriunda do exercício de jurisdição nacional de outro Estado. No caso, incumbe analisar então os limites da jurisdição nacional brasileira (título II, capítulo I, do CPC/15) à luz da disciplina acerca da competência internacional concorrente. 3 - Os arts. 21 e 22 do CPC/15 dispõem sobre as hipóteses em que a ação poderá ser processada e julgada por jurisdições estrangeiras e pela brasileira, entre as quais se encontra aquela fundada em “fato ocorrido ou ato praticado no Brasil” (art. 21, III) - caso dos autos. Em tais hipóteses, o jurisdicionado pode escolher a jurisdição que entender mais favorável. Optando por acionar ambas, há o denominado forum shopping, termo cunhado no seio da teoria do conflito das jurisdições. 4 - De outra parte, frise-se que, a princípio, os efeitos da coisa julgada são limitados à jurisdição em que foi proferida. Nesse sentido, o art. 16 do CPC/16. No entanto, é dado aos Estados reconhecer efeitos aos atos de jurisdição estrangeira, mediante adoção de procedimentos específicos. No

Brasil, os requisitos para homologação da sentença estrangeira estão definidos na Resolução nº 9, de 4 de maio de 2005, do STJ e no art. 963 do CPC/15. Segundo tal disciplina, os efeitos da coisa julgada estrangeira se dão apenas após a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça. Anteriormente a tal ato, não há qualquer óbice ao exercício da jurisdição brasileira. Nesse sentido, inclusive, o art. 24 do CPC/15 afastou a ocorrência da litispendência estrangeira, nos seguintes termos: “A ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil.” Consoante a doutrina sobre o conflito de jurisdições, “Isso faz com que o sistema processual brasileiro tenha privilegiado o aspecto da velocidade na obtenção da coisa julgada como o critério definidor de qual sentença gerará efeitos no Brasil, ou seja, se a estrangeira ou a nacional” (CAMARGO, Solano. **Forum shopping**: modo lícito de escolha de jurisdições? Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo, 2015. p. 115.) 5 - Nesse contexto, a ação ajuizada pela reclamante em Portugal, sem qualquer menção no acórdão do TRT a eventual homologação da decisão final, não constitui nenhum óbice ao exercício da jurisdição nacional pela Justiça do Trabalho. No aspecto, portanto, não há violação do art. 485, VI, do CPC/15. 6 - Já no que toca ao suposto abuso de direito decorrente do manejo do forum shopping nas jurisdições brasileira e portuguesa, Camargo mais uma vez leciona: “No direito brasileiro, não é possível se afirmar que o forum shopping possa ser considerado, *a priori*, um abuso do direito do demandante, na medida em que o NCPC e o sistema de competência internacional o permitem, como já demonstrado anteriormente. Para verificação do abuso *a posteriori*, a escolha da jurisdição mais favorável deve ser analisada dentro da teoria do abuso do direito, por meio de suas projeções. São elas a violação do dever de lealdade e o uso do processo para atingimento de objetivo ilegal.” (CAMARGO, Solano. *Forum shopping*: modo lícito de escolha de jurisdições? Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo, 2015. p. 115, grifo nosso) 7 - No caso, não se depreende do acórdão do TRT qualquer violação ao dever de lealdade ou de uso do processo para alcançar objetivo ilegal. Nesse sentido, tampouco vislumbro abuso de direito e violação do art. 187 do Código Civil. 8 - Agravo de instrumento a que se nega provimento. JULGAMENTO EXTRA PETITA 1 - Nos termos do art. 492 do CPC/2015, é vedado ao juiz proferir julgamento *extra petita*. Isto é, não lhe é dado condenar a parte em objeto diverso do que lhe foi demandado, à luz do princípio da inércia da jurisdição. 2 - No caso, o TRT registrou que “há pedido

expresso de condenação ao pagamento de horas extras, como se vê do rol da inicial”. Não houve, pois, julgamento *extra petita*. 3 - Agravo de instrumento a que se nega provimento. HORAS EXTRAS. AUMENTO DA JORNADA DE TRABALHO. ALTERAÇÃO CONTRATUAL LESIVA 1 - A agravante não cuidou de apontar de forma detida e analítica a violação dos dispositivos invocados, declinando em que sentido a decisão recorrida, que adotou a tese de que houve alteração contratual lesiva, teria afrontado cada um deles, de modo a satisfazer o requisito disposto no art. 896, § 1º-A, III, da CLT. 2 - Com efeito, sequer impugna o fundamento da alteração contratual lesiva decorrente do aumento da jornada de trabalho por duas vezes, de 30 para 35 horas semanais e de 35 para 40h semanais, visto que se limita a sustentar que havia previsão legal para a jornada de 35h. 3 - Agravo de instrumento a que se nega provimento. SALÁRIO. CRITÉRIO DE CÁLCULO. VINCULAÇÃO À COTAÇÃO DO EURO. ALTERAÇÃO CONTRATUAL LESIVA. 1 - No caso, o TRT registrou que “até setembro de 2013 o valor a ser pago em Real ficava condicionado à cotação do Euro no dia do pagamento”. Nesse sentido, decorrendo de estipulação expressa ou não, tal critério de cálculo do salário adere ao contrato de trabalho da reclamante, à luz do art. 442 da CLT. 2 - A partir de setembro de 2013, no entanto, depreende-se do acórdão do TRT que “passou-se a adotar um valor fixo, observada a cotação do Euro no mês de março de 2013”. Tal mudança, se importa em alteração contratual lesiva, é nula nos termos do art. 468 da CLT. 3 - O prejuízo na fixação do valor da cotação utilizado “foi demonstrado na inicial por amostragem, bem como pelos documentos colacionados aos autos por ambas as partes”. 4 - Nesse contexto, o reconhecimento da nulidade da alteração contratual lesiva e a condenação ao pagamento das diferenças salariais decorrentes da aplicação do critério de cálculo do salário utilizado até setembro de 2013 não viola os dispositivos de lei apontados pela reclamada. 5 - Agravo de instrumento a que se nega provimento [...]” (TST-RRAg-11285-89.2015.5.01.0008, 6ª Turma, Relatora Ministra Katia Magalhães Arruda, DEJT 27/11/2020).

COMPETÊNCIA TERRITORIAL BRASILEIRA. EMPREGADO CONTRATADO NO BRASIL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM CRUZEIRO INTERNACIONAL. TRANSCENDÊNCIA. O processamento do recurso de revista na vigência da Lei nº 13.467/2017 exige que a causa ofereça transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica, a qual deve ser analisada de ofício e previamente pelo Relator (artigos 896-A, da CLT, 246 e 247 do RITST). A matéria diz respeito à declaração da competência da Justiça brasileira e trabalhista para julgar causa trabalhista envolvendo empregado brasileiro que fora contratado no Brasil para prestar serviços em

cruzeiros marítimos, com rotas em águas brasileiras e internacionais. Ficou delimitado no v. acórdão regional que “o contrato de emprego foi realizado no Brasil, [...] tendo sido celebrado em Baía da Traição-PB” e que o reclamante prestou serviços em águas brasileiras e internacionais, visto que, no 1º contrato, o embarque ocorreu em Recife-PE e o desembarque em Hamburgo, na Alemanha; no 2º contrato, o embarque foi na cidade de Veneza, na Itália, com desembarque em Santos; no 3º contrato, o embarque ocorreu em Recife-PE, com desembarque em Veneza, na Itália, e, no 4º contrato, o embarque se deu na cidade do Rio de Janeiro e o desembarque em Lisboa, em Portugal. A causa não apresenta transcendência econômica, política, social ou jurídica. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento, porque não reconhecida a transcendência. RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.467/2017. EMPREGADO CONTRATADO NO BRASIL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM CRUZEIRO INTERNACIONAL. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. TRANSCENDÊNCIA. A matéria diz respeito à legislação aplicável ao trabalhador brasileiro contratado no Brasil para prestar serviços em navio internacional, com rotas em águas nacionais e estrangeiras. O eg. Tribunal Regional decidiu que deve ser aplicada a legislação brasileira e trabalhista ao caso, por ser mais favorável ao trabalhador, e não o Princípio da *Lex Loci Executionis*. Aplicou a Teoria do Centro de Gravidade, que permite seja afastada a aplicação da Lei da Bandeira do Navio quando, diante das peculiaridades do caso concreto, a causa possui uma interação muito próxima com outro direito. A matéria não apresenta transcendência econômica, política, social ou jurídica. Recurso de revista de que não se conhece, porque não reconhecida a transcendência” (ARR-299-51.2017.5.13.0015, 6ª Turma, Relatora Desembargadora Convocada Cilene Ferreira Amaro Santos, DEJT 31/05/2019).

“[...] QUITAÇÃO EM PDV. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO PELO EXERCÍCIO DE CARGO DE DIRETOR NO EXTERIOR. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO DO LOCAL DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. 1 - Não há como debater a matéria sob o enfoque dos efeitos da alegada suspensão contratual quanto a período de exercício de cargo de diretor estatutário (Súmula nº 269 do TST), pois no acórdão de embargos de declaração constou apenas o registro de que a matéria teria sido examinada no acórdão de recurso ordinário. Porém, nesse particular, não houve tese explícita do TRT no acórdão de recurso ordinário, mas somente o relatório das alegações do reclamante. 2 - Também não há tese explícita no acórdão recorrido sob o enfoque de extinção de contrato de trabalho mediante adesão a PDV. 3 - O TRT reconheceu a aplicabilidade da legislação brasileira nos termos da Lei

nº 7.064/1982, sob o fundamento de que no caso concreto se trata de trabalhador contratado no Brasil para prestar serviços no exterior. Não há como ser reconhecida a alegada contrariedade à Súmula nº 207 do TST, pois foi cancelada e a jurisprudência desta Corte Superior passou a ser no sentido de que não mais vigora o princípio da *lex loci executionis*, segundo o qual a relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviços. Não se aplica a norma geral do art. 9º da LINDB, segundo o qual “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”, mas, sim, as normas específicas da Lei nº 7.064/1982, a qual é expressa ao determinar a aplicação da legislação brasileira quando mais favorável ao empregado do que a legislação do país da prestação de serviços (julgados). 4 - No caso dos autos, a pretensão do reclamante na petição inicial e no seu recurso ordinário foi de aplicação da legislação brasileira, donde se deduz que esta lhe seria mais benéfica. Por outro lado, a reclamada postula a aplicação da legislação estrangeira, donde também se deduz que esta seria mais favorável para a empresa, e não para o reclamante. 5 - Agravo de instrumento a que se nega provimento. [...]” (TST-ARR-866-65.2010.5.02.0005, 6ª Turma, Relatora Ministra Katia Magalhães Arruda, DEJT 15/02/2019).

Nesse sentido, a autocomposição em tais litígios passa a ter também a vantagem de ser uma forma de superar problemas relativos a conflitos de leis no espaço, seja de direito processual, seja de direito material.

Considerações finais

A autocomposição no caso Odebrecht em Angola demonstrou que a efetivação de direitos coletivos transnacionais pode ser pensada mediante meios autocompositivos.

Os óbices decorrentes da necessidade de reconhecimento e execução de sentença estrangeira são comuns num cenário transnacional, especialmente em ações coletivas que utilizam a técnica *opt out* semelhante às *class actions*. Nessas ações o reconhecimento (e a execução) de sentença estrangeira acarreta, comumente, o comprometimento do princípio da duração razoável do processo e do reconhecimento do processo coletivo.

A rejeição de alguns ordenamentos jurídicos à técnica de solução coletiva *opt out* é uma realidade, seja por não permitirem a adoção dessa técnica, seja por não preverem a regulação extraterritorial de matéria de direito público.

A ausência de reconhecimento e execução de um processo coletivo transnacional costuma ocasionar uma lacuna de acesso à justiça transnacional (*transnational*

access-to-justice gap), ou seja, obtêm-se um direito que não se realiza no mundo dos fatos.

Esse limbo jurídico de irresponsabilidade global decorrente do não reconhecimento (e execução) de sentença estrangeira significa uma grande vantagem econômica às grandes corporações transnacionais que se esquivam da responsabilização por danos, ambientais e humanos, por elas causados no exercício da atividade econômica, normalmente em países com um sistema frágil de tutela de direitos

Defende-se, neste artigo, a importância do gerenciamento do processo coletivo desde a fixação da jurisdição mais adequada ao caso, passando pelos pedidos que devem constar na ação coletiva e que irão facilitar a efetivação dos direitos com menor obstáculo, caso seja necessário o envolvimento de outro ordenamento jurídico, bem como desenvolvendo um processo coletivo preocupado com a completude do material probatório.

Vale dizer, o gerenciamento do processo nesse sentido tende a favorecer a uma resolução autocompositiva do conflito e, por via de consequência, favorecer a efetivação dos direitos coletivos transnacionais, que também são direitos humanos de terceira dimensão dos trabalhadores.

O caso Odebrecht em Angola foi um exemplo claro de resolução autocompositiva de um processo coletivo transnacional em que houve tal gerenciamento: a) definição da jurisdição no Brasil; b) a utilização de técnica coletiva *opt out* para a tutela dos direitos difusos existentes na situação jurídica coletiva para maior efetividade da tutela regulatória; c) produção de material probatório de modo a favorecer a resolução autocompositiva; d) realização de autocomposição com garantias no sentido de uma “processualização do contrato” de modo a não gerar problemas de violação a normas de ordem pública, caso o acordo tenha que ser executado em outro ordenamento jurídico.

A concepção de processualização da autocomposição significa que, em processos coletivos transnacionais, o acordo não pode ser uma opção descomprometida com a justiça, sob pena de retrocesso na garantia dos direitos fundamentais, devendo ser pautado no sentido de uma passagem de um *acesso à justiça formal* para um *acesso à justiça substancial*, o que exige a compreensão de que a ideia de acesso à justiça não se limita ao acesso a um meio de resolução de conflito, mas se volta, principalmente, para o acesso adequado à justiça.

Dentro dessa concepção de adequação, a efetivação dos direitos coletivos transnacionais ainda é um grande desafio que precisa ser superado nos diferentes ordenamentos jurídicos e, nesse sentido, a autocomposição pode auxiliar na construção de pontes entre os ordenamentos jurídicos com vistas à superação das limitações territoriais de cada país.

Enfim, a resposta ao problema da presente pesquisa: a autocomposição em processo coletivo transnacional pode ser utilizada como instrumento de superação dos problemas decorrentes da lei aplicável ao caso e da competência judicial, porque, como visto no acordo do caso Odebrecht, ainda que os trabalhadores executem seus trabalhos no exterior, poderá ser aplicada a solução apresentada e decidida na autocomposição no processo brasileiro e o direito material brasileiro. Isso porque o objeto do acordo é impedir determinados comportamentos violadores dos direitos humanos e fundamentais dos trabalhadores que venham a ocorrer fora dos limites territoriais da contratação ou da execução dos serviços, sendo aplicável a lei mais favorável, *in casu*, a lei brasileira.

Referências

- ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**. Milano: Giuffrè, 1953.
- ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado**. Teoria e Prática Brasileira. 1. ed. Porto Alegre: Revolução, 2016. *E-Book*.
- ÁVILA, Humberto. O que é 'devido processo legal'? **Revista de Processo**, v. 163, set./2008.
- BUSCHKIN, Ilana T. The Viability of Class Action Lawsuits in a Globalized Economy - Permitting Foreign Claimants to Be Members of Class Action Lawsuits in the U.S. Federal Courts. **Cornell Law Review**, v. 90, 2005. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2084220>. Acesso em: 11 jul. 2017.
- BUXBAUM, Hannah L. Class Actions, Conflict and the Global Economy. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 21, Summer 2014; **Indiana Legal Studies Research Paper**, n. 301. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2495521>. Acesso em: 12 jul. 2017.
- BUXBAUM, Hannah L. Transnational Regulatory Litigation. **Virginia Journal of International Law**, v. 46, 2006. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=910185>. Acesso em: 5 jul. 2017.
- CADIET, Loïc. Les jeux du contrat et du procès. **Mélanges offerts à Gérard Farjat**. Éditions Frison-Roche, 1999.
- CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amrani. **Theorie générale du procès**. 2. ed. Paris: Thémis droit, 2013.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. **Etica e tecnica del "giusto processo"**. Torino: G. Giappichelli, 2004
- COSTA E SILVA, Paula. **A Nova Face da Justiça**. Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias. Lisboa: Coimbra, 2009.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro; FGV, 2006.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo**. Vol. 4. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 4. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Conceito de Processo Jurisdicional Coletivo. **RePro**, n. 229, São Paulo: RT, mar./2014.

GARNER, Bryan A. **Black's Law Dictionary**. 2. pocket ed. West Group, 2001.

GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GORETTI SANTOS, Ricardo. **Gestão Adequada de Conflitos: do diagnóstico à escolha do método adequado para cada caso concreto**. V. 1. Salvador: JusPodivm, 2019.

GORETTI SANTOS, Ricardo. **Mediação e acesso à Justiça**. Salvador: JusPodivm, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**. Fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

HILL, Jonathan; SHÚILLEABHÁIN, Máire Ní. **Clarkson & Hill's Conflict of Laws**. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2016.

KRAMER, Xandra E. Securities Collective Action and Private International Law Issues in Dutch WCAM Settlements: Global Aspirations and Regional Boundaries (March 1, 2014). **Global Business & Development Law Journal**, v. 27, i. 2, p. 235-279, 2014. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2480079>. Acesso em: 21 abr. 2021.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Acesso coletivo à justiça como instrumento para efetivação dos direitos humanos: por uma nova mentalidade. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 35, p. 94, 2009. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/104849/2009_leite_carlos_acesso_coletivo.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 21 abr. 2021.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LUPOI, Michele Angelo, **Conflitti Transnazionali di Giurisdizioni**. Tomo I. Milão: Giuffrè, 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MONESTIER, Tanya J. Transnational Class Actions and the Illusory Search for Res Judicata. **Tulane Law Review**, v. 86, 2011; **Roger Williams Univ. Legal Studies Paper** n. 105. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1853773>. Acesso em: 8 jul. 2017.

MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; ZANETTI, Graziela A. Processo Internacional Transfronteiriço: os litígios que não respeitam fronteiras - da soberania à tutela dos direitos. In: Bruno Manoel Viana; Valesca Raizer Borges Moschen; Valter Moura do Carmo. (Org.). **Direito Internacional II**. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile**. 3. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2013.

PINNA, Andrea. Recognition and Res Judicata of U.S. Class Action Judgments in European Legal Systems. **Erasmus Law Review**, v. 1, n. 2, 2008. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1018421>. Acesso em: 16 jul. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVESTRI, Elisabetta. Risoluzione delle Controversie e Alternative al Processo: Un'introduzione teórica. In: Elisabetta Silvestri (Org.). **Forme alternative di risoluzione delle controversie e strumenti di giustizia riparativa**. Torino: G. Giappichelli, 2020.

TIBURCIO, Carmen. **Extensão e limites da Jurisdição Brasileira**. Competência Internacional e Imunidade de Jurisdição. Salvador: JusPodivm, 2016.

WHYTOCK, Christopher A. The Evolving Forum Shopping System. **Cornell L. Rev.**, v. 96, p. 481, 2011. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3195&context=clr>. Acesso em: 01 jul. 2017.

WHYTOCK, Christopher A.; ROBERTSON, Cassandra Burke. Forum Non Conveniens and the Enforcement of Foreign Judgments (July 25, 2011). **Columbia Law Review**, v. 111, n. 7, 2011; **UC Irvine School of Law Research Paper** n. 2011-33; **Case Legal Studies Research Paper** n. 2011-16, 1520-1521. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1895011>. Acesso em: 02 jul. 2017.

ZANETI JR, Hermes; BORGES, Orlindo Francisco; CARDOSO, Juliana Provedel. Ações Coletivas Transnacionais para a tutela de danos ambientais: o caso Chevron (HSE nº 8542). **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, ano 21, n. 84, out/dez./2016.

ZANETI JR., Hermes. **O “novo” mandado de segurança coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2013.

ZANETTI, Graziela Argenta. **Jurisdição adequada para os processos coletivos transnacionais**. São Paulo: RT, 2020.

CUESTIONES ACTUALES SOBRE LA ULTRAATIVIDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ESPAÑA

Jordi García Viña¹

RESUMEN. La ultraactividad es una cuestión que en España ha tenido diferentes regulaciones y que está muy influenciada por la consideración de la eficacia normativa de los convenios colectivos. A raíz de una reforma producida en 2012, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, especialmente a partir de una sentencia de 2014, he intentado revitalizar la teoría de la contractualización, aunque el propio tribunal ha matizado esta opinión. Aunque esta figura jurídica no ha ocasionado problemas prácticos en nuestro país, el Gobierno actual está intentando modificar su régimen jurídico. Although this legal figure has not caused practical problems in our country, the current Government is trying to modify its legal regime.

SUMMARY. Ultraactivity is an issue that in Spain has had different regulations and that is greatly influenced by the consideration of the regulatory effectiveness of collective agreements. Following a reform produced in 2012, the jurisprudence of the Supreme Court, especially since a 2014 ruling, I have tried to revitalize the theory of contracting, although the court itself has qualified this opinion.

PALABRAS CLAVE: negociación colectiva, convenio colectivo, vigencia, ultraactividad

KEY WORDS: collective bargaining, collective agreement, validity, ultraactivity

SUMARIO. 1. Introducción. 2.- El concepto de la ultraactividad. 3.- Cuestiones relativas al transcurso del período máximo de vigencia. 4.- La revitalización de la contractualización por parte del Tribunal Supremo. 5. Epílogo. Bibliografía.

SUMMARY. 1. Introduction. 2.- The concept of ultraactivity. 3.- Issues related to the course of the maximum period of validity. 4.- The revitalization of the contracting by the Supreme Court. 5. Epilogue. Bibliography.

¹ Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona

1. Introducción

En España, la cuestión relativa a la ultraactividad tiene mucho qué ver con la eficacia de los convenios colectivos.

Históricamente la eficacia jurídica de los convenios colectivos se había fundamentado en posiciones contractuales de Derecho privado. Sin embargo, esta posición tenía el problema principal de falta de eficacia normativa, sobre todo a la hora de exigir su cumplimiento. Frente a esta idea, se apostó por su configuración desde el punto de vista administrativista; pero también tenía sus problemas ya que no se trata de una norma de Derecho público.

Esta es la razón por la que se ha aceptado la célebre definición de Carnelutti al establecer que se trata de *“un híbrido que tiene el cuerpo de contrato y el alma de ley”* y concretamente afirma que *“a través del mecanismo contractual juega una fuerza que trasciende el derecho subjetivo y despliega un movimiento que va más allá de la relación jurídica entre partes”*².

En la actualidad, si bien la Constitución alude al carácter normativo de los convenios, no se pronuncia sobre su eficacia, limitada o general.

En los sistemas de representación sindical voluntaria, el convenio se aplica solamente a empresarios y trabajadores afiliados a las entidades pactantes. Tal es la eficacia que se denomina limitada y que es propia de los convenios extraestatutarios en España.

Este sistema tiene importantes dificultades prácticas, por ejemplo, la fragmentación o el hecho que no favorece la afiliación sindical, porque todos los trabajadores reciben los beneficios de la negociación colectiva; aunque es cierto que estos inconvenientes pueden evitarse o matizarse por medio de la denominada extensión

Por el contrario, existe el sistema de eficacia general, que fue heredado del régimen anterior y exige para concluir estos convenios determinados niveles de representación y representatividad y la intervención de organismos de carácter público. Si se cumplen estos requisitos, el convenio tiene eficacia general o *erga omnes*, ya que se extiende a todos los empresarios y trabajadores incluidos en el ámbito funcional y territorial del convenio con independencia de su adscripción o no adscripción sindical o asociativa.

Los *pros* y *contras* son diversos: el apoyo del convenio de efectos limitados, dada la fragilidad de los sindicatos y el escaso grado de afiliación, minimizaría la signi-

² CARNELUTTI, Teoria del regolamento dei rapporti di lavoro, Padua, Cedam, 1927, pág. 108.

ficación normativa e incluso podría suponer la desaparición gradual de los sindicatos. Mientras que la opción del convenio de eficacia general significa abogar por la homogeneidad de las condiciones de trabajo y el fortalecimiento de los sindicatos.

En España, el Estatuto de los Trabajadores (ET) se ha inclinado por la segunda fórmula consagrando la eficacia general de los convenios colectivos, al regular en el art. 82.3 ET que *“Los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia”*.

2. El concepto de la ultraactividad

La ultraactividad es un mecanismo jurídico que implica una prórroga normativa que supone la continuidad del contenido del convenio pese a haber agotado su vigencia, con una finalidad muy clara: evitar vacíos normativos en la unidad de contratación³. No elimina los efectos de la denuncia, solo los limita, ya que algunos efectos se mantienen, o los cambia, ya que no se da la prórroga automática⁴. Se trata, por tanto, de conservar las cláusulas de convenio ya vencido, no la cobertura de vacíos surgidos a raíz de la conclusión del convenio siguiente ya celebrado⁵.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que esta denominada prórroga provisional trata de evitar que la legítima finalidad de proporcionar una estabilidad en las condiciones de trabajo aplicables mientras duran las negociaciones del nuevo convenio se convierta en un arma decisiva y condicionante de la negociación misma. La aceleración de los procesos negociadores, los topes temporales de inicio y de paralización, pero sobre todo el acuerdo inicial que prevea, a la finalización del convenio que se suscribe qué reglas o normas han de aplicarse y por cuanto tiempo, son algunas vías para eliminar el precio de anquilosamiento y de resistencia a la innovación que la ultraactividad puede suponer⁶. Es, en esencia, un derecho intertemporal.

En España, el origen de la norma actual se halla en la Orden de 21 de enero de 1974, por la que se dictan normas para el desarrollo de la Ley 38/1973, de 19 de diciembre, según la cual, se producía la prórroga de los efectos del convenio

³ STS 23 de octubre de 1995 (RC 2054/1994), STS 6 de noviembre de 1998 (RC 1688/1998), STS 2 de febrero de 2004 (RC 3069/2002) y STS 17 de mayo de 2004 (RC 101/2003). Igualmente, SAN 20 de junio de 2012 (Proc. 98/2012).

⁴ SAN 26 de abril de 2005 (Proc. 18/2005).

⁵ STS 10 de julio de 2001 (RC 2973/2000).

⁶ GONZALEZ ORTEGA, “Vigencia y ultraactividad de los convenios colectivos”, *Temas Laborales*, número 76, 2004, pág. 163. En el mismo sentido, LOPEZ ALVAREZ, *Cuestiones pendientes en torno a la ultraactividad del convenio colectivo*, Aranzadi Social, Volumen V, 1999, pág. 101.

colectivo, una vez denunciado⁷, limitándose a regular una práctica convencional y administrativa del período anterior. De hecho, en los primeros momentos del Estatuto de los Trabajadores en 1980 se sigue hablando de prórroga, ya que se entiende que el convenio seguía siendo vigente. A partir de 1994, puede considerarse que esta prórroga será voluntaria⁸, de manera que lo que va a primar es la autonomía o voluntad de las partes⁹.

En la versión refundida del Estatuto de los Trabajadores de 1995 contenía, en un primer párrafo, la misma regulación que la versión de 1980, de manera que, denunciado un convenio y hasta tanto no se lograra acuerdo expreso, perdían vigencia sus cláusulas obligacionales¹⁰. La novedad se podía encontrar en la introducción de un segundo párrafo donde aparecía una apuesta clara por la libertad de pacto de las partes al determinar que la *“vigencia del contenido normativo del convenio, una vez concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubieren establecido en el propio convenio”*, aunque contenía una norma de cierre cuyo resultado final era el mantenimiento de esta figura en los mismos términos, al regular que *“En defecto de pacto se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio”*.

Esta regulación se mantuvo sin modificaciones hasta la reforma de 2011, aunque en varias ocasiones se había planteado la necesidad de alterar o eliminar su contenido por múltiples razones. Esta dinámica presentaba cuatro efectos negativos concretos:

- La mayoría de los convenios no se pronunciaba sobre la ultraactividad y por ello la regla supletoria entraba en juego ordinariamente, y no con el carácter excepcional que le hubiera correspondido¹¹; entre los que efectuaban alguna mención, un número muy significativo prescindía de la distinción entre cláusulas normativas y obligacionales, en la medida que el convenio debía aplicarse íntegramente hasta que fuera sustituido por un nuevo pacto¹².
- El proceso de renovación de los convenios invitaba a la rutina negociadora de repetir los mismos contenidos, lo que había desembocado en regulaciones

⁷ ARUFE VARELA, La denuncia del convenio colectivo, Cívitas, Madrid, 2000, págs. 130-131.

⁸ LOPERA CASTILLEJO, “Límites de aplicación del contenido normativo del convenio denunciado”, Relaciones Laborales, número 17, 1988, pág. 185.

⁹ STS 20 de diciembre de 1995 (RC 3837/1994).

¹⁰ Sobre esta situación, VALDES DAL-RE, “Sobre la prórroga de los convenios colectivos denunciados y vencidos”, Actualidad Laboral, número 27, 1986, págs. 369 ss.

¹¹ Fernando Valdés Dal-Re, “Una reforma equilibrada”, Público, 15 de junio de 2011.

¹² ESTRADA ALONSO y RODRIGUEZ CARDO, “Capítulo segundo: reglas legales y pactadas sobre vigencia y eficacia temporal del convenio colectivo”, Cláusulas sobre vigencia, descuelgues salariales y otras facultades de alteración o disposición del contenido del convenio colectivo, CCNCC, 2012, pág. 22.

que se petrificaban, sin capacidad de adaptarse a los cambios que se estaban produciendo¹³. Además, se desvirtuaba un aspecto tan importante de la negociación como es el coste de sus dilaciones temporales¹⁴.

- Constituía un mínimo del que tiene que partir una futura negociación colectiva, servía de impedimento para la readaptar las condiciones del anterior convenio a las nuevas realidades y, bajo ningún concepto, permitía pactar en el nuevo convenio condiciones menos favorables al trabajador o con un precio muy alto desde el punto de vista de la empresa¹⁵.
- Los correspondientes bloqueos de la negociación solían ser el origen de la mayoría de los convenios extraestatutarios¹⁶.

El Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, en la exposición de motivos, fue muy claro en determinar cuáles eran los objetivos con la reforma que se proponía, y que aún en la actualidad están vigentes. Afirmaba que se introducen toda una serie de medidas *“dirigidas a superar determinadas situaciones de paralización de las negociaciones de los nuevos convenios y evitar la prórroga de su vigencia por tiempo superior al pactado”*. En definitiva, *“se instauran potentes mecanismos para dinamizar la negociación y, en último extremo, se propicia el recurso voluntario a los sistemas de solución no judicial de discrepancias como la mediación o el arbitraje, dirigidos a evitar que las negociaciones finalicen sin acuerdo”*¹⁷.

Esta reforma del año 2011 se vio incrementada, no desde un punto de vista cuantitativo, ya que sólo afectó al último párrafo de este precepto, sino cuantitativamente, al determinarse un plazo final por medio de las reformas de 2012¹⁸. Esta

¹³ Jesús Cruz Villalón, “Retos de la negociación colectiva”, El País, 17 de abril de 2011.

¹⁴ La STSJ Andalucía/Granada 7 de octubre de 2011 (RS 1345/2009), se refiere a un supuesto en el que el convenio está en ultraactividad durante 17 años, y se afirma que se sigue manteniendo su vigencia, aunque haya pasado tanto tiempo.

¹⁵ Círculo de Empresarios, en nota de prensa publicada el 13 de abril de 2011.

¹⁶ GARCIA FERNANDEZ, Manual de Derecho del Trabajo, Ariel, Barcelona, 1990, pág. 217.

¹⁷ Sobre los efectos actuales véase, entre otros, GARCIA-PERROTE ESCARTIN, “La reforma de la negociación colectiva (el Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes)”, Información Laboral, número 6, 2011, págs. 8 ss; MOLINA NAVARRETE, “La decretada reforma de la negociación colectiva: ¿el último “botín” de los mercaderes del templo”, Estudios Financieros. Revista de Derecho de Trabajo y Seguridad Social, número 340, 2011, págs. 5 ss y GARATE CASTRO, “Negociación colectiva”, Justicia Laboral, número 48, 2011, págs. 231 ss.

¹⁸ En estos momentos ya aparecen las primeras críticas a esta posibilidad. Así, PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO, entendían la ultraactividad había *“servido en todos estos años para evitar la conflictividad a la hora de negociar nuevos convenios y que hacerla desaparecer totalmente sería muy*

regulación es la que se incorporó en el texto refundido de 2015, hoy vigente, y frente al cual se pretende una nueva regulación, siendo este texto el actual:

“3. La vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio.

Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia. Las partes podrán adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa. Estos acuerdos tendrán la vigencia que las partes determinen.

Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83, se deberán establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso del procedimiento de negociación sin alcanzarse un acuerdo, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91. Dichos acuerdos interprofesionales deberán especificar los criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje, expresando en particular para el caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes; en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio.

Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación”.

probablemente algo falta de sensatez”, “La ultraactividad normativa de los convenios colectivos: el estado de la cuestión”, Relaciones Laborales, número 8, 2010, pág. 12. En el mismo sentido, diversos catedráticos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social afirmaban que “Nada se dice, y falta por analizar, el grado de indeterminación, inseguridad y, por consiguiente, de conflictividad que puede generar en nuestro sistema de relaciones de trabajo el limbo jurídico a que conduciría la supresión del efecto ultraactivo, al desaparecer todo marco objetivo de condiciones de trabajo”. Negociación colectiva, competitividad y modernización, El País, 20 de marzo de 2011.

De esta manera, las características actuales de la vigencia del convenio colectivo son las siguientes¹⁹.

En primer lugar, la vigencia del convenio, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se produce en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio, ya sea de manera expresa o como consecuencia de su propio contenido, incluso alterando el régimen jurídico de este precepto²⁰. Esto sucede, por ejemplo, cuando una determinada cláusula está limitada exclusivamente a su periodo de vigencia²¹, si las partes pactaron que la regulación requiere acuerdo ente las dos partes²² o cuando establecieron que durante la ultraactividad se aplicaría otro convenio colectivo, frente a convenios estatales posteriores²³.

En este tema ha sido muy debatida la naturaleza y eficacia del pacto que pone fin a la huelga, ya que el artículo 8.2 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, no afirma que dicho acuerdo se incorpora al convenio, sino que tiene la misma eficacia que lo acordado en convenio colectivo²⁴. Por esta razón, ya que estos pactos deben incluirse dentro de la esfera de la negociación colectiva y tienen un significado obligatorio, como convenio extraestatutario, ha de ser aplicado en sus propios términos, por lo que cabe la sustitución, aunque con efectos limitados²⁵.

En segundo lugar, sólo se aplica a los convenios colectivos estatutarios, esto significa que la prórroga sólo se excluye cuando el convenio es sustituido por otro convenio estatutario, por tanto, no cuando se trata de un convenio colectivo extraestatutario que ha perdido su vigencia²⁶ o cuando la vigencia se refiere a un pacto de empresa²⁷.

¹⁹ FERRANDO GARCIA, "Medidas para el favorecimiento de la flexibilidad interna de las empresas desde la perspectiva contractual", La reforma laboral de 2012. Análisis del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, Laborum, Murcia, 2012, págs. 111 ss.

²⁰ STS 25 de enero de 2007 (RC 63/2006).

²¹ Así, por ejemplo, véase la STS 10 de junio de 2009 (RC 103/2008) y STS 29 de enero de 2013 (RC 49/2012). En el mismo sentido, STSJ Andalucía/Sevilla 28 de junio de 2012 (R 2110/11).

²² STS 25 de junio de 2012 (RC 145/2011).

²³ STS 24 de abril de 2012 (RC 141/2011).

²⁴ STS 9 de marzo de 1998 (RC 2061/1997) y STS 2 de noviembre de 1999 (RC 4786/1998).

²⁵ STS 22 de enero de 1994 (RC 2380/1992). En el mismo sentido, STSJ Madrid 20 de septiembre de 2004 (RS 3746/2004).

²⁶ STS 14 de diciembre de 1996 (RC 3063/1995), STS 25 de enero de 1999 (RC 1584/1998), STS 17 de abril de 2000 (RC 1833/1999), STS 1 de junio de 2007 (RC 71/2006), STS 11 de julio de 2007 (RC 94/2006) y STS 9 de febrero de 2010 (RC 105/2009). Igualmente, SAN 20 de junio de 2012 (Proc. 98/2012). En el mismo sentido, entre otras, STSJ Comunidad Valenciana 2 de octubre de 2002 (R 733/1999), STSJ Cataluña 22 de enero de 2003 (RS 8969/2001), STSJ País Vasco 26 de febrero de 2004 (RS 2881/2003), STSJ País Vasco 1 de junio de 2005 (RS 599/20005), STSJ Navarra 24 de julio de 2006 (RS 166/2006), STSJ Aragón 2 de octubre de 2006 (Proc. 791/2006) y STSJ Cataluña 13 de marzo de 2008 (RS 62/2008).

²⁷ STSJ Navarra 4 de octubre de 2007 (RS 266/2006).

En tercer lugar, en este período no rige el principio de prohibición de concurrencia del art. 84.1 ET, pues la ultraactividad no puede confundirse con la vigencia a que se refiere este precepto, referida al ámbito temporal pactado. Una conclusión distinta supondría la petrificación de la estructura de la negociación colectiva y sería contraria a un sistema de libre negociación, en tanto que quedarían predeterminadas externamente las unidades negociadoras²⁸.

Por tanto, el hecho de que un convenio se encuentre denunciado y en fase de ultraactividad no impide bajo ningún concepto la apertura de un proceso negociador con un ámbito de negociación diferente, pues el bloqueo del ámbito de negociación del art. 84 ET no obsta a la entrada de nuevos ámbitos negociadores. En consecuencia, denunciado un convenio sin que dicha unidad de negociación haya alcanzado ningún acuerdo posterior que sustituya a aquel, no hay concurrencia, ya que en cuanto que existe un vacío normativo hay facultad de los negociadores para introducirse en él²⁹.

Finalmente, los efectos de la ultraactividad se pierden si el nuevo convenio es de distinta unidad, desde el momento en que pudo constatarse el desistimiento por una o ambas partes de dicha unidad de negociación³⁰ y esa constatación no precisa de declaración formal de quienes abandonan, bastando la no presentación en la mesa negociadora, por el principio de libre elección de unidad³¹, desde ese momento es aplicable otro convenio en vigor que comprenda esta unidad en su propio ámbito³² o por disolución de la unidad de negociación por haber negociado todas las empresas de sector convenios colectivos a este nivel³³.

Ahora bien, la prórroga provisional del contenido normativo del convenio estatutario no impide la concertación posterior de un convenio de eficacia limitada dentro de su misma unidad de negociación, ya que, por una parte, la regla de prohibición de concurrencia se refiere exclusivamente a los convenios estatutarios, y, por otra parte, el mantener la tesis contraria, supondría desconocer la validez y virtualidad de los convenios colectivos extraestatutarios³⁴. Sin embargo, esta regla no funciona si el convenio

²⁸ STSJ País Vasco 5 de abril de 2005 (RS 2988/2004) y STSJ País Vasco 7 de febrero de 2006 (RS 2316/2005).

²⁹ Sobre esta cuestión, entre otras, véase STS 17 de junio de 1994 (R 2366/1993), STS 23 de octubre de 1995 (RC 2054/1994) y STS 28 de noviembre de 2006 (RC 65/2005). En el mismo sentido, STSJ Cantabria 6 de abril de 2005 (RS 30/2005). Sin embargo, matiza esta posibilidad la STSJ Andalucía/Sevilla 7 de octubre de 2009 (RS 2417/2008).

³⁰ STS 6 de diciembre de 1998 (RC 1688/1998) y STS 17 de mayo de 2004 (RC 101/2003).

³¹ STS 21 de junio de 2005 (RC 266/2005).

³² STS 11 de octubre de 2005 (RC 24/2005). Igualmente, STSJ Cataluña 15 de marzo de 2005 (RS 2247/2004).

³³ AA VV, Derecho del Trabajo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 640.

³⁴ STS 17 de octubre de 1994 (R 2197/1993). En el mismo sentido, SAN 20 de junio de 2012 (Proc. 98/2012).

de eficacia limitada superpone su vigencia al estatutario, para el que sí entra en juego la prohibición contenida en el art. 3.5 ET en los períodos de concurrencia, dada la naturaleza no normativa del primero, que obsta a la aplicación de la regla del art. 3.3 ET³⁵.

3. Cuestiones relativas al transcurso del período máximo de vigencia

En este tema existen tres períodos determinados en cuanto a su regulación.

En el primero, que abarca desde la promulgación del Texto Refundido en 1995 hasta la reforma del año 2011, se establecía una duración indefinida de la vigencia del convenio colectivo, aunque sólo limitada a las cláusulas normativas, salvo pacto en contrario. Ya durante este período se plantearon una serie de cuestiones. Así, según Sala Franco, ir más lejos y prorrogar sólo durante un período de 8 o 6 meses prorrogándose en todo caso los salarios podría empujar peligrosamente a los empresarios al no acuerdo y a la no deseable individualización de las relaciones laborales, con la consiguiente pérdida de la paz laboral³⁶. Por esta razón, Borrajo Dacruz entendía que el convenio “*partirá en base cero*”³⁷. Incluso el Tribunal Supremo entendió ilegal una cláusula derogatoria general de toda la normativa convencional por contraria al convenio³⁸.

En el segundo, que se refiere al período de aplicación del Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, se contempla la vigencia indefinida del convenio, sin referencias a las dos categorías clásicas de las cláusulas, también salvo pacto en contrario, pero exigiendo que las partes se hubieran sometido a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos o no se hubiera solucionado la discrepancia.

En el proceso de discusión de la reforma de la negociación colectiva antes de esta norma se habían hecho varias propuestas, por ejemplo, la CEOE planteaba como alternativa negociar el plazo de la prórroga, uno o dos años como máximo, en uno de los primeros borradores este plazo máximo variaba entre los nueve y los doce meses o incluso entre la doctrina se había llegado a apostar por “*un año, prorrogable por seis meses más por acuerdo de las partes negociadoras*”³⁹. Como vía más fácil de cambio gradual en las condiciones de trabajo de los convenios, se defendía posibilitar y dar seguridad jurídica a la diversidad de condiciones de trabajo según la vigencia del convenio, como se había hecho en la reforma de 1994 en relación con los complementos por antigüedad y que había sido ampliamente avalada por la jurisprudencia⁴⁰.

³⁵ STSJ País Vasco 9 de febrero de 1999 (RS 2988/1998).

³⁶ SALA FRANCO, La reforma del mercado de trabajo, Valencia, CISS, 1994. pág. 242.

³⁷ BORRAJO DACRUZ, “¿Reforma laboral o nuevo Derecho del Trabajo?”, Actualidad Laboral, Tomo III, 1994, pág. 548.

³⁸ STS 18 de septiembre de 1996 (RC 3113/1995).

³⁹ PEREZ DE LOS COBOS y THIBAUT ARANDA, “La reforma de la negociación colectiva”, Relaciones Laborales, número 14, 2010, pág. 18.

⁴⁰ Salvador del Rey Guanter, “Flexibilidad necesaria”, El País, 17 de abril de 2011.

En tercer lugar, es a partir de la promulgación del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, en el que empieza a determinarse una duración limitada en el tiempo, proveyéndose los efectos que va a suponer la pérdida de vigencia del convenio finalizado este período⁴¹.

Esta regulación plantea toda una serie de interrogantes, especialmente en relación con la pregunta, no resuelta por la norma, sobre qué normativa va a regir las relaciones laborales si no puede ser aplicado el convenio colectivo de ámbito superior. Especialmente cuando, en aplicación de la Disposición transitoria cuarta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, se establece que *“En los convenios colectivos que ya estuvieran denunciados a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el plazo de un año al que se refiere el apartado 3 del artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada al mismo por esta Ley, empezará a computarse a partir de dicha fecha de entrada en vigor”*⁴², entrando en vigor el día 8 de julio de 2013.

A partir de esta regulación se pueden analizar las siguientes tres cuestiones⁴³.

En primer lugar, transcurrido el plazo regulado desde la denuncia sin que haya acuerdo o laudo arbitral, el convenio colectivo pierde vigencia. Este plazo fue establecido por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, en dos años, pero fue reducido a un año por la Ley 3/2012, de 6 de julio.

Se entiende que el convenio pierde vigencia si no la perdió antes por los motivos tradicionalmente aceptados para la desaparición de los efectos de la ultraactividad, si las partes negociadoras no se pusieron de acuerdo en negociar otro convenio colectivo o utilizar otros mecanismos, como, por ejemplo, la adhesión a otro convenio colectivo o no se ha dictado laudo arbitral que determine lo contrario.

Es posible aceptar en esta materia que los sujetos negociadores pueden pactar en contrario de esta disposición, por ejemplo, aceptando un plazo más largo⁴⁴, para

⁴¹ En aplicación de esta norma véase la STSJ Madrid 20 de junio de 2012 (RS 3568/2011). Sobre este tema, RIBES MORENO y FERNANDEZ ALLES, “La necesidad de un cambio normativo integrado de relaciones laborales: a propósito de la nueva regulación de la negociación colectiva tras la Ley 3/2012”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 157, 2013, págs. 182-183.

⁴² Similar regulación existía en la Disposición transitoria cuarta del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, con la referencia a los dos años, pero no llegó a aplicarse por la promulgación de la Ley 3/2012, de 6 de julio.

⁴³ Califica la reforma como *“profunda, amplia y chirriante”*, OJEDA AVILES, *Compendio de Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 358.

⁴⁴ El convenio de recogida de basuras de Guipúzcoa, que estará en vigor cuatro años (2012-2015), regula que la ultraactividad se prolongará seis años a la vigencia del convenio y elimina cualquier posibilidad de que pueda la empresa trasladar el convenio a la Comisión de Arbitraje para su inaplicación. A favor de este alargamiento, RODRIGUEZ-SAÑUDO, “Reformas en el régimen jurídico de

todo o para una parte del convenio o incluso que el laudo arbitral pueda decidir esta prórroga extendida⁴⁵.

Hay que tener en cuenta que esta no ha sido la solución utilizada en los países de la Unión Europea. Así, por exponer tres ejemplos, en Francia, conforme al art. L-2261-13 del Código de Trabajo, en los convenios colectivos de duración determinada, cuando la denuncia ha sido realizada por la totalidad de las partes firmantes, hasta que no se llegue a un acuerdo para el nuevo convenio, el anterior sigue produciendo efectos durante un año desde la denuncia, salvo que el convenio prevea una duración más larga, que debe ser determinada; en Italia, conforme al *Protocollo sulla politica dei redditi e dell'occupazione*, 23 de julio de 1993, existen diferentes efectos según hayan transcurridos 3 o 6 meses; mientras que en Portugal, en el art. 501 del Código de Trabajo se regula “*A cláusula de convenção que faça depender a cessação da vigência desta da substituição por outro instrumento de regulamentação colectiva de trabalho caduca decorridos cinco anos sobre a verificação*” desde la “*Última publicação integral da convenção*”, la “*Denúncia da convenção*” o la “*Apresentação de proposta de revisão da convenção que inclui a revisão da referida cláusula*”. Después de la caducidad de esta cláusula o si el convenio no regula ninguna cuestión relativa a su renovación, si hubo denuncia el convenio “*mantém-se em regime de sobrevivência durante o período em que decorra a negociação, incluindo conciliação, mediação ou arbitragem voluntária, ou no mínimo durante 18 meses*”. Transcurrido este plazo, el convenio se mantiene en vigor “*durante 60 dias após qualquer das partes comunicar ao ministério responsável pela área laboral e à outra parte que o processo de negociação terminou sem acordo, após o que caduca*”. Finalmente, en caso de ausencia de acuerdo, el ministro responsable del área laboral notifica a las partes para que acuerden los efectos a aplicar en esta situación en un plazo de 15 días.

La pérdida de vigencia del convenio ha de significar que no se aplica en su integridad en cuanto norma reguladora de las relaciones laborales y teniendo presente el principio de norma mínima, lo que significa que las condiciones de trabajo incorporadas a los contratos de trabajo subsisten, sin que sufran ningún tipo de alteración, así como las condiciones que puedan derivar de la aplicación de las normas, en su sentido más amplio, o de cualquier tipo de pacto colectivo al que se haya llegado.

Por este motivo, es fundamental que en cada una de las empresas se realice un análisis en el que se detecte cuál es el origen de las condiciones por las que se rigen

la negociación colectiva”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, número 100, 2012, pág. 179.

⁴⁵ En esta línea, el número 8 del art. 501 del Código de Trabajo de Portugal regula que “*As partes podem acordar, durante o período de sobrevivência, a prorrogação da vigência da convenção por um período determinado, ficando o acordo sujeito a depósito e publicação*”.

las diferentes relaciones laborales; sin perjuicio que, en muchas ocasiones, esta labor es de difícil o imposible realización.

En segundo lugar, perdida la vigencia, se aplica, si lo hubiera, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.

Este mecanismo provoca un proceso de centralización de la negociación colectiva en virtud de la absorción de ámbitos más reducidos por otros superiores o más amplios, pero también es cierto que la amenaza de absorción por el convenio de ámbito superior, perdiendo el nivel de negociación conquistado, constituye una presión suficientemente significativa para que las partes traten de llegar a acuerdos⁴⁶.

La Ley nada dice en relación con cómo determinar cuál es el convenio colectivo de ámbito superior de aplicación, por lo que hay que acudir a la lectura de los ámbitos funcionales de los diferentes convenios colectivos similares para determinar si dentro del descriptor de actividades económicas y ámbito territorial pueden incluirse las relaciones laborales que se regulaban por el convenio que perdió su vigencia⁴⁷.

A efectos de facilitar la solución a este dilema, si las partes están de acuerdo, pueden acudir a asesorarse tanto a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, como a los diferentes órganos que detentan las competencias relativas a la negociación colectiva en las Comunidades Autónomas. El resultado de esta consulta será un informe o dictamen no vinculante, en el caso de la comisión nacional, según se desprende de la lectura del art. 12.1 del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre.

De la misma manera, es válida que las partes acuerden la aplicación de un convenio colectivo diferente, en una decisión similar a un acto de adhesión⁴⁸.

En este caso, ya que la ley no determina la forma en que esta obligación ha de ser puesta en práctica, ni la exigencia de ningún tipo de requisito formal⁴⁹, son las partes las que lo van a decidir. De la misma manera, cualquiera de las dos partes puede exigir directamente a la otra el cumplimiento de este deber, en virtud del sistema de fuentes regulado en el art. 3 ET.

En el caso que la otra parte no quisiera aplicarla o que, en el supuesto más frecuente, sea el empresario el que aplique el convenio colectivo superior automáticamente y los trabajadores no estén de acuerdo con el nuevo convenio que se les

⁴⁶ GONZALEZ ORTEGA, "La negociación colectiva en el Real Decreto-ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral", *Temas Laborales*, número 115, 2012, págs. 133-134.

⁴⁷ STS 27 de noviembre de 2015 y STS 18 de octubre de 2016 (RC 316/2014).

⁴⁸ STS 17 de marzo de 2015

⁴⁹ En esta línea, el número 9 del art. 501 del Código de Trabajo de Portugal regula que "O acordo sobre os efeitos decorrentes da convenção em caso de caducidade está sujeito a depósito e publicação".

aplica, será el juez el que debe determinar la norma aplicable, previa interposición de la demanda en la modalidad procesal que en cada caso corresponda, ya sea puramente declarativa o constitutiva de algún derecho.

Posiblemente, esta medida va a ocasionar muchos problemas prácticos con relación a los vacíos de regulación, ya que, si el convenio que pierde la vigencia es de empresa, seguramente van a existir convenios superiores, pero no se da la misma situación en relación con los convenios de ámbito autonómico o nacional⁵⁰. De la misma manera, son diversos los sectores económicos que tradicionalmente regulan las relaciones laborales de sus empresas por medio de los convenios provinciales, sin que existan, por voluntad propia de los sujetos negociadores, convenios de ámbito superior. Aunque la regulación esté pensando, probablemente, en el convenio de ámbito superior desde un punto de vista exclusivamente geográfico, también cabría la aplicación de un convenio del mismo ámbito geográfico, pero con un ámbito funcional más amplio⁵¹.

Sobre la viabilidad de esta opción ya se ha declarado el Tribunal Supremo al determinar que inexistente un nuevo acuerdo entre los interlocutores sociales con legitimación para ello, pierde toda virtualidad la regulación excepcional que permite la ultraactividad del convenio cuya vigencia ordinaria ha terminado, y que ha servido de parapeto contra la inmersión dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo de ámbito superior, y en su consecuencia, esa nueva situación hace desaparecer la misma justificación de la excepción, que desde esa perspectiva, debe de tenerse como no aplicable, una vez constatada la falta de acuerdo o la negociación en términos puramente formales, que incumplen el sentido y la finalidad perseguida por la cláusula de excepción.

Así, continúa, aunque, en efecto, la ultraactividad se mantiene durante el período en el que, denunciado el convenio de ámbito autonómico anterior, se desarrollan las negociaciones tendentes a alcanzar un acuerdo que pueda plasmarse en otra norma convencional del mismo ámbito territorial y, de no alcanzarse el acuerdo final, pueden entenderse definitivamente rotas las negociaciones, sin embargo, la ultraactividad del primitivo convenio autonómico no pierde su eficacia y virtualidad de manera retroactiva, haciendo resurgir también retroactivamente el convenio estatal, sino que se mantiene hasta entonces. De forma que sólo a partir de la ruptura definitiva de las negociaciones entabladas para lograr el nuevo convenio autonómico puede tener efectos la aplicación del convenio estatal, sobre todo si respecto a la procedencia de su aplicación, y a falta de convenio autonómico, todos los sujetos colectivos implicados han mostrado su acuerdo en ello.

⁵⁰ STS 20 de enero de 2011, STS 20 de junio de 2012 y STS 8 de enero de 2020 (RC 129/2018).

⁵¹ VALDES DAL-RE, "La reforma de la negociación colectiva de 2012", Relaciones Laborales, número 23-24, 2012, págs. 243-244.

Esta solución es la que mejor se compadece de forma objetiva con la previsión legal de ultraactividad, ya que no depende de que las condiciones laborales reguladas en el convenio de ámbito superior puedan ser más beneficiosas en su conjunto para los trabajadores que las del convenio de ámbito inferior, sino, exclusivamente, de que deba entenderse finalizado sin acuerdo el proceso negociador activo de inferior o más reducido ámbito territorial⁵². Por supuesto que esta negociación estatutaria es obligatoria en términos relativos y debe estar presidida por la buena fe de los sujetos colectivos que participan en ella, pero sobre esos dos condicionantes (deber de negociar y buena fe) no puede caber, a priori, una especie de presunción contraria. La presunción opera siempre a favor de la buena fe y sólo cuando, mediante prueba plena o indicios realmente solventes, quepa atribuir una conducta torticera a alguno de los negociadores, cabría tomar en consideración las consecuencias previstas en el derecho común para la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir, e incluso, si fuere el caso, con los efectos indemnizatorios que, para los supuestos de abuso de derecho o de ejercicio antisocial del mismo, tal conducta pudiera llegar a acarrear⁵³.

Esta solución, aparentemente razonable, no está exenta de problemas prácticos⁵⁴, por ejemplo, si no se ha realizado una verdadera denuncia⁵⁵, cuando el convenio superior no haya regulado todos los temas, dejando espacios de regulación a los ámbitos inferiores que ahora quedarán sin cubrir, o los haya regulado de forma general sujeta a un mayor detalle en el convenio inferior que ahora desaparece, como suele ocurrir en muchos convenios estatales, que incluso en ocasiones se configuran como Acuerdos Marco.

Además, este nuevo convenio colectivo también puede verse abocado a la pérdida de vigencia, por lo que podría producirse un encadenamiento de situaciones, pasando por ejemplo de un convenio provincial desaparecido al autonómico y, si éste perdiese también su vigencia, al estatal.

En todo caso, aunque la norma alude a la aplicación del convenio de ámbito superior preexistente, es evidente que de producirse el vacío convencional por no

⁵² STS 17 de mayo de 2004 (RC 101/2003).

⁵³ Entre otras, véase, STS 6 de noviembre de 1998 (RC 1688/1988), STS 10 de julio de 2001 (RC 2973/2000), STS 11 de noviembre de 2001 (RC 1171/2001), STS 11 de octubre de 2005 (RC 24/2005) y STS 20 de junio de 2012 (RC 31/2011).

⁵⁴ ALFONSO MELLADO, "La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012: la vigencia del convenio y el problema de la ultraactividad", XXV Jornadas de Estudio sobre negociación colectiva. La reforma laboral de 2012. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012.

⁵⁵ STS 30 de septiembre de 2013 y STS 22 de diciembre de 2014. Igualmente, SAN 142/2014, de 4 de septiembre

existir en ese momento el mismo, las partes pueden quedar a expensas de que posteriormente se negociase cualquier otro convenio que les afectase, ya fuese de ámbito superior o inferior al que venían aplicando, pasando a integrarse en esa nueva unidad de negociación.

De la misma manera, tampoco se ha contemplado la posibilidad de que, decaída la vigencia de un convenio exista, no uno, sino varios superiores de posible aplicación, por ejemplo, uno estatal y otro de comunidad autónoma. En estos casos debe estarse a la aplicación de las reglas sobre concurrencia, aunque cabe el pacto para hacer aplicables las cláusulas más favorables para los trabajadores.

Más discutible es determinar si, conforme a la regla de prohibición de concurrencia, hay que aplicar, en este supuesto de existencia de varios convenios superiores, esa misma prevalencia del convenio estatal o, en su caso el autonómico, o aplicar el que tenga prioridad temporal, entendiendo que la desaparición del convenio en el ámbito inferior supone acogerse a la unidad superior cubierta por el convenio que hubiese sido firmado más tempranamente, ya que en ese ámbito, no cabría invadir dicha unidad por otro convenio, salvo que hubiesen reglas pactadas al respecto. En este sentido, un convenio estatal no podría, *a posteriori* y durante su vigencia inicial, renegociarse en el ámbito provincial, pero no excluiría, tampoco, a los convenios provinciales existentes con anterioridad.

En tercer lugar, en caso de no haber convenio colectivo de ámbito superior de aplicación, queda un gran interrogante en relación con la determinación de la norma que va a ser aplicable a las relaciones laborales.

Se trata de una eliminación absoluta de la prórroga de efectos, de manera que el contenido del convenio desaparece al finalizar la vigencia.

Esta solución no es, en general, la regulación que puede encontrarse en la mayoría de los países, ya sean europeos o latinoamericanos. Así, la generalidad de regímenes jurídicos apuesta por la continuidad de la totalidad del convenio colectivo denunciado hasta que sea sustituido por otro convenio⁵⁶ o por un acuerdo de empresa o incluso por la renegociación de las condiciones en el contrato⁵⁷, salvo que se haya acordado lo contrario en el convenio ya vencido⁵⁸.

La ultraactividad ha sido defendida por haberse conformado como una pieza del convenio como norma, como uno de los rasgos característicos del convenio estatutario

⁵⁶ Art 23 de la Ley de Convenios Colectivos en Bélgica, art. 411 del Código de Trabajo de Panamá, art. 43 de la Ley de Relaciones Colectiva de Trabajo de Perú.

⁵⁷ Art. 4.5 de la Ley de convenios colectivos (TVG) en Alemania. Lo mismo sucede respecto a los acuerdos de empresa, según el art. 77.6 Ley sobre los comités de empresa, BetrVG.

⁵⁸ Art. 6 de la Ley 14250, de convenciones colectivas de trabajo de Argentina.

como norma jurídica y haber solucionado más problemas de los que ha generado, ya que ha supuesto un elemento de estabilidad y ha permitido el desarrollo más libre y meditado de los procesos negociadores complejos al aportar una red de seguridad, reduciendo el estrés negociador⁵⁹. Sin embargo, también cabe anotar problemas, suficientemente relevantes, que han aconsejado la actual reforma, especialmente por la necesidad de especial dinamismo motivada por la crisis económica, tales como la unidireccionalidad en cuanto beneficio de esta medida, el “*efecto cascada*” de las pretensiones del banco social o la petrificación de la negociación colectiva.

En todo caso, este mecanismo tiene inconvenientes importantes, ya que puede originar, en cada negociación, una vuelta al momento de salida, ya que el suelo negociador ya no está en las condiciones pactadas y que han visto prorrogados sus efectos, sino en las normas, en este caso, en el Estatuto de los Trabajadores⁶⁰. Si se considera que volver a negociar cada vez desde los mínimos de la norma es extremadamente perjudicial para los derechos de los trabajadores, también se podría aplicar de manera subsidiaria el acuerdo interprofesional o convenio marco; pero para que esta opción sea posible, se ha de desarrollar esta estructura de la negociación.

Esta pérdida de vigencia, que seguramente va a ocasionar problemas de tipo práctico⁶¹, ha empezado a plantear serios interrogantes, entre los que destacan los dos siguientes.

El primero se refiere a la incidencia que puede tener esta medida, ya que el sistema de registro de convenios colectivos y de empresas y trabajadores afectados presenta sus limitaciones.

El segundo tiene un contenido más jurídico y se refiere a si el tope del año afecta a todos los convenios colectivos que pierdan su vigencia por el transcurso del año sin llegar a un acuerdo o sin quedar excluidos aquellos que tenían entre sus cláusulas mecanismos de prolongación de los efectos. Si se realiza una interpretación literal de

⁵⁹ OLARTE ENCABO, “Cuestiones críticas en torno a la ultraactividad de los convenios colectivos”, Foro de debate “La ultraactividad de los convenios colectivo”. Comisión Consultiva Nacional de los Convenios Colectivos, mayo de 2013, pág. 2. En este mismo sentido, pero antes de la reforma, PASTOR MARTINEZ, La vigencia del convenio colectivo estatutario. Análisis jurídico de su dimensión temporal, Lex Nova, Valladolid, 2008, pág. 478.

⁶⁰ Según MERINO SEGOVIA, este mecanismo debilita la posición del sindicato en la negociación y sitúa al banco económico en un estado de supremacía y ventaja, “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos”, Revista de Derecho Social, número 57, 2012, pág. 258.

⁶¹ VALDES DAL-RE, “La reforma de la negociación colectiva de 2012”, Relaciones Laborales, número 23-24, 2012, pág. 246.

la norma se puede afirmar que el contenido de la norma no ha variado, que la posibilidad de pacto en contrario es posible y que si el legislador quería regular esta eliminar esta posibilidad lo debería haber realizado de manera expresa⁶². En cambio, parece lógico entender que, en virtud del sentido general de la norma relativa al desbloqueo de negociaciones, la voluntad es que se aplique a todos los convenios y que las cláusulas existentes en el momento de entrada en vigor de la reforma que regulan la prórroga queden invalidadas por efecto de la ley y que sólo sea válido su pacto en convenios posteriores a esta entrada en vigor⁶³.

En este tema, la Audiencia Nacional se ha decantado por la primera opción al entender que estas cláusulas son válidas, ya que se fundamentan en el principio de autonomía de la voluntad, que en cualquier caso puede ser renegociado, que no es coherente permitir esta posibilidad para convenios posteriores a la entrada en vigor de la norma y eliminarla en los anteriores y que el legislador no ha regulado expresamente la pérdida de efectividad de estas cláusulas⁶⁴.

La consecuencia de no poder aplicar un convenio de ámbito superior supone, obligatoriamente, que sea aceptada alguna de las dos siguientes opciones: o se entiende que el contenido del convenio colectivo se ha incorporado al contrato de trabajo o desaparecido el convenio colectivo y sin posibilidad de aplicar otro, la regulación de las relaciones laborales se llevará a cabo por el contrato de trabajo y, en su defecto, por las normas, especialmente el Estatuto de los Trabajadores.

La incorporación de las condiciones del convenio a los contratos individuales es la regla más generalizada entre los diversos ordenamientos jurídicos, especialmente en Europa, ya sea en relación con todas las antiguas cláusulas de los convenios colectivos o sólo con algunas, como sucede en Bélgica⁶⁵,

⁶² CASAS BAAMONDE, "La pérdida de ultraactividad de los convenios colectivos", Relaciones Laborales, número 6, 2013, pág. 1, CRUZ VILLALON, "Hacia una nueva concepción de la legislación laboral", Temas Laborales, número 115, 2012, págs. 39-40 y LAHERA FORTEZA, "Derecho transitoria a la negociación colectiva tras la reforma laboral de 2012", Relaciones Laborales, número 3, 2013, págs. 56-57.

⁶³ SEMPERE NAVARRO, "La duración de los convenios colectivos tras la reforma", Aranzadi Social Doctrinal, número 1, 2012, pág. 31 y GOERLICH PESET, Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 31.

⁶⁴ SAN 23 de julio de 2013 (Proc. 205/2013).

⁶⁵ El art. 23 de la Ley de Convenios Colectivos establece que, tras la finalización del convenio, las cláusulas normativas individuales permanecen dentro del contrato de trabajo, a no ser que se haya previsto lo contrario en el seno de los convenios colectivo de manera expresa. Dichas cláusulas, que contienen las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo y salario y que se integran automáticamente en el contrato de trabajo individual, se mantendrá en vigor a lo largo de la vida del contrato hasta que un convenio posterior las modifique.

Italia⁶⁶ o Portugal⁶⁷. En todo caso, en Francia, las ventajas individuales del convenio denunciado no se aplican a los trabajadores contratados con posterioridad a la finalización del plazo de ultraactividad⁶⁸.

En España, las opiniones a favor de mantener la vigencia de las condiciones se fundamentan en la situación de auténtica laguna legal, por lo que hay que acudir a las técnicas de integración jurídica⁶⁹; de manera que se produce una transformación del convenio en contenido contractual⁷⁰. En esta línea se ha entendido que el contrato de trabajo no soporta la pérdida de vigencia de las normas, pues “*de ordinario, su celebración y ejecución ha tenido lugar incorporando condiciones de trabajo del convenio colectivo aplicable en el momento de su celebración y estableciendo condiciones más favorables o distintas que las legales y que las establecidas en aquél*”⁷¹. Sin embargo, también hay opiniones que, matizando esta argumentación, apuestan por la continuidad de las condiciones del convenio con base en su consideración como convenio

⁶⁶ El *Protocollo sulla política dei redditi e dell'occupazione*, de 23 de julio de 1993, regula que “*Dopo un periodo di vacanza contrattuale pari a 3 mesi dalla data di scadenza del CCNL, ai lavoratori dipendenti ai quali si applica il contratto medesimo non ancora rinnovato sarà corrisposto, a partire dal mese successivo ovvero dalla data di presentazione delle piattaforme ove successiva, un elemento provvisorio della retribuzione. L'importo di tale elemento sarà pari al 30% del tasso di inflazione programmato, applicato ai minimi retributivi contrattuali vigenti, inclusa la ex indennità di contingenza. Dopo 6 mesi di vacanza contrattuale, detto importo sarà pari al 50% dell'inflazione programmata*”.

⁶⁷ El número 6 del art. 501 del Código de Trabajo de Portugal regula que “*Após a caducidade e até à entrada em vigor de outra convenção ou decisão arbitral, mantêm-se os efeitos acordados pelas partes ou, na sua falta, os já produzidos pela convenção nos contratos de trabalho no que respeita a retribuição do trabalhador, categoria e respectiva definição, duração do tempo de trabalho e regimes de protecção social cujos benefícios sejam substitutivos dos assegurados pelo regime geral de segurança social ou com protocolo de substituição do Serviço Nacional de Saúde*”.

⁶⁸ Art. L2222-4 del Código de Trabajo. Sobre este tema véase, THIBAULT ARANDA, “Denuncia, término y revisión de los convenios colectivos en Francia”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 86, 1997, págs. 905 ss.

⁶⁹ OLARTE ENCABO, “Cuestiones críticas en torno a la ultraactividad de los convenios colectivos”, *Foro de debate “La ultraactividad de los convenios colectivo”*. Comisión Consultiva Nacional de los Convenios Colectivos, mayo de 2013, pág. 3.

⁷⁰ ESCUDERO RODRIGUEZ, “El Real Decreto-ley, de 10 de febrero, la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva”, *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Madrid, Cinca, 2012, pág. 52. En el mismo sentido, MOLINA NAVARRETE, “Caducidad de la garantía de ultra-actividad normativa de los convenios: ¿en serio es una cuenta-atrás hacia el abismo laboral español”, *Temas Laborales*, monográfico, 2013, pág. 35. LAHERA FORTEZA, “Convenios colectivos con paracaídas”, *El País*, 30 de junio de 2013. Sobre la aplicación de la condición más beneficiosa véase la STSJ País Vasco 9 de mayo de 2000 (RS 463/2000).

⁷¹ CASAS BAAMONDE, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER y VALDES DAL-RE, “El agotamiento de la ultraactividad del convenio colectivo”, *Relaciones Laborales*, número 9, 2013, págs. 5 ss.

colectivo extraestatutario⁷² o defendiendo la necesidad de que la ultraactividad termine mediante la aprobación de un pacto colectivo⁷³.

La segunda opción, o sea, la aplicación directa de las normas generales, y en especial, el Estatuto de los Trabajadores, es la más verosímil. De hecho, hasta que se regula un plazo máximo de vigencia del convenio colectivo no existe un mecanismo claro para luchar contra las inercias existentes.

Este mecanismo no va en contra del derecho constitucional a la negociación colectiva, ya que los sujetos negociadores han tenido oportunidad de llegar a un acuerdo y, una vez perdida la vigencia del convenio, se siguen aplicando todas las normas reguladas en el Título III del Estatuto de los Trabajadores⁷⁴, como por ejemplo, pueden seguir negociando o iniciar una nueva negociación, con los mismos sujetos negociadores o con otros, según entiendan en cada caso, o pueden negociar convenios de empresa (art. 84.2 ET) o proceder a la inaplicación de las condiciones del convenio. Además, sólo va a tener efectos en los convenios en los que las partes negociadoras no tengan voluntad de llegar a un acuerdo, porque en el resto, que son la mayoría, los pactos se van a seguir produciendo, sin necesidad de plantearse el efecto de esta regulación.

De la misma manera, es cierto que el Estatuto de los Trabajadores presenta diversas referencias a materias que han de ser reguladas por convenio colectivo, pero si no están incluidas dentro del contenido mínimo (art. 85.3 ET) no existe obligación de regularlas, por lo que no cabe justificar la necesidad de seguir siendo reguladas por el convenio anterior, ni su exigencia judicial.

Asimismo, también existen toda una serie de argumentos a favor de esta opción, que pueden resumirse en los siguientes aspectos.

No cabe entender que existen lagunas en la regulación, ya que el legislador era plenamente consciente de los efectos que quería otorgar a la reforma, realidad que puede comprobarse con la lectura de la exposición de motivos de las normas del año

⁷² CRUZ VILLALON, "Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012", Reforma laboral 2012, Lex Nova, Valladolid, 2012, pág. 414 o TOSCANI GIMENEZ, "La modificación de condiciones de trabajo en la reforma laboral de 2012", Revista Española de Derecho del Trabajo, número 155, 2012, págs. 95-98.

⁷³ MERINO SEGOVIA, "La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos", Revista de Derecho Social, número 57, 2012, pág. 261.

⁷⁴ CASAS BAAMONDE entiende que en la prohibición de concurrencia no se aplica en el período en el que el convenio superior regula las condiciones del ámbito del convenio que ha perdido su vigencia, "La pérdida de ultraactividad de los convenios colectivos", Relaciones Laborales, número 6, 2013, pág. 13.

2012. Por este motivo, se ha de realizar una interpretación literal y aplicar las normas generales del sistema de fuentes establecido principalmente en el art. 3 ET.

Es un factor de presión para los negociadores para que se lleguen a acuerdos, no tanto para que se modernice el contenido de estos, ya que esto, aunque deseable desde un punto de vista de las relaciones laborales, queda fuera del alcance del legislador; por tanto, difícilmente puede entenderse como una sanción por falta de diligencia negociadora.

Esta presión actúa en un sentido doble, ya que el perjuicio de no tener un convenio colectivo que regule las relaciones laborales en una empresa no sólo puede suponer una hipotética disminución de los derechos de los trabajadores, sino que los empresarios pierden también elementos de referencia muy necesarios, por ejemplo, para erradicar supuestos de competencia desleal⁷⁵.

La ley no contempla la posibilidad de otorgar al convenio colectivo otro tipo de eficacia, como, por ejemplo, reconducirlo a convenio extraestatutario, ya que ésta no es la voluntad de las partes, salvo que se produzca por medio de una sentencia judicial.

El convenio colectivo es por excelencia temporal, según se deducen de varios preceptos del Estatuto de los Trabajadores y esto tiene especial sentido si se entiende que es un mecanismo de adaptación y concreción en las relaciones laborales, por lo que, pretender su indefinición supondría perder su sentido principal. Además, conforme a la lectura a contrario del art. 82.3 ET, perdida la vigencia del convenio colectivo, éste ya no obliga a los trabajadores y empresarios incluidos dentro de su ámbito de aplicación.

Establecer la nulidad sobrevenida de los pactos preexistentes en los convenios no es un fenómeno nuevo, por ejemplo, en relación con la Disposición adicional décima TRET en relación con la jubilación forzosa, y, hasta la fecha, este mecanismo no ha sido declarado ilegal por los tribunales.

En todo caso, la contractualización sólo es posible en los ordenamientos en los que las condiciones reguladas en los convenios colectivos se incorporan a los contratos de trabajo, ya que se trata de convenios de eficacia limitada o contractual, pero no en

⁷⁵ A favor de esta opción, GONZALEZ ORTEGA, "La negociación colectiva en el Real Decreto-ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral", *Temas Laborales*, número 115, 2012, pág. 134. En el mismo sentido, GOERLICH PESET, "Flexibilidad interna y negociación colectiva en la reforma de 2012", *Documentación Laboral*, número 95-96, 2012, pág. 63. LOPEZ AINORTE, "La reforma de la negociación colectiva como mecanismo de adaptación de las condiciones laborales", *La reforma laboral de 2012. Análisis del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Laborum, Murcia, 2012, pág. 175. ROQUETA BUJ, *La flexibilidad interna tras la reforma laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 44. PURCALLA BONILLA y PRECIADO DOMENEC, "Cambios en la negociación colectiva tras la Ley 3/2012: breves notas para el debate", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 31, 2012, pág. 333.

el sistema español donde la característica *erga omnes* le otorga una característica normativa.

La protección constitucional del principio de la autonomía colectiva no puede aplicarse en este caso ya que la contractualización no puede suponer un efecto exclusivo derivado de los convenios colectivos, por lo que debería también predicarse de la pérdida de vigencia de las normas y además, la individualización de las condiciones de trabajo, en cuanto vulneradoras del derecho de libertad sindical, según el Tribunal Constitucional, derivan de una actuación incorrecta del empresario y en este caso, las posibles consecuencias derivan de la aplicación de la norma. Otra cosa sería considerar inconstitucional este precepto, aunque esta opción difícilmente es sostenible.

Igualmente, la contractualización de las cláusulas de los convenios colectivos sólo afectarían a los trabajadores presentes durante la aplicación del convenio, y no a los de nuevo ingreso, con los que se podrían originar situaciones, en general, desechadas por los tribunales, similares a las dobles escalas salariales. Es evidente que si las partes querían que parte del contenido del anterior convenio colectivo se mantuviera vigente un nuevo convenio colectivo siempre han disfrutado de la posibilidad de establecer condiciones *ad personam*.

De la misma manera, el Tribunal Supremo había entendido de manera tradicional que el convenio colectivo de eficacia general no es fuente de la condición más beneficiosa porque el posterior en el tiempo puede derogar lo establecido en el anterior⁷⁶; doctrina que también predica de los convenios colectivos extraestatutarios⁷⁷, salvo que expresamente se determine la incorporación de las cláusulas del convenio al contrato de trabajo⁷⁸. Así, no cabe derivar del convenio colectivo condiciones más beneficiosas de obligado mantenimiento o que operen como límite a futuras negociaciones⁷⁹.

Es difícil entender que las condiciones del convenio colectivo se incorporan al contrato de trabajo como condiciones más beneficiosas y defender la regresividad del convenio posterior, ya que, en este caso, las condiciones incorporadas no podrían ser variadas.

⁷⁶ STS 26 de febrero de 1996 (RC 2116/1995), STS 24 de enero de 2000 (RC 2600/1999), STS 6 de mayo de 2009 (RC 69/2008), STS 8 de julio de 2010 (RC 248/2009) y STS 7 de julio de 2021 (RC 137/2019).

⁷⁷ STS 11 de mayo de 2009 (RC 2507/2008), STS 14 de octubre de 2009 (RC 625/2009) y STS 14 de mayo de 2013 (RC 285/2011).

⁷⁸ STS 20 de diciembre de 1993 (RC 443/1993).

⁷⁹ STS de 16 de diciembre de 1994 (RC 1391/1993), STS de 20 de diciembre de 1996 (RC 3492/1995), STS de 28 de octubre de 1998 (RC 4612/1997), STS de 24 de enero de 2000 (RC 2600/1999), STS 30 de marzo de 2006 (RC 902/2005), STS 26 de septiembre de 2011 (RC 149/2010) y STS 21 de febrero de 2019 (RC 124/2017).

La incorporación de las condiciones pactadas en convenio colectivo al contrato de trabajo como condiciones más beneficiosas no se da en el caso de las normas, por tanto, por qué se ha de defender esta diferencia, ya que el derecho a la negociación colectiva no se restringe en este caso.

Además, al permitir que el nuevo convenio colectivo o pacto sea más regresivo que el anterior, significa no sólo que el convenio colectivo más moderno puede introducir una regulación menos favorable a los trabajadores, sino que éstos no pueden invocar frente a esa regulación el mantenimiento *ad personam* de las condiciones de trabajo establecidas de la norma convencional anterior más favorable pero ya derogada⁸⁰.

En conclusión, esta situación va a complicar aún más las relaciones laborales, no tanto por un aumento de la conflictividad y la posible pérdida de los derechos de los trabajadores, que también, sino porque es muy probable que se judicialicen más las relaciones empresas-trabajadores. Es poco probable que se produzcan recortes salariales o que se puedan modificar condiciones de trabajo otorgadas por anteriores acuerdos por el hecho de que el convenio desaparezca y si esto se aplica seguramente tendrán que ser los Juzgados de lo Social los que decidan su procedencia.

Aunque se plantean problemas, por ejemplo, qué va a suceder con aspectos tan relevantes para la buena organización de las relaciones laborales en las empresas que sólo están regulados en los convenios colectivos como puede ser la clasificación profesional, las principales dudas surgen respecto a los salarios, ya que no es imaginable que los tribunales acepten importantes rebajas salariales por esta vía, en base de la ruptura del equilibrio contractual.

Todo ello puede suponer que los tribunales alteren las reglas actuales y creen una nueva línea jurisprudencial que reconozca algunas de las condiciones eliminadas como derechos adquiridos que han sido disfrutados durante muchos años por todos o parte de los trabajadores de la empresa. Por tanto, se está ante una nueva muestra de la inseguridad jurídica para la empresa.

4. La revitalización de la contractualización por parte del Tribunal Supremo

Es evidente que la máxima duda jurídica de esta regulación se plantea cuando no hay convenio colectivo de ámbito superior aplicable, porque la norma nada dice sobre esta cuestión.

Ante esta situación, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de diciembre de 2014, entiende que existen dos tesis en conflicto:

⁸⁰ STS 30 de junio de 1998 (RC 2987/1997), STS 21 de febrero de 2000 (RC 686/1999) y STS 18 de octubre de 2004 (RC 191/2003).

- **La tesis “rupturista”**: los derechos y obligaciones de las partes pasarán a regirse exclusivamente por las normas estatales legales y reglamentarias, haciendo tabla rasa de las condiciones laborales existentes con anterioridad en el ámbito del convenio colectivo fenecido
- **La tesis “conservacionista”**: los respectivos derechos y obligaciones de las partes que venían rigiendo con anterioridad a la pérdida de vigencia del convenio colectivo en cuestión deberán mantenerse puesto que forman parte del sinalagma contractua establecido entre las partes.

Optando finalmente por la **tesis conservacionista**, por los siguientes motivos:

- La aplicación de la tesis “rupturista” transformaría las bases esenciales del propio contrato o negocio jurídico y el equilibrio de las contraprestaciones.
- De aplicarse la “tesis rupturista”, se producirían indeseables consecuencias para ambas partes como, entre otras, que cualquier trabajador pasaría a percibir el salario mínimo interprofesional, podría ser obligado a realizar cualquier tipo de actividad, la jornada pasaría a ser la máxima legal, las cláusulas de horario y flexibilidad quedarían sin efecto, el empresario no podría sancionar disciplinariamente a sus trabajadores salvo que existiera causa suficiente para el despido.
- El principio de la autonomía de la voluntad. De modo que, a la hora de determinar dónde están reguladas las condiciones laborales de un trabajador, la respuesta es en su contrato de trabajo. Y así es desde el momento inicial de esa relación jurídico-laboral, puesto que el contrato de trabajo tiene una doble función: constitutiva de la relación jurídico-obligacional y reguladora de la misma, es decir, de los derechos y obligaciones a que se comprometen las partes.
- Siendo el contrato de trabajo un contrato de tracto sucesivo, esa función depuradora se va desarrollando a lo largo de todo el tiempo en que el contrato esté vivo y se va adaptando a la evolución de las propias normas legales y convencionales. Pero ello no nos debe de llevar al equívoco de suponer que las obligaciones de las partes se regulan por la ley o por el convenio colectivo normativo. No es así: se regulan por el contrato de trabajo, aunque, eso sí, depurado en la forma que establece el art. 9.1 ET.

De modo que llega a la conclusión de que cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia.

Y ello es así, no porque las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente.

Finalmente, como consecuencia de esta decisión, el propio Tribunal afirma las siguientes cuestiones:

- Estas condiciones contractuales, si quieren ser modificadas, se deberá utilizar el procedimiento del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores⁸¹.
- A los trabajadores de nuevo ingreso se les debe aplicar la norma aplicable (el Estatuto de los Trabajadores) ya que carecen *“de esa malla de protección que brindaba el convenio fenecido”*. Ahora bien, introduce la propia sentencia que esta situación *“podrá dar lugar ciertamente a problemas de doble escala salarial, de discriminación, y otros que no podemos abordar en este momento”*⁸².

Todo ello, teniendo en cuenta que la complejidad de los temas analizados, los problemas de tipo práctico que puede originar y la falta de opinión única quedan reflejados claramente en la existencia de cuatro votos particulares.

A partir de esta posición, el propio Tribunal Supremo, a la vista de todos los interrogantes que originaba la doctrina de esta sentencia de 2014, ha ido matizando sus posiciones, en base a las siguientes ideas, que son las que en la actualidad configuran con relevantes interrogantes esta figura jurídica:

- La ultraactividad *“está concebida, como norma disponible para la autonomía colectiva, para conservar provisionalmente las cláusulas del convenio anterior mientras continúe la negociación del convenio siguiente, durante un determinado tiempo que la ley considera razonable, pero no para cubrir vacíos normativos surgidos como consecuencia de la conclusión del convenio cuya vigencia ha terminado, ni para perpetuarse eternamente”*⁸³.
- Se debe evitar, por rechazable, la técnica del espigero normativo⁸⁴.
- Hay cláusulas que difícilmente pueden ser contractualizadas⁸⁵.

⁸¹ STS 8 de octubre de 2020 (RC 122/2019).

⁸² En el mismo sentido, STS 13 de mayo de 2019 (RC 360/2019).

⁸³ STS 3 de julio de 2018 (RC 1300/2017), STS 25 de julio de 2018 (RC 664/2017), STS 20 de noviembre de 2018 (RC 2148/2017) y STS 9 de septiembre de 2020 (RC 121/2017).

⁸⁴ STS 23 de septiembre de 2015 (RC 209/2014).

⁸⁵ STS 20 de diciembre de 2016 (RC 217/2015) y STS 28 de noviembre de 2019

- La contractualización sólo se produce cuando no hay un convenio colectivo de ámbito superior aplicable⁸⁶ y únicamente a los trabajadores que tuvieran contrato vigente en el momento de pérdida de vigencia normativa del convenio⁸⁷.
- En un supuesto de transmisión de empresas se aplica el convenio colectivo a la empresa entrante, ya que el convenio colectivo aplicable a la empresa saliente ya no estaba en vigor, sin aplicar, por tanto, la teoría de la contractualización⁸⁸.
- El convenio colectivo no genera condiciones más beneficiosas⁸⁹.
- Se refiere a una “*técnica extraña*” a la configuración del sistema de fuentes que fue dispuesta “*excepcionalmente*” en un supuesto “*específico en que se produjo un vacío normativo absoluto*”, de manera que “*la única alternativa posible era la desregulación cuyas consecuencias resultan especialmente extrañas en el ámbito de las relaciones laborales*”⁹⁰.

5. Epílogo

Vistas estas diferentes posiciones en la jurisprudencia, aunque se afianza claramente la eliminación o matización de la contractualización de las condiciones de trabajo en caso de que el convenio colectivo deje de estar en vigor sin haber otro convenio aplicable, es difícil de justificar la propuesta de cambio normativo que el Gobierno ha puesto encima de la mesa del diálogo social con los interlocutores sociales.

Los datos de negociación colectiva en España son deficientes y por este motivo, la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos⁹¹ viene elaborando un estudio sobre el contenido de las cláusulas de denuncia y arbitraje de los convenios colectivos desde 2013, en el que se incluyen los datos de 9.651 convenios colectivos firmados por las Autoridades laborales entre el 1 de enero de 2015 y el 30 de junio de 2020.

⁸⁶ STS 24 de enero de 2018.

⁸⁷ STS 18 de mayo de 2016 (RC 100/2015), STS 13 de mayo de 2019 (RC 55/2018) y STS 7 de julio de 2021 (RC 137/2019)..

⁸⁸ STS 1 de febrero de 2018.

⁸⁹ STS 28 de noviembre de 2019 (RC 118/2018).

⁹⁰ STS 5 de junio de 2018 (RC 427/2017). En el mismo sentido, STS 20 de noviembre de 2018, STS 10 de diciembre de 2019 (RC 61/2018), STS 28 de enero de 2020 (RC 1294/2018) y STS 19 de enero de 2021 (RC 47/2018).

⁹¹ https://www.mites.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/index.htm

El 68 % del total de convenios analizados no utilizan la fórmula de la denuncia automática, frente al 32 % que sí establecen la denuncia automática del convenio. El análisis dinámico indica que el porcentaje de convenios en los que no hay denuncia automática alcanzaron un máximo en 2015, el 70,1 % del total. Durante los cuatro años siguientes, los datos muestran una tónica descendente, de forma que en 2019 este porcentaje se sitúa en 66,4 % y los datos correspondientes al primer semestre de 2020 muestran un repunte, hasta el 68,5 % del total.

En términos de trabajadores, tan sólo el 19,4 está afectado por un convenio que establece una cláusula de denuncia automática, en tanto que el 80,6 % restante no está afectado por este tipo de cláusula

El análisis dinámico indica que el porcentaje de trabajadores no afectados por este tipo de cláusulas permanecen estabilizados en torno al 80 % en el trienio 2016-2018, experimentando un repunte significativo en 2019, hasta el 87,2 %, descendiendo en el primer semestre de 2020 hasta el 73%.

En cuanto a la ultraactividad, el 37,7% del total de convenios del período 2015 - 2020 ha acordado una ultraactividad limitada. En este grupo, el 25,1 % del total de los convenios ha optado por el periodo de un año una vez ha sido denunciado el convenio (regulación legal), en tanto que los convenios cuya ultraactividad se sitúa en el intervalo de más de 12 meses hasta 36 meses representan el 8,7 % del total. El resto de las opciones que se integran en este grupo tienen una presencia muy reducida.

Frente al 37,7 % del total de los convenios en los que la ultraactividad está limitada temporalmente, en el 62,3 % de los convenios se ha optado por una ultraactividad no definida, que se prolonga hasta la firma de un nuevo convenio colectivo.

Si se analiza el comportamiento de esta cláusula durante este período se observan dos tendencias destacables:

- Una pérdida de presencia en el total de los convenios de aquéllos que acuerdan una ultraactividad de un año. Así, estos convenios alcanzaron un máximo en 2015, el 28,4 %, y han mostrado una suave tendencia descendente en el cuatrienio siguiente, de forma que esta opción se encuentra en el 23,6 % y el 23,1 % de los convenios en 2019 y en el primer semestre de 2020, respectivamente.
- Un paulatino incremento de la presencia de la cláusula que prolonga la ultraactividad del convenio hasta la firma de uno nuevo. El mínimo de esta opción se alcanza en 2015, el 59 %, porcentaje que asciende progresivamente hasta situarse en el 65,2 % en 2019 y en el 68,1% en el primer semestre de 2020.

En términos de trabajadores, el 59,5 % del total de los cubiertos por los convenios firmados entre 2015 y el primer semestre de 2020 está afectado por cláusulas que prolongan la ultraactividad hasta la firma de un nuevo convenio y el 40,5 % restante por una ultraactividad temporalmente limitada. De estos últimos, una quinta parte del total, el 20,8%, está cubierto por convenios con ultraactividad de un año, en tanto que los cubiertos por cláusulas de ultraactividad superiores a 12 meses se aproximan también a una quinta parte del total, el 17,7 %. El resto de las opciones afectan a relativamente pocos trabajadores.

A pesar de la escasa conflictividad originada por esta cuestión, según se desprende del análisis de las decisiones judiciales que suelen resolver aspectos muy complejos, así como de los datos de la aplicación real de este tipo de cláusulas en los convenios colectivos, el Ministerio de Trabajo y Economía Social ha comunicado a los interlocutores sociales su voluntad de modificar la actual norma, proponiendo la siguiente regulación:

“4. Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya alcanzado un nuevo convenio, las partes deberán someterse a los procedimientos de mediación regulados en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83, para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes.

Así mismo, siempre que exista pacto expreso, previo o coetáneo, las partes se someterán a los procedimientos de arbitraje regulados por dichos acuerdos interprofesionales, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91.

Sin perjuicio del desarrollo y solución final de los citados procedimientos de solución, en defecto de pacto, cuando hubiere transcurrido el proceso de negociación sin alcanzarse un acuerdo, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo”.

Como se puede observar en esta redacción, se propone una vuelta a la regulación anterior de mantenimiento total de la vigencia del convenio, se supone, hasta que haya nuevo convenio, con los efectos negativos en la dinámica de la negociación colectiva que este mecanismo puede ocasionar.

Bibliografía

ALFONSO MELLADO, C, “La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012: la vigencia del convenio y el problema de la ultraactividad”, XXV Jornadas de Estudio sobre negociación

colectiva. La reforma laboral de 2012. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 4 de octubre de 2012.

ARUFE VARELA, A, La denuncia del convenio colectivo, Cívitas, Madrid, 2000.

BORRAJO DACRUZ, E, “¿Reforma laboral o nuevo Derecho del Trabajo?”, Actualidad Laboral, Tomo III, 1994.

CARNELUTTI, P, Teoria del regolamento dei rapporti di lavoro, Padua, Cedam, 1927.

CASAS BAAMONDE, M E, “La pérdida de ultraactividad de los convenios colectivos”, Relaciones Laborales, número 6, 2013.

CASAS BAAMONDE, M E, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M y VALDES DAL-RE, F, “El agotamiento de la ultraactividad del convenio colectivo”, Relaciones Laborales, número 9, 2013.

CRUZ VILLALON, J, “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, Reforma laboral 2012, Lex Nova, Valladolid, 2012. “Hacia una nueva concepción de la legislación laboral”, Temas Laborales, número 115, 2012.

ESCUADERO RODRIGUEZ, J, “El Real Decreto-ley, de 10 de febrero, la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva”, La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012, Madrid, Cinca, 2012.

ESTRADA ALONSO, R y RODRIGUEZ CARDO, J, “Capítulo segundo: reglas legales y pactadas sobre vigencia y eficacia temporal del convenio colectivo”, Cláusulas sobre vigencia, descuelgues salariales y otras facultades de alteración o disposición del contenido del convenio colectivo, CCNCC, 2012.

FERRANDO GARCIA, C, “Medidas para el favorecimiento de la flexibilidad interna de las empresas desde la perspectiva contractual”, La reforma laboral de 2012. Análisis del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, Laborum, Murcia, 2012.

GARATE CASTRO, J, “Negociación colectiva”, Justicia Laboral, número 48, 2011.

GARCIA FERNANDEZ, M, Manual de Derecho del Trabajo, Ariel, Barcelona, 1990.

GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I, “La reforma de la negociación colectiva (el Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes)”, Información Laboral, número 6, 2011.

GARCIA VIÑA, J, “La pérdida de vigencia del convenio colectivo”, Relaciones Laborales, número 11, 2013.

GOERLICH PESET, J M, Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012, Valencia, Tirant lo Blanch. “Flexibilidad interna y negociación colectiva en la reforma de 2012”, Documentación Laboral, número 95-96, 2012.

GONZALEZ ORTEGA, S, "Vigencia y ultraactividad de los convenios colectivos", *Temas Laborales*, número 76, 2004. "La negociación colectiva en el Real Decreto-ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral", *Temas Laborales*, número 115, 2012.

LAHERA FORTEZA, J, "Derecho transitoria a la negociación colectiva tras la reforma laboral de 2012", *Relaciones Laborales*, número 3, 2013.

LOPERA CASTILLEJO, J, "Límites de aplicación del contenido normativo del convenio denunciado", *Relaciones Laborales*, número 17, 1988.

LOPEZ ALVAREZ, J, *Cuestiones pendientes en torno a la ultraactividad del convenio colectivo*", Aranzadi Social, Volumen V, 1999.

LOPEZ AINORTE, C, "La reforma de la negociación colectiva como mecanismo de adaptación de las condiciones laborales", *La reforma laboral de 2012. Análisis del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Laborum, Murcia, 2012.

MERINO SEGOVIA, A, "La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos", *Revista de Derecho Social*, número 57, 2012.

MOLINA NAVARRETE, C, "La decretada reforma de la negociación colectiva: ¿el último "botín" de los mercaderes del templo", *Estudios Financieros. Revista de Derecho de Trabajo y Seguridad Social*, número 340, 2011. "Caducidad de la garantía de ultra-actividad normativa de los convenios: ¿en serio es una cuenta-atrás hacia el abismo laboral español", *Temas Laborales*, monográfico, 2013.

OLARTE ENCABO, S, "Cuestiones críticas en torno a la ultraactividad de los convenios colectivos", *Foro de debate "La ultraactividad de los convenios colectivo"*. Comisión Consultiva Nacional de los Convenios Colectivos, mayo de 2013.

PASTOR MARTINEZ, J, *La vigencia del convenio colectivo estatutario. Análisis jurídico de su dimensión temporal*, Lex Nova, Valladolid, 2008.

PEDRAJAS MORENO, A y SALA FRANCO, T, "La ultraactividad normativa de los convenios colectivos: el estado de la cuestión", *Relaciones Laborales*, número 8, 2010.

PEREZ DE LOS COBOS, F y THIBAUT ARANDA, J, "La reforma de la negociación colectiva", *Relaciones Laborales*, número 14, 2010.

PURCALLA BONILLA, M A y PRECIADO DOMENEC, C, "Cambios en la negociación colectiva tras la Ley 3/2012: breves notas para el debate", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 31, 2012.

RIBES MORENO, M y FERNANDEZ ALLES, J, "La necesidad de un cambio normativo integrado de relaciones laborales: a propósito de la nueva regulación de la negociación colectiva tras la Ley 3/2012", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 157, 2013.

RODRIGUEZ-SAÑUDO, F, "Reformas en el régimen jurídico de la negociación colectiva", Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, número 100, 2012.

ROQUETA BUJ, R, La flexibilidad interna tras la reforma laboral, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

SALA FRANCO, T, La reforma del mercado de trabajo, Valencia, CISS, 1994.

SEMPERE NAVARRO, A V, "La duración de los convenios colectivos tras la reforma", Aranzadi Social Doctrinal, número 1, 2012.

THIBAUT ARANDA, J, "Denuncia, término y revisión de los convenios colectivos en Francia", Revista Española de Derecho del Trabajo, número 86, 1997.

TOSCANI GIMENEZ, G, "La modificación de condiciones de trabajo en la reforma laboral de 2012", Revista Española de Derecho del Trabajo, número 155, 2012.

VALDES DAL-RE, F, "Sobre la prórroga de los convenios colectivos denunciados y vencidos", Actualidad Laboral, número 27, 1986. "La reforma de la negociación colectiva de 2012", Relaciones Laborales, número 23-24, 2012.

**OUTROS ESTUDOS SOBRE TEMAS
RELEVANTES**

IMPACTOS DAS NOVIDADES LEGISLATIVAS PROPOSTAS DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19 NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Ana Carolina Borges Oliveira¹

Frederico Toledo Melo²

RESUMO: O presente artigo tem como escopo averiguar os possíveis impactos de algumas novidades legislativas propostas durante a pandemia da COVID-19 nas relações trabalhistas. Sabe-se que as relações trabalhistas estão cada vez mais complexas, dadas as intensas e rápidas mudanças que a sociedade vem passando. Associada a esse contexto, a superveniência da pandemia do coronavírus (Covid-19) ensejou novo capítulo na discussão sobre as relações trabalhistas, notadamente, em razão da crise econômica que muitos países enfrentaram, especialmente em decorrência da necessidade de distanciamento social, quarentena e adoção de novas regras sanitárias. Nesse sentido, vários projetos de lei foram propostos com o objetivo de buscar regulamentação para os impactos gerados pela pandemia nas relações trabalhistas. É esse o objeto de estudo: analisar algumas dessas proposições legislativas ocorridas durante a pandemia da Covid-19, especialmente sobre os seguintes temas: maior flexibilidade de reconstrução de funcionários demitidos durante a pandemia, a regulamentação do *home office* e do teletrabalho e, por fim, alguns impactos que a Lei Geral de Proteção de Dados (que entrou em vigor em 18 de setembro de 2020) causou nas relações trabalhistas. This is the object of study: to analyze some of these legislative proposals that occurred during the Covid-19 pandemic, especially on the following topics: greater flexibility to rehire employees fired during the pandemic, the regulation of the home office and telework and, finally, some impacts that the General Data Protection Law (which entered into force on September 18, 2020) caused in labor relations.

¹ Advogada. Professora de Contratos na Faculdade Processus. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília. Especialista em Contratos e Responsabilidade pelo Centro Universitário de Brasília. Presidente da Comissão de Lei Geral de Proteção de Dados da Ordem dos Advogados do Brasil/DF - Seccional Águas Claras.

² Vice-Presidente da Comissão de Relações Governamentais da Ordem dos Advogados do Brasil/DF - Seccional Águas Claras. Cofundador do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo do Trabalho. Advogado, especialista em relações do trabalho e sindicais. Sócio do Huguene y Melo Advogados Associados. Endereço eletrônico: frederico@hmelo.adv.br

ABSTRACT: This article aims to investigate the possible impacts of some legislative novelties proposed during the COVID-19 pandemic on labor relations. It is known that labor relations are increasingly complex, given the intense and rapid changes that society has been going through. Associated with this context, the supervenience of the coronavirus pandemic (Covid-19) led to a new chapter in the discussion about labor relations, nod. In this sense, several bills were proposed with the objective of seeking regulation for the impacts generated by the pandemic on labor relations.

PALAVRAS-CHAVE: Relações trabalhistas. Novidades legislativas. Impactos. Pandemia da Covid-19.

KEYWORDS: Labor relations. Legislative news. Impacts. Pandemic of Covid-19.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Proposições legislativas para regulamentar os efeitos da pandemia nas relações trabalhistas. 2. A Lei Geral de Proteção de Dados e os impactos nas relações trabalhistas. Considerações finais. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. Legislative proposals to regulate the effects of the pandemic on labor relations. 2. The General Data Protection Law and the impacts on labor relations. Final considerations. References.

Introdução

Pretende-se neste estudo averiguar como as relações trabalhistas foram afetadas pela pandemia da Covid-19. Para subsidiar esse estudo, serão analisados alguns projetos de lei apresentados em 2020 com o objetivo de regular melhor os efeitos da pandemia em tais relações, consideradas as suas peculiaridades e as suas especificidades.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou, no dia 11 de março de 2020, a pandemia global do coronavírus. Em sua manifestação, incluiu recomendações de prevenção, limpeza e higienização do local de trabalho, bem como a promoção regular de limpeza das mãos e a disposição de lenços em locais de fácil acesso. Também foi recomendado evitar multidões e sugerido o teletrabalho no caso de epidemia.³

No contexto brasileiro, no dia 20 de março de 2020, foi publicado o Decreto Legislativo nº 06/2020, que instituiu o estado de calamidade no Brasil, com duração até 31 de dezembro de 2020, podendo os efeitos da calamidade serem estendidos por muito tempo. Assim, ainda estão vigentes as normas de medidas de enfrentamento da

³ Disponível em: <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/getting-workplace-ready-for-covid-19.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2021.

emergência de saúde pública (Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020) e de calamidade pública, reconhecidas pelo Decreto Legislativo nº 6 de 2020 e regulamentadas pela Lei nº 14.020 de 2020. Com a continuidade e o agravamento da pandemia e novas cepas do vírus, cumpre analisar alguns impactos que as relações trabalhistas vêm enfrentando, o que afeta toda a sociedade, inclusive a economia global.

Nesse contexto, o presente estudo busca analisar algumas dessas proposições legislativas ocorridas durante a pandemia da Covid-19, especialmente sobre os seguintes temas: maior flexibilidade de reconstrução de funcionários demitidos durante a pandemia, a regulamentação do *home office* e do teletrabalho e, por fim, alguns impactos que a Lei Geral de Proteção de Dados (que entrou em vigor em 18 de setembro de 2020) causou nas relações trabalhistas.

1. Proposições legislativas para regulamentar os efeitos da pandemia nas relações trabalhistas

Inicia-se pela análise do Projeto de Lei nº 3.078 de 2020, dos Deputados Lucas Gonzalez e Marcel van Hattem, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, para tratar da reconstrução de funcionários demitidos. Esse projeto de lei foi proposto no dia 02 de junho de 2020 e tem como fundamento ampliar as possibilidades de reconstrução, sem que haja fraude e, ao mesmo tempo, auxiliando na sobrevivência da empresa que demitir por não possuir qualquer condição de manter o salário de seus funcionários, dadas as novas condições econômicas e sociais decorrentes da pandemia do Covid-19.

É sabida por todos a atual crise econômica decorrente, principalmente, da pandemia do novo coronavírus. Não apenas uma crise no Brasil, mas o mundo todo vem sofrendo com as graves consequências econômicas e sociais geradas pela pandemia do COVID-19. Cenário sobre o qual se impôs a necessidade de isolamento e distanciamento sociais, que implicou no fechamento de lojas, comércios, empresas e negócios em geral, gerando aumento do desemprego, queda na arrecadação, dentre inúmeras outras consequências graves.

Assim, a fim de minimizar tais efeitos e criar um cenário favorável para que os empresários possam se reerguer, foi proposto o Projeto de Lei nº 3.078 de 2020, dos Deputados Lucas Gonzalez e Marcel van Hattem. Essa proposição busca alterar a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) para tratar da reconstrução de funcionários demitidos durante o período de vigência do Decreto 06/2020, que institui o estado de calamidade nos 18 meses subsequentes ao seu término.

Para melhor análise, segue um quadro comparativo com a redação atual do artigo 484-A e a inclusão do 484-B:

Redação atual da CLT	Redação proposta pelo PL nº 3.078/2020
<p>Art. 484-A. O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidas as seguintes verbas trabalhistas:</p> <p>I - por metade:</p> <p>a) o aviso prévio, se indenizado; e</p> <p>b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no § 1º do art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990;</p> <p>II - na integralidade, as demais verbas trabalhistas.</p> <p>§ 1º A extinção do contrato prevista no <i>caput</i> deste artigo permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço na forma do inciso I-A do art. 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, limitada até 80% (oitenta por cento) do valor dos depósitos.</p> <p>§ 2º A extinção do contrato por acordo prevista no <i>caput</i> deste artigo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego.</p>	<p>Art. 484-B. Durante o período que compreende a vigência do Decreto nº 6/2020 e os 18 (dezoito) meses subsequentes, poderá ser celebrado acordo para extinção do contrato de trabalho prevendo que o empregado fará jus:</p> <p>I - à indenização no montante de dez por cento sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no § 1º do art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990;</p> <p>II - à movimentação da conta vinculada do trabalhador no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço na forma do inciso I-A do art. 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990;</p> <p>III - a uma parcela do seguro-desemprego, nos casos em que a soma dos valores previstos nos incisos I e II do art. 484-A forem inferiores ao dobro do valor do salário do empregado.</p> <p>§ 1º Na ausência do acordo a que se refere o <i>caput</i>, o empregado receberá na integralidade todas as verbas rescisórias.</p> <p>§ 2º Celebrado o acordo a que se refere o <i>caput</i>, o empregado que teve seu contrato extinto poderá ser recontratado, em até 89 (oitenta e nove) dias, contados da data da rescisão, sem qualquer penalidade para as partes.</p> <p>§ 3º Na impossibilidade de recontração no prazo fixado no § 2º, o empregador deverá pagar as demais verbas trabalhistas na integralidade, descontada a indenização prevista no inciso I do <i>caput</i>.</p> <p>§ 4º O acordo celebrado deverá ser informado ao Ministério da Economia, para fins de operacionalização da parcela única do seguro-desemprego a que faz referência o inciso III do <i>caput</i>.</p>

Como se observa do quadro, o PL nº 3.078/2020 cria uma nova modalidade para a extinção do contrato de trabalho, que estaria vinculada à sua recontração; o que não é previsto atualmente na CLT.

Importante ressaltar que há uma hipótese legal semelhante a esta, mas que não se confunde, embora as duas tenham o mesmo objetivo. A Lei nº 14.020/2020 (fruto da conversão da MP nº 936/2020, que instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda) prevê, em seu artigo 8º, a possibilidade de suspensão temporária do contrato de trabalho, durante o estado de calamidade, pelo prazo máximo de 60 dias, podendo ser prorrogado por ato do Executivo.

Assim, embora as duas modalidades tenham como objetivo “mitigar os danos sociais e econômicos, são apresentadas opções adicionais que contribuirão para a manutenção dos vínculos empregatícios durante esse período”⁴; observa-se que o PL nº 3.078/2020 não trata de possibilidade de suspensão do contrato de trabalho, mas sim de extinção, com possibilidade de recontração.

Além disso, outra nítida diferença entre as duas decorre do fato de que a suspensão prevista na Lei nº 14.020/2020 permite a possibilidade de recebimento do benefício emergencial de manutenção do emprego e da renda, com valor de referência na parcela do seguro-desemprego, com o objetivo de garantir a renda do trabalhador e reduzir o impacto social da crise.

Dessa forma, o PL nº 3.078/2020 autoriza a demissão mediante liberação do FGTS e pagamento de 10% da multa rescisória visando à recontração em até 89 dias. Assim, caso não haja essa recontração, o valor restante da verba rescisória será pagamento integralmente; o que não gera prejuízos ao trabalhador.

De toda forma, em que pesem as diferenças, os dois institutos buscam a redução dos custos do empregador diante da crise gerada pelo coronavírus de modo a permitir uma retomada mais rápida e eficiente de crescimento, além de diminuir as hipóteses de demissão.

Outro tema bastante abordado na pandemia foi sobre o *home office* e o teletrabalho, tendo em vista a imposição do isolamento social no combate ao coronavírus. Apesar de a CLT disciplinar em seus artigos 75-A e seguintes sobre o tema, o parlamento entendeu que, com o aumento exponencial da modalidade de trabalho, era o momento de se debruçar sobre a temática.

Ressalta-se que o poder Executivo, dentro de suas competências, flexibilizou o ingresso temporário desta modalidade de trabalho com o fito de preservar o emprego e

⁴ Conforme Exposição de Motivos da MP nº 936/2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-936-20.pdf.

renda dos trabalhadores, bem como possibilitou que as empresas continuassem exercendo suas atividades.

Ao buscar a quantidade de vezes que a palavra aparece no site da Câmara de Deputados sobre teletrabalho,⁵ verifica-se que no ano de 2018 apareceu em 4 demandas legislativas, em 2019 o número subiu para 15, em 2020 teve seu ápice 106 menções e no ano de 2021 foram apresentadas 31 oportunidades.

Na mesma pesquisa realizada sobre *home office*,⁶ verifica-se que não foi apresentada proposta legislativa sobre o tema em 2018, em 2019 foi apresentado um único projeto, mas em 2020 foram propostos 54 projetos legislativos e até o momento de 2021 foram apresentados 19.

Dentre os temas abordados nos projetos legislativos, boa parte versa sobre o auxílio para quem trabalha em casa. O referido auxílio tem como objetivo criar um adicional, seja em percentual ou em valor real, com o fito de custear gastos do empregado com valor da internet, energia elétrica, *softwares* e *hardwares*, equipamentos tecnológicos e infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto.

Em que pese a boa intenção dos parlamentares, o adicional indiscriminado pode acarretar em um efeito colateral do desemprego, visto que a maior parte das empresas trabalham na pandemia abaixo de sua capacidade aguardando o mercado arrefecer.

Na justificativa do PL nº 5.341, de 2020, a análise do Deputado Márcio Marinho demonstra, por meio de pesquisas, que tanto os empregados (86%) quanto os empregadores (70%) estão satisfeitos com o *home office*. Tal fato se deve pelo fato dos atores terem assumido o protagonismo na solução de conflito, é dizer que o trabalhador e empregador juntamente com seus sindicatos negociaram de forma satisfatória.

E não poderia e não pode ser diferente. Isso porque vive-se num país continental e com todas as atividades econômicas, a consequência é a diversidade, em que uns podem auxiliar muito e outros nem tanto. E assim tem ocorrido, os sindicatos discutem a temática, colocam questões mínimas. Além disso, empresas maiores já compreenderam que o *home office* é um atrativo e o aumento de benefícios propicia angariar os melhores funcionários existentes no mercado de trabalho.

É incontroverso, outrossim, que o *home office* aumente os custos do empregado, mas isso tem suas recompensas, caso contrário a maioria esmagadora dos entrevistados pela pesquisa citada pelo parlamentar não iria querer continuar em *home office*.

⁵ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/busca-portal?contextoBusca=BuscaProposicoes&pagina=1&order=relevancia&abaEspecific=true&q=teletrabalho>. Acesso em: 29 jul. 2021.

⁶ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/busca-portal?contextoBusca=BuscaProposicoes&pagina=1&order=relevancia&abaEspecific=true&q=home%20office>. Acesso em: 29 jul. 2021.

Nesse sentido, o trabalhador pode inclusive diminuir outras despesas, como a alimentação, detém maior flexibilidade de trabalho e por, conseguinte, uma melhor qualidade de vida. Melhora significativamente a segurança, visto que não fica exposto no deslocamento, seja no transporte público ou privado.

Além disso, o *home office* representa oportunidade para o empregado que possui a flexibilidade de trabalhar em outros horários e cidade – é possível trabalhar da praia, por exemplo. Consegue albergar o tempo que era despendido com deslocamento para estudar, praticar atividade física, melhorar o convívio familiar, ou seja, concilia de forma mais ampla suas rotinas pessoais.

Engessar os custos pode gerar consequências nefastas, muito embora se reconheça as boas intenções dos parlamentares em propostas legiferantes, pois pode dificultar o processo negocial entre os sindicatos ou entre sindicato e empresa, pode desestimular empresas com perfil mais concessivo, bem como pode desestimular a prática do *home office* nas pequenas empresas, maiores empregadores do país, por ser oneroso em demasia para eles.

Por fim, a quantificação destes custos na proposta em análise é subjetiva, quem irá dizer qual internet o empregado deve contratar, às vezes para trabalhar precisa de uma internet mediana, mas pode gostar de ver filmes, jogar *video game online*, prefere contratar a melhor internet do mercado. O mesmo acontece com a energia, visto que podem haver outras atividades dentro de sua residência, a questão de infraestrutura adequada também é bem subjetiva.

A Câmara dos Deputados tem se debruçado outrossim acerca da jornada de trabalho e o direito da desconexão. As propostas são unânimes quanto ao direito de desconexão, mas divergem sobre a questão da jornada, existindo defesa para ambos os casos.

Atualmente a CLT preconiza que o teletrabalho não tem jornada. A corrente defensora da manutenção do texto defende a dificuldade de controle de jornada, visto que o empregado está exercendo atividade longe de seu empregador.

A corrente refratária à primeira aduz que o empregador tem meios de controlar a jornada do empregado, bem como aproveita-se a ausência de horas para alijar o trabalhador, efetuando uma sobrecarga de trabalho. Ademais, há os projetos que intentam preservar a natureza do teletrabalho, deixando o modelo atual ser a regra, mas permitindo exceções, desde que conste no contrato de trabalho do empregado esta condição. Uma destas propostas é do Deputado Rodrigo Agostinho, PL nº 5.581, de dezembro de 2020, que aduz que nos casos de controle de jornada além da disposição no contrato de trabalho o meio de controle de jornada deve ser idôneo, sendo permitido o controle de ponto por exceção.

O modelo proposto parece escorreito, visto que congrega a liberdade como regra, mas permite a exceção desde que convencionado pelas partes.

2. A Lei Geral de Proteção de Dados e os impactos nas relações trabalhistas

Além das proposições legislativas analisadas anteriormente, que tiveram o objetivo de minimizar o impacto da pandemia do COVID-19, outra influência nas relações trabalhistas foi causada pela Lei Geral de Proteção de Dados.

A proteção jurídica dos dados pessoais está prevista no art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal de 1988, dispositivos que resguardam os direitos fundamentais da privacidade e da intimidade. Tal preocupação também está presente na Lei nº 12.965/2014, que estabeleceu o denominado *marco civil da internet*.

Nesse contexto, e com o advento do Direito Digital e da crescente preocupação com a preservação da privacidade e da autodeterminação informativa, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD (Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018) – implementou a normatização do tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, com o objetivo de proteger as informações relacionadas à pessoa natural. A LGPD, mister ressaltar, foi inspirada no Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e de seu Conselho, conhecido como *General Data Protection Regulation* – GDPR (ou Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, em português), o qual tutela os dados pessoais e a privacidade dos indivíduos no âmbito da União Europeia. São muitos os aspectos que envolvem a LGPD.

Aqui, pretende-se analisar, brevemente, alguns possíveis impactos que a LGPD pode gerar nas relações trabalhistas. Nos termos da LGPD, os titulares da proteção de dados pessoais são todas as pessoas físicas. Assim, os dados de todas as pessoas naturais estão abarcados pela proteção da Lei.

Por outro lado, a LGPD determina que todas as pessoas, sejam físicas ou jurídicas, que realizem tratamento de dados (físicos ou digitais) devem obedecer aos parâmetros legais (vide seu art. 3º), salvo as exceções ali expressamente estabelecidas. Para efeitos de sua aplicação na esfera trabalhista, o empregado é o titular/fornecedor dos dados e o empregador é o controlador dos dados (recebe e armazena), sendo exigido deste último especial cautela quanto à segurança dos dados ditos *sensíveis* (opção sexual, raça, filiação sindical, estado gravídico, questões de saúde, etc).

Além disso, no âmbito das relações do trabalho, para ocorrer o tratamento (coleta, classificação, utilização, armazenamento) de dados pessoais (sensíveis ou

não) é recomendável que se adote a prévia obtenção do consentimento do seu titular, bem como a expressa definição da finalidade da obtenção, como prescrevem os artigos 7º e 8º da LGPD. Por isso, alguns estudiosos da matéria têm sugerido que conste, no contrato de trabalho, um tópico ou capítulo específico relativo à proteção dos dados pessoais, de modo a permitir que as partes tenham maior clareza sobre o que (e para que) está sendo consentido no tocante às informações personalíssimas.

Há que se ressaltar, todavia, que ainda há muitas dúvidas quanto à efetiva (e correta) operacionalização das disposições da LGPD, o que deve ser melhor definido e regulamentado pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). A ANPD pode vir a estabelecer, por exemplo, a legitimidade e validade da inclusão, na convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, de cláusula negociada de proteção de dados, obrigando empregados e empregadores.

Destaca-se que a LGPD ainda permite a portabilidade dos dados (compartilhamento dos dados com outros controladores), a sua eliminação (por exemplo, quando ocorrer o término da obrigação legal) e a revogação do consentimento, a qualquer momento, mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado. A estipulação dos eventuais limites da aplicação de tais disposições, na seara trabalhista, é atribuição da ANPD. Destarte, percebe-se o significativo impacto que a LGPD irá gerar nas relações trabalhistas (assim como em todas as demais relações jurídicas), exigindo cautela e atenção de todos.

Considerações finais

Como se viu, um novo normal já está acontecendo em todas as relações sociais. E as relações trabalhistas vêm sofrendo profundos impactos, especialmente diante da rápida necessidade de criar novos cenários que estejam em harmonia com os novos deveres impostos pela pandemia da Covid-19.

Assim, pretendeu-se, com essa breve análise, averiguar algumas proposições legislativas que têm como objetivo contribuir com essa nova necessidade, qual seja, regular as relações trabalhistas de modo a permitir extrair possíveis ensinamentos e mapear eventual legado que se tem observado nas relações trabalhistas.

Dentre esses ensinamentos, observou-se que a proteção dos dados faz parte da educação e cultura digitais, tendência mundial, enfatizada pela pandemia da COVID-19. No cenário trabalhista, tem ocorrido profunda mudança cultural na vida das empresas, uma vez que o tratamento dos dados dos seus empregados passou a receber novas proteções. Assim, importante destacar que a LGPD adota os princípios da prevenção, da responsabilização e da prestação de contas, atribuindo, assim, um ônus importante

para as empresas, que são obrigadas a adotar medidas eficazes e capazes de prevenir a ocorrência de danos ou vazamentos nos dados de seus empregados.

Por fim, o legado deixado pela instituição do *home office* é grande, o que impulsionou novas formas de trabalho, nas quais algumas modalidades de trabalho, que antes ocupavam um lugar secundário na sociedade, apareceram como solução para muitos problemas. Diante desse novo contexto, também se observou que a solidariedade ganhou destaque, pelo fato de tanto o empregador quanto o empregado terem identificado verdadeira zona de confluência de interesses: a sobrevivência, o que refletiu, notadamente, nas proposições legislativas, que tiveram como pano de fundo a busca por um ponto comum entre os interesses do empregado e do empregador.

TRABALHO INFANTIL E PANDEMIA DO COVID-19: REFLEXÕES ACERCA DO CASO BRASIL

Ana Paula Motta Costa¹

Carolina de Menezes Cardoso²

RESUMO: Com a necessidade de isolamento e distanciamento social, foram diversos os serviços, empresas e comércios que encerraram suas atividades, ocasionando uma alta no nível de desemprego no Brasil. A perda de postos de trabalho formais representou, para muitas famílias, a perda da subsistência, impulsionando cenários de fome e miserabilidade social que favorecem a ocorrência de trabalho infantil. Sem políticas públicas eficientes, o trabalho originado no contexto pandêmico pode tornar-se permanente, comprometendo a infância e o futuro das crianças trabalhadoras. A partir dessas provocações, este trabalho visa discorrer sobre a pandemia do COVID-19, seu impacto no agravamento da situação de trabalho infantil no país e o caminho a seguir, de forma a evitar retrocessos após a crise sócio-sanitária.

ABSTRACT: With the need for isolation and social distancing, there were several services, companies and trades that ended their activities, causing a high level of unemployment in Brazil. The loss of formal jobs represented, for many families, the loss of subsistence, boosting scenarios of hunger and social misery that favor the occurrence of child labor. Without efficient public policies, work originated in the pandemic context can become permanent, compromising the childhood and future of working children. Based on these provocations, this work

¹ Professora Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pós-doutora em Criminologia e Justiça Juvenil junto ao Center for the Study of Law and Society (Berkeley Law) da Universidade da Califórnia. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogada. Socióloga. Endereço eletrônico: anapaulamottacosta@gmail.com. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4819150909009593>.

² Advogada. Economista. Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pesquisadora vinculada ao Grupo de Pesquisa inscrito no Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - Observatório de Pesquisa em Violência e Juventude, vinculado ao Laboratório de Pesquisa Empírica em Direito. Endereço eletrônico: menezescarolina@gmail.com. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3823827366943550>.

aims to discuss the COVID-19 pandemic, its impact on the worsening child labor situation in the country and the way forward, in order to avoid setbacks after the socio-sanitary crisis

PALAVRAS-CHAVE: Pandemia da COVID-19. Trabalho infantil. Políticas públicas. Infância.

KEYWORDS: COVID-19 pandemic. Child labour. Public policy. Childhood.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Pandemia da COVID-19 no contexto brasileiro. 2. Trabalho infantil: definições e perspectivas. 3. Discussão: pandemia, trabalho e infância. Considerações finais. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. COVID-19 pandemic in the Brazilian context. 2. Child labour: definitions and perspectives. 3. Discussion: pandemic, work and childhood. Final considerations. References.

Introdução

O cenário de pandemia global causada pelo vírus da COVID-19 (Coronavírus) reverbera de forma marcante no campo da justiça juvenil. Desde 2020, o país atravessa a maior crise social e sanitária dos últimos 100 anos, escancarando a realidade precária das famílias brasileiras. Na múltipla gama de discussões urgentes e possíveis - como fome, vulnerabilidade social, precariedade de higiene e moradia, aborda-se, nesta construção, os reflexos da pandemia no campo do trabalho infantil.

A temática mostra-se relevante e premente, dado que o progresso global contra o trabalho infantil está estagnado desde 2016 (OIT, 2021) e, com o contexto da pandemia, corre importantes riscos de se ver em franco retrocesso. O contexto exige, portanto, que sejam elaboradas medidas imediatas e precisas, visando combater o fenômeno, sob pena de que toda uma geração de crianças veja-se atrelada a uma vida de miserabilidade econômica e social.

Partindo de tais premissas, o presente trabalho debruça-se sobre a seguinte pergunta central: “de que forma a pandemia da COVID-19 afetou o contexto de trabalho infantil no território brasileiro e quais são as políticas públicas necessárias para tratamento da problemática?”. A partir de revisão sobre conceitos essenciais acerca da pandemia e trabalho infantil, tem-se como objetivo a propositura de uma discussão que apresente as relações entre ambas as categoriais, bem como destaca-se as medidas que já foram adotadas pelo Estado e que ainda podem ser acolhidas como política pública. Ao final, são tecidas considerações, sem, contudo, ter-se a intenção de esvaziar a problemática, mas sim propor novos debates sobre o tema.

1. Pandemia do Covid-19 no contexto brasileiro

Desde o dia 12 de março de 2020, quando ocorreu a primeira morte por COVID-19 no Brasil, o país acumula 549 mil mortes e 19,7 milhões de casos confirmados até o momento (JHU CSSE COVID-19, 2021). Esses números refletiram no fato de o território brasileiro constituir-se no centro da atenção mundial, principalmente porque, pela disseminação desenfreada da doença, aqui surgiram novas cepas do vírus, mais contagiosas do que a originária da pandemia, sendo a mais conhecida denominada de P1, proveniente da região de Manaus (AGÊNCIA BRASIL, 2021).

De forma institucional, o Governo Federal pouco fez com relação ao controle e combate à pandemia, culminando na instauração de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para responder sobre a condução das medidas. Passado quase 1 ano e meio do início da pandemia, o governo notabilizou-se por minimizar o perigo do vírus, desacreditar medidas de distanciamento e isolamento social e promover curas ineficazes, enquanto deixava de adquirir o insumo efetivamente comprovado para combater a doença – a vacina (CASTRO et al, 2021).

Em que pese o sistema de saúde do Brasil ser referência em todo o mundo, o país foi um dos mais afetados pela COVID-19. Ainda que não seja possível apontar uma causa específica para a velocidade de disseminação, contaminação e letalidade com que o vírus atingiu a população brasileira, a postura inadequada e falha do Governo em implementar medidas equitativas, coordenadas e imediatas de resposta à pandemia agravaram o cenário sanitário (CASTRO et al, 2021).

A postura adotada pelo Estado de minimizar o vírus trouxe efeitos em diversas frentes, não apenas da saúde, relegando aos governantes locais (governadores e prefeitos) a tarefa de combater a pandemia em suas regiões. Sendo o distanciamento e isolamento social a única medida efetiva para frear a disseminação do vírus antes da aprovação das vacinas, o Congresso Nacional instituiu em 20 de março de 2020 decreto de calamidade pública, que permitia ao Governo aumentar o gasto público e descumprir meta fiscal (BRASIL, 2020a).

Dentre as medidas econômicas, destaca-se a criação do Auxílio Emergencial pela Lei Federal de nº 13.892/2020, que também cuida de medidas do benefício de prestação continuada. O instrumento autorizava o pagamento de um auxílio de R\$ 600,00, pelo período inicial de 3 meses, a trabalhadores informais, microempreendedores individuais (MEI), autônomos e desempregados, que atendessem aos requisitos legais (maior de 18 anos, renda individual de até $\frac{1}{2}$ salário-mínimo ou renda familiar de até 3 salários-mínimos). Sendo a mulher a provedora da família, o auxílio mensal era de R\$ 1.200,00 (BRASIL, 2020b). O Auxílio foi prorrogado por mais dois meses,

até agosto de 2020. Em setembro de 2020, o Auxílio passou a ser de R\$ 300,00 para o restante do ano e R\$ 150,00 para 2021, sendo que mulheres chefes de família recebem R\$ 375,00 (GOVERNO FEDERAL, 2021).

Os valores repassados, porém, não foram suficientes para frear o avanço da pandemia no âmbito social. Os níveis de desemprego foram acrescidos em 33% com relação a 2019, estando a taxa de desemprego do país em 14,7%. Isso significa que 14,8 milhões de brasileiros e brasileiras perderam seus postos de trabalho formais, inclusive chefes de família, responsáveis pela subsistência da unidade familiar (IBGE, 2021).

Com o desemprego, a vulnerabilidade social e a fome ascenderam no país. Desde 2015, vinha-se identificando um aumento nos níveis de desemprego e no número de famílias em situação de extrema pobreza, o que se intensificou com a realidade da pandemia e acabou por reduzir o poder de compra e o acesso à própria alimentação, principalmente entre mulheres e a população das regiões Norte e Nordeste (NEVES et al, 2021).

Paralelamente, o número de pessoas em situação de rua aumentou, sendo que, em pesquisa realizada no Rio de Janeiro, 31% das pessoas estavam em situação de rua há menos de 1 ano, coincidindo o período com o início da pandemia, e 64% deles o estavam por perda de posto de trabalho formal, ocasionando na perda de renda e moradia. Ainda, houve um aumento de 35% no número de mulheres em situação de rua, muitas delas acompanhadas por seus filhos e filhas (FIOCRUZ, 2021).

No que toca especificamente à realidade das crianças e adolescentes, a suspensão das atividades escolares presenciais ocasionou a diversos estudantes a perda do único local em que lhes era possível realizar uma refeição, fosse ela a mais nutritiva ou mesmo a única do dia. Ainda que tenha havido esforços das secretarias estaduais e municipais no sentido de promover a entrega de insumos às famílias, a logística de acesso não foi suficiente para garantir a todos e todas o acesso à alimentação (OBSERVATÓRIO DO TERCEIRO SETOR, 2021).

Para as crianças e adolescentes em situação de rua, a pandemia representa agravamento de violação de direitos, dado que, para Manoel Torquato “entre os que ficam permanentemente na rua, há a impossibilidade de cumprir a regra básica das organizações de saúde, que é o ‘fique em casa’. Ficar em casa em isolamento social pressupõe você ter uma casa” (AGÊNCIA BRASIL, 2020).

Por conta de todo o contexto pandêmico, com o fechamento da economia e pouco auxílio do Governo, surgiu a necessidade de que a população buscasse fontes alternativas de renda, empregos ou trabalhos pagos mediante salário ou mesmo mantimentos, com a intenção de garantir minimamente alguma subsistência.

2. Trabalho infantil: definições e perspectivas

Cenários de crise são particularmente preocupantes quando se trata do trabalho infantil. Proibido para menores de 18 anos em atividades insalubres, perigosas ou penosas, ou realizadas em horário noturno, e proibido para menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos (BRASIL: 1943; 1988; 1990), trata-se de uma das piores formas de violação de direitos humanos, porque pressupõe a assunção de tarefas típicas de adultos a pessoas que ainda estão em processo de desenvolvimento, dentro ou fora de casa (BRASIL, 2010).

No campo da saúde, o trabalho infantil afeta não apenas o desenvolvimento físico da criança ou do adolescente, mas também seu desenvolvimento psicológico. A criança trabalhadora é naturalmente compelida a inibir seus impulsos de ser espontânea e livre, pois assume a identidade de trabalhadora e não mais de criança, perdendo seu senso do que é lúdico e da fantasia (CUSTÓDIO e VERONESE, 2007). Ao mesmo tempo, as crianças que trabalham em geral ficam expostas a trabalhos insalubres, perigosos ou sujeitos a doenças, o que acaba violando ou retardando o desenvolvimento. E justamente por conta do estágio particular de vida em que se encontram, crianças e adolescentes são mais vulneráveis às condições de trabalho, de sorte que estão sujeitos a fatores como fadiga, cansaço, envelhecimento precoce ou doenças laborais. Nesse mesmo sentido, por não estarem aptos a avaliar as condições e os riscos do trabalho, as crianças e adolescentes são mais sujeitos a acidentes e à submissão a condições adversas (BRASIL, 2010).

As causas para o trabalho infantil são diversas e não são, necessariamente, o objeto deste estudo. A fim de oferecer um panorama geral, contudo, frisa-se que a pobreza é a maior delas – embora o trabalho infantil não seja bem remunerado, é considerado uma renda significativa para sustento da criança ou adolescente e de sua família (EDMONDS e THÉVENON, 2019). Uma vez que a vida passa a ser uma luta diária para sobreviver, as crianças são forçadas a assumir responsabilidades de adultos, auxiliando no cuidado da casa para que seus responsáveis possam ir trabalhar, ou mesmo elas passando a trabalhar como forma de complementar a renda familiar (OIT, 2001). O trabalho, em um contexto de [extrema] pobreza, como aquela enfrentada por parte importante da população brasileira, representa possibilidade de “alívio da miséria e a satisfação de necessidades essenciais”, “da superação da fome” (CUSTÓDIO e VERONESE, 2007, p. 70). Ademais, a pobreza não significa apenas a necessidade de comer e beber, mas sim o acesso a direitos humanos mínimos como cidadão: saúde, ensino, saneamento básico (FERST, 2007).

Sabe-se que a criança pobre brasileira nunca foi estranha ao trabalho. Já à época das embarcações portuguesas, as crianças embarcadas eram atravessadas por

elementos que garantiam a manutenção da vulnerabilidade econômica: os *grumetes* eram meninos pobres que recebiam metade da remuneração de um marinheiro da mais baixa hierarquia e eram responsáveis por tarefas penosas e perigosas. Os *pajens* eram meninos de melhor condição socioeconômica, cujas famílias viam na possibilidade de trabalhar em embarcações uma ascensão profissional, no auxílio de nobres e oficiais (CUSTÓDIO e VERONESE, 2007, p. 19-20). Na construção da sociedade brasileira, o ingresso das crianças no mundo laboral era extremamente precoce, já aos sete anos de idade envolvendo-se em pequenas atividades, ou ainda na condição de aprendizes de algum ofício. O trabalho infantil fazia parte de um conjunto de diálogos que relacionavam desenvolvimento e autonomia com responsabilidade e aprendizado (RIZZINI, 1999).

O recorte de raça cumpre papel essencial no desenvolvimento das relações de trabalho envolvendo crianças e adolescentes. A escravidão dos povos negros e indígenas fez surgir um sistema mercantil cuja mercadoria eram pessoas, ao mesmo tempo em que se segmentaram as relações sociais a partir da realização ou não de trabalhos braçais: os trabalhos manuais eram realizados por *inferiores*, enquanto os nobres eram assim caracterizados por, justamente, não trabalharem (SCHWARZ e STARLING, 2015). Até os 5 ou 6 anos de idade, crianças escravas eram tratadas como animais domésticos, para após passarem às tarefas laborativas, sujeitas assim como os escravos adultos a funções fatigantes, sob emprego de violência como controle. As crianças brancas, por sua vez, manipuladas pelos pais, utilizavam-se das crianças escravas como brinquedos, ainda que partilhassem a mesma faixa etária, sem censura ou punição (LIBERATI e DIAS, 2006).

A criança em situação de trabalho infantil, em regra, assume a responsabilidade de ajudar sua família, cuidando da casa para que os pais possam trabalhar, ou elas próprias buscando trabalho externo (OIT, 2001). Em última análise, isso significa que essas crianças e adolescentes terão menos chance de escolarização e profissionalização, estando sujeitas ao mercado de trabalho precário, alimentando o ciclo vicioso de pobreza intergeracional (BRASIL, 2010).

E quanto mais precária for a relação de trabalho, pior será a vida dos trabalhadores como um todo (CUSTÓDIO e VERONESE, 2007), pois a consequência imediata é a redução do poder aquisitivo dos salários dos adultos. O fenômeno é inerente às sociedades capitalistas e representa a vida pela sobrevivência, pois o trabalho não agrega nada mais do que o [baixo] salário à vida dos trabalhadores, sendo motivo de angústias, frustrações e, acima de tudo, muita exploração (SOUSA, 2010).

Trata-se, assim, de um círculo vicioso: o trabalho infantil aumenta o nível de desemprego entre os adultos, o que os pressiona a recorrer à mão de obra dos filhos

para garantir a subsistência familiar. Retiradas da escola, essas crianças e adolescentes acabam por perpetuar a pobreza na família (CUSTÓDIO e VERONESE, 2007). A renda da família aumenta no curto prazo, porém, é sacrificada no longo prazo, embora se reconheça que a necessidade leva a família a depender desse trabalho (OIT, 2001).

Considerando os inevitáveis atravessamentos entre o trabalho infantil e a vulnerabilidade econômica, o ingresso precoce no mercado de trabalho, em uma sociedade que pouco fez historicamente pelas crianças e adolescentes, impede o pleno desenvolvimento, de forma individual e coletiva. Sendo, assim, potente catalisador para violações de direitos mínimos, como saúde, segurança, alimentação e moradia.

3. Discussão: pandemia, trabalho e infância

No Brasil pré-pandemia, 1,7 milhão de crianças e adolescentes encontravam-se em situação de trabalho infantil. Atualmente, dados coletados pela UNICEF em São Paulo acenam ao fato de que, entre abril e junho de 2020, houve uma intensificação do trabalho infantil em 26% (UNICEF, 2021). O ano de 2021, eleito como “Ano Internacional para a Eliminação do Trabalho Infantil” demonstra estabilidade na tendência de alta, ao que se soma o fato de que, desde o início da pandemia, 1,5 milhão de crianças no mundo tornaram-se órfãs por conta do vírus da COVID-19. Significa dizer que, a cada 12 segundos desde 2020, uma pessoa com menos de 18 anos perdeu ao menos um de seus cuidadores principais (HILLIS et al, 2021).

A conjuntura é propícia para o agravamento do trabalho infantil. Com a perda dos responsáveis e possíveis provedores, o contexto familiar se altera, pois a criança e/ou adolescente perde seu provedor de renda e acolhimento. Nas famílias em que há um responsável sobrevivente, esse deve garantir o sustento do restante, o que pode implicar em alguns cenários:

O(A) responsável procura trabalho fora de casa, gerando a necessidade de que as crianças mais velhas da casa cuidem das mais novas;

O(A) responsável e as crianças devem contribuir de forma coletiva para o sustento da família, de forma que os filhos e as filhas também busquem alguma forma de trabalho;

O(A) responsável deve permanecer em casa, cuidando de outros membros da família, cabendo às crianças a tarefa de garantir a subsistência da família.

Em quaisquer dos casos, está-se diante de trabalho infantil. Importante que se refira que mesmo quando realizadas dentro da unidade familiar, as tarefas da criança que substituem a participação de um adulto são ilegais. Em que pese seja natural que as crianças e adolescentes, em um espaço de convivência e socialização, compartilhem

responsabilidades com os adultos, o trabalho infantil doméstico configura-se quando a criança ou o adolescente assumem a responsabilidade dos próprios adultos, de forma incompatível com o momento de vida ou etapa do desenvolvimento (BRASIL, 2020). Frisa-se que há um forte componente de gênero na assunção de tarefas domésticas, eis que a maior parte delas é atribuída ao gênero feminino, de forma desproporcional ao gênero masculino (BRUSCHINI, 1994; PLAN INTERNATIONAL, 2015).

De acordo com a Unicef (2021), a crise aumentou em ao menos 5% a proporção de famílias em que ao menos uma criança trabalhava ou realizava *bicos* em atividades remuneradas, na faixa etária dos 5 aos 13 anos. Também de 5% foi o aumento dos casos em que a criança, de forma não remunerada, auxiliava no trabalho remunerado de algum outro morador da casa, na mesma faixa etária.

Paralelamente, o caráter de invisibilidade do trabalho infantil agrava-se com a necessidade de distanciamento e isolamento social. Ainda que o trabalho infantil doméstico seja naturalmente invisibilizado, porque ocorre dentro da esfera íntima do lar, trabalhos que chamariam atenção no dia a dia, como em áreas públicas urbanas, feiras livres, praças ou mesmo no trânsito e nas praias, tornam-se invisíveis porque seus espectadores devem permanecer dentro de casa (NETO, 2021).

Seja dentro ou fora de casa, o trabalho em contexto pandêmico soma-se ao já acentuado risco de evasão escolar. De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (Pnad) de 2019, estimava-se que quase 1,1 milhão de crianças e adolescentes em idade escolar obrigatória não estavam em nenhuma instituição de ensino. À época, os meninos eram a maioria, em número quase 10% maior do que o das meninas em situação escolar (IBGE, 2019).

A pandemia do COVID-19 pode ter agravado esse cenário. Em novembro de 2020, 5.075.294 crianças e adolescentes entre 6 e 17 anos estavam fora da escola ou sem atividades escolares, número esse que representa 13,9% da população de todo o país. As crianças entre 6 e 10 anos nas regiões rurais do Norte e Nordeste foram as mais atingidas pela evasão escolar durante a pandemia (UNICEF, 2021). Aventa-se a hipótese de que tal resultado derive de dois componentes principais: a necessidade de que as crianças e adolescentes do meio rural participem das atividades produtoras da família, como forma de auxiliar na subsistência; e que o acesso à *internet*, essencial para a realização das atividades de ensino remotas, é dificultada nessas regiões. Também conforme os dados da última Pnad de 2019, o Norte e o Nordeste detêm os menores percentuais de pessoas que utilizam da *internet* e derivados no país (69,2 e 68,6%, respectivamente).

Além disso, em que pese a proporção de meninos fora da escola fosse superior, entre as meninas, a expectativa de ter de realizar atividades domésticas durante a

pandemia, em detrimento de continuar os estudos na escola ou universidade gerava impactos na saúde mental, como desenvolvimento de transtornos de ansiedade, em 62% das entrevistas por pesquisa realizada pela Plan International (2020). Mantido o contexto de crise econômica que imponha ao sexo feminino a tarefa de garantir a manutenção das atividades do cuidado da casa e da família, é possível que, já no curto prazo, sejam as meninas aquelas em maior proporção fora da escola.

E, como se sabe, a evasão escolar é um dos efeitos mais palpáveis do trabalho infantil. Seja porque há a necessidade entre a divisão do tempo entre trabalho e escola, seja porque o projeto oferecido pela escola é distante da realidade e necessidades imediatas, a criança ou adolescente que precisa trabalhar gradativamente distancia-se do estudo. A exposição precoce ao mercado de trabalho impacta diretamente o acesso a oportunidades escolares, bem como impede um desenvolvimento escolar de qualidade, o que também reforça a exclusão social, tendo em vista que a defasagem e abandono escolar das crianças e adolescentes costumam ser profundamente ligados à necessidade de trabalhar (BRASIL, 2010).

Ademais, a negativa de acesso aos direitos inerentes ao ser criança (ou seja, à infância) impossibilita/dificulta a vivência de experiências fundamentais para o bom desenvolvimento escolar e bom desempenho social, que se mostra uma condição necessária para a transformação dos indivíduos em cidadãos de voz ativa que possam intervir de forma ativa em suas comunidades e na sociedade como um todo, de forma responsável e produtiva (OIT, 2001).

Não houve, contudo, o direcionamento específico de políticas públicas ao combate da problemática. A nível federal, o Auxílio Emergencial de R\$ 600,00 permitiu um ganho de rendimentos relevante, em poder de redistribuição de renda às camadas de renda mais baixas, principalmente entre pessoas negras (mulheres negras em 32,08% e homens negros em 31,59%), reduzindo o índice de Gini³ do país de 0,5429 para 0,4972 (GONÇALVES et al, 2021).

Com relação a outras medidas sociais, cita-se a utilização do Programa Nacional de Alimentação Escolar (Pnae), que destinou, durante o período de suspensão das aulas, gêneros alimentícios a pais ou responsáveis de estudantes na educação básica das escolas públicas (BRASIL, 2020c) e proibição do corte de fornecimento de energia elétrica por inadimplência durante o estado de calamidade pública (ANEEL, 2020).

Porém, a redução substancial dos valores do Auxílio que ocorreu ainda em 2020, somada à possibilidade iminente de suspensão de qualquer repasse público, já causa impactos sociais severos, principalmente entre mulheres e a população negra. Essa

³ O índice de Gini é um instrumento para medir o grau de concentração de renda em determinado grupo. Quanto menor for o índice (que vai de 0 a 1), maior é a igualdade de renda no país (IPEA, 2004).

população, já vulnerável antes da pandemia, sem capacidade de manter o isolamento social e garantir sua subsistência sem o Auxílio, será impelida à exposição a um Brasil que não apresenta índices ainda sob controle (GONÇALVES et al, 2021). Ademais, cessado o estado de calamidade pública e considerando a ideologia de Estado Mínimo do Governo Federal (BARZOTTO e MARTINS, 2021), não há na agenda política uma pauta de efetiva solução das desigualdades de renda trazidas pela pandemia. A partir daí, surge um novo cenário passível de agravamento do trabalho infantil, pois não haverá medida adequada a mitigar a ocorrência (ou necessidade) do trabalho entre crianças e adolescentes.

Considerações finais

O objetivo deste trabalho foi discorrer, ainda que de forma preliminar, acerca dos impactos da pandemia da COVID-19 no contexto de trabalho infantil do Brasil. Em que pese a produção de dados quanto à problemática ainda seja incipiente, mostra-se possível, com base nas categorias teóricas e relatórios já disponibilizados, relacionar o contexto de crise social, econômica e sanitária com maior incidência de trabalho infantil, trazendo diversas repercussões ao presente e ao futuro das crianças e adolescentes do país.

Para além dos malefícios já conhecidos à saúde física, mental e ao desenvolvimento pleno da criança trabalhadora, ecoam na pandemia outras realidades: fome, vulnerabilidade socioeconômica, afastamento do estudo. Passado 1 ano e meio da decretação do estado de pandemia e calamidade pública no Brasil e no mundo, verifica-se que as crianças e adolescentes do Brasil em muito foram penalizadas pelo COVID-19, sem que houvesse um direcionamento de políticas públicas específicas para a problemática.

Há um forte componente de gênero que surge da necessidade de que as famílias permaneçam juntas em isolamento social, seja porque as meninas da casa passam a ser responsáveis pelo cuidado dos demais para que os adultos possam trabalhar, seja porque elas mesmas devem expor-se a trabalho doméstico em outras casas de família, de forma a auxiliar ou mesmo garantir o sustento da sua. Daí, passa-se a construir um cenário de maior risco de evasão escolar ao gênero feminino, que, em tempo histórico, há pouco teve o direito de acesso à educação garantido.

Mas não só. Em que pese o Governo aposte em uma retomada do crescimento da economia, esse não será capaz de, por si só, solucionar os retrocessos ocasionados pela pandemia, no contexto do trabalho infantil. Há no país uma nova realidade de famílias que perderam seus provedores principais para a COVID-19, ocasionando não apenas cenários em que a criança ou adolescente deve auxiliar o responsável

sobrevivente no custeio da casa e da família, mas também de crianças e adolescentes que sairão da pandemia sem ambos os pais ou provedores, em grave risco de ingresso precoce no mercado de trabalho como forma de sobrevivência.

Por conta de todo o exposto, compreende-se que é urgente a elaboração de políticas públicas de esforços conjuntos entre entes municipais, estaduais e federal, pautadas em três pilares principais:

Programas de distribuição de renda específicos a famílias em que haja crianças ou adolescentes em idade escolar e que perderam um ou ambos os responsáveis para a COVID-19;

Investimento em logística para garantir distribuição dos gêneros alimentícios a crianças e adolescentes em idade escolar, que necessitem permanecer em ensino remoto;

Custeio de *internet* às comunidades e regiões com menor acesso à rede, também visando a garantir o acesso ao ensino remoto;

Programas de incentivo à retomada das crianças e adolescentes à escola, quando seguro, voltadas principalmente ao gênero feminino.

Os efeitos e conseqüências ocasionados pela pandemia da COVID-19 não se encerrarão com a reabertura total da economia, das empresas e das escolas. Os dados disponíveis confirmam a existência de um cenário já de retrocesso no combate ao trabalho infantil com risco de agravamento, acaso não sejam adotadas medidas minimamente necessárias a garantir que as crianças e adolescentes possam acessar seus direitos e garantias básicos.

Referências

ANEEL. **Resolução Normativa no 878, de 24 de março de 2020**. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2020878.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2021.

AGÊNCIA BRASIL. **Jovens em situação de rua ficam mais vulneráveis durante a pandemia**. Publicado em: 27 jun. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-06/fragilidade-de-criancas-e-adolescentes-em-situacao-de-rua-cresce-na>. Acesso em: 25 jul. 2021.

AGÊNCIA BRASIL. **Variante P1 já responde por 90% das amostras em SP**. Publicado em: 28 abr. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2021-04/variante-p-1-ja-responde-por-90-das-amostras-em-sp>. Acesso em: 25 jul. 2021.

BARZOTTO, Luciane Cardoso; MARTINS, Renata Duval. Trabalho infantil e pandemia de COVID-19 no Brasil: uma análise à luz das normas da Organização Internacional do Trabalho

e das normas de Direito interno. *In*: MOTA, Fabiana Dantas Soares Alves da; SOBRINHO, Zéu Palmeira (Orgs.). **Trabalho infantil e pandemia: diagnóstico e estratégias de combate**. Natal: Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, 2020. Disponível em: https://ead.trt21.jus.br/pluginfile.php/780/mod_book/chapter/17/E-book%20-%20Trabalho%20Infantil%20e%20Pandemia.pdf. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei no 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 22 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto Legislativo no 6, de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. **Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266. Acesso em: 16 jul. 2019.

BRASIL. **Lei no 13.892, de 2 de abril de 2020**. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. **Lei no 13.987, de 7 de abril de 2020**. Distribuição de gêneros alimentícios adquiridos pelo PNAE. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13987.htm. Acesso em: 28 jul. 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME. **Orientações técnicas**. Gestão do programa de erradicação do trabalho infantil no SUAS. Brasília, 2010.

BRUSCHINI, Cristina. O trabalho da mulher brasileira nas décadas recentes. **Revista Estudos Feministas**, ano 2, 1994. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/viewFile/16102/14646>. Acesso em: 12 ago. 2020.

CASTRO, Marcia C.; KIM, Sun; BARBERIA, Lorena; RIBEIRO, Ana Freitas; GURZENDA, Susie; RIBEIRO, Karina Braga; ABBOTT, Erin; BLOSSOM, Jeffrey; RACHE, Beatriz; SINGER, Burton

H. Spatiotemporal pattern of COVID-19 spread in Brazil. **Science**, v. 372, n. 6544, p. 821-826, 21 may 2021. Disponível em: [10.1126/science.abh1558](https://doi.org/10.1126/science.abh1558) (DOI). Acesso em: 25 jul. 2021.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Trabalho infantil: a negação de ser criança e adolescente no Brasil**. Santa Catarina: Editora OAB/SC, 2007.

EDMOND, Eric; THÉVENON, Olivier. **Child labour: causes, consequences and policies to tackle it**. OECD Report, 2019. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/f6883e26-en.pdf?expires=1580081759&id=id&accname=guest&checksum=AC0D539EF3928991B6FF37A-2EDDA8151>. Acesso em: 14 nov. 2019.

FERST, Marklea da C. **Exploração do Trabalho Infantil sob a ótica dos Direitos Humanos**. (Dissertação de Mestrado). UFC, 2007.

FIOCRUZ. **Recomendações e orientações em saúde mental e atenção psicossocial na COVID-19**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2020. 342 p.

FNPETI. **Trabalho infantil nos ODS**. Brasília, 2015. Disponível em: https://www.chegadetrabalho infantil.org.br/wp-content/uploads/2017/10/agenda_2030_e_trabalho_infantil.pdf. Acesso em: 12 nov. 2019.

GONÇALVES, Ricardo; et al. Impactos do Auxílio Emergencial na Renda e no Índice de Gini. **Nota do CECON**, n. 16, abr. 2021. Disponível em: <https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/nota-cecon/nota-cecon-auxilio-emergencial-01042021final.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2021.

GOVERNO FEDERAL. **Auxílio Emergencial 2021 é prorrogado por três meses**. Publicado em: 06 jul. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2021/julho/auxilio-emergencial-2021-e-prorrogado-por-tres-meses>. Acesso em: 25 jul. 2021.

HILLS, Susan D. et al. Global minimum estimates of children affected by COVID-19-associated orphanhood and deaths of caregivers: a modelling study. **The Lancet**. Published: July 20, 2021. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(21\)01253-8](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(21)01253-8). Acesso em: 25 jul. 2021.

IBGE. **Desemprego**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em: 15 jul. 2021.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios contínua (PNAD) 2019**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/11-estatisticas/sociais/>. Acesso em: 16 de janeiro de 2021.

IPEA. **O que é? Índice de Gini**. Ano 1, ed. 4, 2004. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2048:catid=28&Itemid=23. Acesso em: 29 jul. 2021.

JOHN HOPKINS UNIVERSITY (JHU). **CORONAVIRUS RESEARCH CENTER – OVERVIEW**. Disponível em: <https://coronavirus.jhu.edu/region/brazil>. Acesso em: 25 jul. 2021.

LIBERATI, Wilson Donizeti; DIAS, Fábio Muller Dutra. **Trabalho infantil**. São Paulo: Malheiros, 2006.

NETO, Xisto Tiago de Medeiros. O trabalho infantil: fundamentos e desafios para o seu combate. In: MOTA, Fabiana Dantas Soares Alves da; SOBRINHO, Zéu Palmeira (Orgs.). **Trabalho infantil e pandemia: diagnóstico e estratégias de combate**. Natal: Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, 2020. Disponível em: https://ead.trt21.jus.br/pluginfile.php/780/mod_book/chapter/17/E-book%20-%20Trabalho%20Infantil%20e%20Pandemia.pdf. Acesso em: 25 jul. 2021.

NEVES, José Anael et al. Unemployment, poverty, and hunger in Brazil in Covid-19 pandemic times. In: **Rev. Nutr.**, n. 34, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1678-9865202134e200170>. Acesso em: 25 jul. 2021.

OBSERVATÓRIO DO TERCEIRO SETOR. **Em meio à pandemia, fome volta para a mesa dos brasileiros**. Publicado em: 16 out. 2020. Disponível em: <https://observatorio3setor.org.br/noticias/em-meio-a-pandemia-fome-volta-para-a-mesa-dos-brasileiros/>. Acesso em: 25 jul. de 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Eliminação do trabalho infantil: guia para os empregadores**. Brasília: IPEC, 2001.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Trabalho infantil – estimativas globais 2020, tendências e o caminho a seguir**. Disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/resumo-do-trabalho-infantil-2020/@@display-file/arquivo_pdf. Acesso em: 25 jul. 2021.

PLAN INTERNATIONAL. **Halting lives – the impact of COVID-19 on girls and young women**. United Kingdom: 2020. Disponível em: <https://plan.org.br/wp-content/uploads/2020/09/Final-Draft-Covid19-halting-lives-070920.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2021.

PLAN INTERNATIONAL. **Por ser menina: o estado das meninas do mundo em 2015**. São Paulo: 2015. Disponível em: https://plan.org.br/wp-content/uploads/2019/03/executivesummary_2015_por_lr-2.pdf. Acesso em: 15 jul. 2021.

RIZZINI, Irma. Pequenos trabalhadores do Brasil. In: PRIORE, Mary Del (org.) **História das crianças no Brasil**. São Paulo: Contexto, 1999.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil: uma biografia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. *E-book*.

SOUSA, Maria do Socorro Almeida de. **Idade mínima para o trabalho na ordem jurídica brasileira**. São Paulo: LTr, 2010.

UNICEF. **Análise das desigualdades sociais na infância e adolescência em São Paulo (SP) – Monitoramento dos indicadores da plataforma dos Centros Urbanos 2017-2020**. São Paulo: UNICEF, 2021. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/media/13976/file/%20analise-das-desigualdades-sociais-na-infancia-e-adolescencia-em-sao-paulo--pcu-2017-2020.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2021.

ACÇÃO RESCISÓRIA OU ACÇÃO ANULATÓRIA: QUAL O MEIO ADEQUADO PARA HOSTILIZAR A SENTENÇA PASSADA EM JULGADO ORIUNDA DA HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL DO ACORDO EXTRAJUDICIAL?

Anne Beatriz Moreira de Lacerda¹

Sergio Torres Teixeira²

RESUMO: O presente artigo trata sobre questões que giram em torno da homologação judicial do acordo extrajudicial, cuja aplicabilidade ao processo do trabalho por anos foi controvertida. Analisa-se a natureza da decisão homologatória, sua impugnabilidade e ainda sua aptidão para fazer coisa julgada, dados que alicerçam a resposta à pergunta tema: ação rescisória ou ação anulatória como meio apto a desconstituir a decisão de homologação? A resposta, neste trabalho, é tecida com base em uma forçosa interpretação sistemática das fontes normativas e em um mergulho aprofundado nos comandos processuais, desaguando na conclusão de que, a despeito das interpretações que se inclinam à ação anulatória, o meio hábil a desconstituir sentença homologatória, alçada ao patamar de título executivo judicial, é sem dúvidas a ação rescisória. O trabalho é desenvolvido pelo método de abordagem dedutivo, adotando-se a técnica da documentação direta, com pesquisa documental em obras doutrinárias, na jurisprudência dos tribunais do trabalho e nos textos da legislação contemporânea.

ABSTRACT: This article deals with issues that revolve around the judicial homologation of the extrajudicial agreement, whose applicability to the labor process for years has been controversial. The nature of the homologation decision, its contestability and its ability to make res judicata are analyzed, data that support the answer to the theme question: motion for relief from judgement or annulment action as a means capable of overturning the homologation decision? The

¹ Pós-Graduada em Direito Processual Civil e do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura do Trabalho da 6ª Região. Advogada.

² Doutor em Direito. Professor da Universidade Federal de Pernambuco e da Universidade Católica de Pernambuco. Desembargador do TRT6. Membro da ABDT.

answer, in this work, is woven based on a forced systematic interpretation of normative sources and on a deep dive into procedural commands, leading to the conclusion that, despite the interpretations that tend to annulment action, the skillful means to deconstruct the sentence ratification, raised to the level of judicial enforcement title, is undoubtedly the motion for relief from judgement. This article is developed using the deductive approach method, adopting the technique of direct documentation, with documentary research in doctrinal papers, in the jurisprudence of the labor courts and in the texts of contemporary legislation.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo extrajudicial. Homologação. Jurisdição voluntária. Ação rescisória. Ação anulatória.

KEYWORDS: Extrajudicial agreement. Homologation. Voluntary jurisdiction. Motion for relief from judgement. Annulment action.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Breves considerações acerca do processo de jurisdição voluntária. 2. Acordo extrajudicial no âmbito do Processo do Trabalho e a sua homologação. 3. Sentença homologatória, meios de sua impugnação e aptidão para a formação da coisa julgada. 4. Ação rescisória ou anulatória: qual o meio hábil para hostilizar a sentença passada em julgado oriunda da homologação judicial do acordo extrajudicial? Conclusões. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. Brief considerations of the voluntary jurisdiction procedure. 2. Out-of-court agreement in the context of the Labour Procedure and its approval. 3. Homologatory judgment, means of its challenge and aptitude for the formation of the judged thing. 4. Rescission or annulment action: what is the skillful means of antagonizing the judgment in court arising from the judicial approval of the out-of-court settlement? Conclusions. References.

Introdução

O presente trabalho tem como cerne discutir as matérias que circundam a homologação de acordo extrajudicial no âmbito do processo do trabalho, para, ao final, responder à pergunta tema: qual o meio adequado para hostilizar a decisão homologatória de um acordo judicial submetido ao processo de jurisdição voluntária disciplinado pelos artigos 855-B a 855-E da Consolidação das Leis do Trabalho?

Para isso, inicia-se com considerações acerca do processo de jurisdição voluntária, sua conceituação e suas diferenças em relação à jurisdição contenciosa. Mais adiante, adentra-se às particularidades da jurisdição voluntária no Processo do Trabalho, notadamente no que toca à homologação de acordo firmado entre as partes

extrajudicialmente e à inovação trazida sobre esse tema com o advento da Reforma Trabalhista.

Mais à frente, trata-se dos elementos relacionados à natureza da decisão homologatória em si, como sua recorribilidade e aptidão em fazer coisa julgada, numa análise de disposições legais e retomada de conceitos abordados ao longo do trabalho, calhando na resposta à pergunta central, fruto da análise aprofundada do próprio texto em relação à sistemática do ordenamento jurídico processual.

1. Breves considerações acerca do processo de jurisdição voluntária

Antes de adentrar às particularidades da jurisdição voluntária, necessário trazer à baila a conceituação dada ao termo *jurisdição* de forma isolada.

Segundo Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2013, p. 155), *jurisdição* é:

Uma das funções do Estado, mediante a qual este *se substitui aos titulares dos interesses em conflito* para, imparcialmente, buscar a *pacificação do conflito que os envolve*, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada). [...] *a jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade.* (grifou-se)

Já na conceituação de Fredie Didier Jr. (2014, p. 193), *jurisdição*, embora não haja menção expressa e necessária à existência de conflito, fala-se de atuação “criativa (reconstrutiva)” do Estado:

[...] a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e *criativo (reconstrutivo)* (c), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g). (grifou-se)

Ora, como se pode observar, o conceito de jurisdição clássico carrega consigo a ideia de transferir a terceiro isento a tutela de direitos particulares, numa clara substituição das partes pelo Estado, retirando-lhes a possibilidade de definir a quem cabe a razão em um conflito (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, p. 156). Somente assim evita-se o subjetivismo na aferição da medida do direito.

Não obstante, a jurisdição ainda possibilita que os envolvidos sejam tratados de forma mais equânime, já que as forças física e *psíquica* não são levadas em consideração, evitando que o *mais forte* sempre leve vantagem em detrimento do mais fraco.

Contudo, diferentemente do que se extrai desses conceitos, na jurisdição voluntária, embora haja efetivamente a entrega da tutela de direitos dos particulares ao Estado, suas características peculiares, de notáveis diferenças da jurisdição contenciosa, tornam controvertida na doutrina sua natureza *jurisdicional* e até mesmo a noção de *voluntariedade*.

O que se busca com a jurisdição voluntária “é uma atividade estatal de integração e fiscalização. Demanda-se do Poder Judiciário a integração da vontade, para torná-la apta a produzir determinada situação jurídica” (DIDIER JR., Fredie, 2020, p. 232) e não necessariamente uma pacificação ou atividade reconstrutiva. É dizer: embora haja a substituição do particular em questões privadas pelo poder estatal, na jurisdição voluntária o juiz não diz quem tem o direito, porque o questionamento sobre isso nem mesmo a ele é submetido.

Em razão disso, entende a doutrina majoritária que, conquanto seja denominada de *jurisdição*, a *jurisdição voluntária* em verdade não tem natureza jurisdicional, tratando-se de funções administrativas exercidas pelo Poder Judiciário. Nesse raciocínio, a jurisdição voluntária se equipara a qualquer outro órgão da administração pública (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 180).

Paralelamente, no mais das vezes, as questões submetidas à jurisdição voluntária não são de fato voluntárias, mas cogentes – com evidente exceção das situações em que a parte busca o judiciário para autorização/aprovação quando não precisava fazê-lo. Como bem pontua Fredie Didier Jr. (2020, p. 233), “Se tais atos da vida privada só podem ser exercidos por meio da jurisdição voluntária, de voluntária ela não tem nada”.

Essas aparentes inconsistências entre nomenclatura e conceito se esvaem quando se enxerga ser desnecessário o conflito anterior para que o Judiciário atue exercendo a jurisdição. Elucidando o debate com clareza, Sergio Torres Teixeira (2018, p. 323) pontua:

[...] a ideia de que a solução de lides é absolutamente essencial à jurisdição, no sentido de que não há jurisdição sem lide, é uma *tese ultrapassada*.

Jurisdição é a função do Judiciário se, quando devidamente provocado, este declara o direito aplicável ao caso concreto submetido à sua apreciação [...] e tal atividade jurisdicional ocorre

tanto diante de uma lide, como na jurisdição contenciosa, como em face de uma situação envolvendo interesses privados que, necessariamente, precisam ser tutelados pelo Estado mediante uma atividade administrativa/integrativa prevista em Lei como imprescindível à válida constituição de um ato, providência ou negócio jurídico. (grifou-se)

E é nesse contexto de jurisdição, que mesmo sem conflito representa a tutela de questões privadas pelo Estado, que se insere a homologação de acordos extrajudiciais no âmbito do processo do trabalho, e entender esses detalhes é essencial à elucidação, ao final, da controvérsia que gira em torno da desconstituição da decisão homologatória do acordo extrajudicial.

2. Acordo extrajudicial no âmbito do Processo do Trabalho e a sua homologação

Estando claro o conceito de jurisdição voluntária adotado, evidente fica que a homologação de acordo extrajudicial, tal qual antes mencionado, é ato inserido dentro de um âmbito não contencioso da jurisdição estatal.

Isso porque, em primeiro plano, embora se possa admitir que há conflito em potencial, na prática o acordo prevê a existência de interessados e não de litigantes. Há um interesse comum, pautado no direito e poder de autocomposição de ambas as partes.

O juiz, portanto, não julga, *a priori*, o mérito da relação subjetiva, apenas reveste aquele negócio jurídico *lato sensu* da chancela estatal, não restando dúvidas de que não há nesses casos a litigiosidade esperada da jurisdição contenciosa.

No âmbito do processo civil, nota-se que a possibilidade de homologação de acordos firmados extrajudicialmente há muito se vê estabelecida pela legislação, a exemplo das disposições contidas no art. 57 da Lei nº 9.099/95 e do revogado Código de Processo Civil de 1973, que já previa a natureza de título judicial daquele acordo extrajudicial homologado em juízo em seu art. 475-N, inciso V.

O atual Código de Processo Civil, por sua vez, traz previsão expressa quanto à homologação de acordo extrajudicial dentro do seu capítulo XV – que trata dos procedimentos de jurisdição voluntária –, mais especificamente no seu art. 725, VIII.

No entanto, embora esse tipo de procedimento homologatório fosse uma realidade no âmbito das relações civis, recebeu por muito tempo enorme resistência no contexto do processo trabalhista, haja vista a necessária atenção aos princípios norte-

adores do “direito material do trabalho, como a irrenunciabilidade de direitos, e do acesso à justiça do trabalhador economicamente fraco” (SCHAVI, 2018, p. 69).

Para alguns, vale dizer, caberia a aplicação supletiva dos ora mencionados artigos do Código de Processo Civil, tanto na sua forma revogada quanto na atualmente vigente, tendo em conta a previsão do art. 769 da CLT e a anterior lacuna normativa existente na Consolidação quanto a esse tema.

Não havia, entretanto, pacificidade quanto a essa temática. Exemplo disso é que se observa de julgados anteriores ao advento da Reforma Trabalhista, a maioria deles na linha pelo descabimento da homologação de acordos extrajudiciais.

Desse modo, não havia certeza de que, nos tempos de outrora, a homologação de acordos trabalhistas firmados fora do juízo seria processada com base nos procedimentos do CPC, se seria extinta com fundamento na incompetência da Justiça do Trabalho (RO 0000349-42.2016.5.17.0002) ou na falta de interesse de agir (RO 0010232-35.2016.5.18.0018).

Esse cenário, a despeito dos posicionamentos no sentido de que não houve inovação, viu-se efetiva e concretamente modificado apenas com o advento da Lei nº 13.467/17, a Reforma Trabalhista, que incluiu na CLT a previsão literal, no seu art. 652, f, da competência das varas do trabalho para “decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho”.

A partir de então, deixaram de existir controvérsias tanto em relação à competência da justiça laboral para a homologação de acordos extrajudiciais quanto ao procedimento a ser adotado – se as disposições do CPC ou não. Isso porque o regramento no âmbito especializado ganhou roupagem própria, diferenciando-se em diversos pontos daquele seguido tradicionalmente nos processos homologatórios cíveis.

No processo trabalhista, o procedimento de homologação atualmente se vê estampado nos arts. 855-B a 855-E, no capítulo III-A da CLT, dedicado exclusivamente ao Processo de Jurisdição Voluntária para Homologação de Acordo Extrajudicial. Vale a pena trazer à baila, na íntegra, para melhor análise, seu conteúdo:

Art. 855-B. O processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, *sendo obrigatória a representação das partes por advogado.*

§ 1º As partes *não poderão ser representadas por advogado comum.*

§ 2º Faculta-se ao trabalhador ser assistido pelo advogado do sindicato de sua categoria.

Art. 855-C. O disposto neste Capítulo não prejudica o prazo estabelecido no § 6º do art. 477 desta Consolidação e não afasta a aplicação da multa prevista no § 8º art. 477 desta Consolidação.

Art. 855-D. No prazo de quinze dias a contar da distribuição da petição, o juiz analisará o acordo, *designará audiência se entender necessário* e proferirá sentença.

Art. 855-E. A petição de homologação de acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional da ação quanto aos direitos nela especificados.

Parágrafo único. O prazo prescricional voltará a fluir no dia útil seguinte ao do trânsito em julgado da decisão que negar a homologação do acordo. (grifou-se)

Ora, da mera leitura dos dispositivos acima transcritos se percebe que o estabelecimento de regramento distinto daquele adotado no CPC não foi à toa, e encontra respaldo nos princípios tutelares do direito processual e material do trabalho, mormente o já mencionado princípio da irrenunciabilidade de direitos.

Em primeiro plano, a vedação à existência de advogado comum – como ocorre no âmbito cível – decerto tem o escopo de tentar garantir que o trabalhador, hipossuficiente na relação jurídica trabalhista, tenha como seu representante alguém que de fato defenda seus interesses.

Depois, a exigência de que as partes estejam de fato representadas por advogado, relativizando o *jus postulandi* previsto no art. 791 da CLT, a toda evidência também tenta evitar que o trabalhador se submeta a acordos desproporcionais, que representem vantagem apenas ao empregador.

Deixando de lado, por ora, os riscos de autocomposição com partes tão díspares juridicamente, são medidas sem dúvidas mitigadoras.

É por isso também que a cautela do juiz do trabalho quando da homologação de acordos extrajudiciais precisa ser maior do que aquela tida pelos magistrados que analisam acordos em relações civis. Não se pode olvidar, ainda, que não haja um conflito necessariamente quando da autocomposição entre as partes, que a Justiça do Trabalho tem natureza tutelar, com princípios peculiares que norteiam tanto a relação jurídica material como a processual.

Prevendo essa necessária cautela, o art. 652, f, da CLT estabelece competir às varas do trabalho decidir quanto à homologação.

Não se trata, pois, de uma obrigação do juiz homologar o acordo das partes simplesmente porque elas cumprem os requisitos formais do procedimento. Cabe a ele

a análise tanto da forma quanto do conteúdo, para atuar de forma ativa no sentido de evitar abusos patronais. A máxima cautela precisa existir sob pena de o juiz do trabalho “se tornar o principal protagonista do sistema de proteção jurídica dos direitos humanos dos trabalhadores brasileiros” (BEZERRA LEITE, 2021, p. 210).

Transformar a Justiça do Trabalho em órgão que chancela a relativização exacerbada da indisponibilidade de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente iria no sentido diametralmente oposto ao que deu origem à própria jurisdição especializada.

Tais observações calham no último dos destaques feitos na legislação transcrita, qual seja, a possibilidade de designação de audiência para ouvir as partes.

Trata-se de mais uma medida que deixa clara a necessidade de uma postura tutelar do juiz do trabalho, que pode e deve investigar, à mínima dúvida de fraude ou abuso, os termos do acordo a ele submetido antes de realizar a homologação.

Assim, colhendo informações das partes, é possível identificar de forma mais clara o contexto de formação do acordo, se houve de fato o elemento de validade *voluntade* pelas partes e ainda se ambas têm conhecimento dos termos ali entabulados.

Em posse dessas informações, poderá o juiz homologar ou não o acordo – desde que o faça de forma fundamentada – e os depoimentos das partes envolvidas podem ser elementos essenciais tanto no convencimento, quanto na formação da fundamentação.

Aliás, quanto à inexistência de obrigatoriedade dos juízes do trabalho em homologar acordos, embora perceba-se uma consequência lógica do próprio escopo de atuação do magistrado especializado, vê-se estampada na Súmula nº 418 do Tribunal Superior do Trabalho, que assenta inclusive não haver direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança.

Na mesma linha é Enunciado nº 110, editado pela ANAMATRA na II Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, o qual assenta que o juiz pode, em decisão fundamentada, recusar-se à homologação do acordo a ele submetido.

Há ainda uma terceira via, mais controvertida, mas também reflexo da necessária cautela do juiz: a homologação parcial do acordo. Apesar de haver linhas doutrinárias entendendo que não cabe ao juiz o *meio termo*, considera-se essa como uma possibilidade prática, eis que por ora não serão tratadas as minúcias dessa questão.

Sinteticamente, portanto, a submissão de acordo ao judiciário tem três cenários jurídicos distintos, que geram também consequências distintas, mormente no que diz respeito à possibilidade de impugnação. É sobre isso que se tratará no tópico seguinte.

3. Sentença homologatória, meios de sua impugnação e aptidão para a formação da coisa julgada

Em primeiro plano, antes que se adentre à questão relacionada às formas de impugnação da decisão homologatória ou não-homologatória de acordo, é necessário tecer algumas considerações sobre a natureza jurídica deste ato.

O art. 855-D da CLT traz em sua dicção que o juiz proferirá *sentença*. Já o art. 855-E utiliza o termo *decisão*.

O Código de Processo Civil, em seu art. 203, § 1º, conceitua sentença como “o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”.

Embora haja uma ressalva em relação aos procedimentos especiais – dentro dos quais se insere a jurisdição voluntária, como visto – para Fredie Didier Jr., Paula S. Braga e Rafael A. de Oliveira (2020, p. 388), o conceito se aplica tanto aos procedimentos comuns quanto aos especiais:

Sentença, no procedimento comum ou nos procedimentos especiais, é o pronunciamento do juízo singular que encerra a fase do processo, seja ela cognitiva ou executiva. Haverá tantas sentenças quantas sejam as fases do procedimento que encerram.

Ora, sob a ótica de que a jurisdição voluntária não se enquadra no conceito de cognição ou execução, mas sim de chancela e fiscalização, não se poderia atribuir à decisão que homologa acordo extrajudicial o conceito do CPC do que seria sentença em sentido estrito.

Por outro lado, contudo, certo é que o termo *sentença* assume uma conotação ampla, sinônima de *decisão judicial*. Exemplo disso é o que se visualiza no próprio CPC, que em diversos momentos trata *sentença* como um gênero e não como uma espécie. A Constituição de 1988, igualmente, ao tratar das decisões do STF, utiliza o termo *sentença* em situações que em sentido estrito seriam acórdãos, *a ex vi* do seu art. 102, I, “m” (DIDIER JR.; BRAGA; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, 2020, p. 386).

Paralelamente, o art. 316 do CPC prevê que “A extinção do processo dar-se-á por sentença”, não se restringindo a mencionar que sua aplicabilidade se daria a algum procedimento específico.

Se o processo – ao levar-se em conta a própria literalidade do CPC – finda com uma sentença e, não há como se negar, a jurisdição voluntária ainda que por muitos não seja considerada tecnicamente jurisdicional, é, tal como o processo cognitivo e executivo, também um processo, precisa igualmente se encerrar por uma sentença.

Dessarte, ao se aplicar o art. 316 do CPC ao processo de homologação do acordo extrajudicial – porque assim deve ser – tem-se que o seu fim se dará por meio de uma sentença, termo que foi usado *lato sensu*, como sinônimo de decisão.

Ainda há dois vieses de questionamento que se desdobram da questão envolvendo a decisão que homologa ou não o acordo extrajudicial: sua recorribilidade e aptidão para formar coisa julgada.

No que toca ao primeiro aspecto, parece mais fácil a conclusão quando já ultrapassada a questão da natureza jurídica de sentença da decisão homologatória, num cotejo com conceitos básicos como o interesse recursal.

Há, sinteticamente, três cenários possíveis quando um acordo é submetido à homologação do juízo, i) sua homologação, ii) sua não-homologação, iii) sua homologação parcial, os quais, por óbvio, têm consequências jurídicas distintas e igualmente devem ser analisados separadamente.

No primeiro caso, em que há a homologação do acordo, não há que se cogitar a recorribilidade, pelo simples motivo de que há uma incompatibilidade lógica com o interesse recursal. Se a concretização de um acordo pressupõe uma anuência mútua e a autocomposição das partes, sua homologação atinge o pleno interesse dos envolvidos, de modo que não caberia a interposição de recurso. Esse posicionamento, como esperado, é unânime.

Carlos Henrique Bezerra Leite (2021, p. 210) pontua tratar-se de decisão irrecorrível e não impugnável por mandado de segurança, arrematando mais adiante (2021, p. 212) que “se a decisão homologa o acordo entabulado pelas partes, salta aos olhos que lhes falta interesse recursal por inexistência de sucumbência”.

Nessa linha ainda é a dicção do art. 831 da CLT (Brasil, 1943), que, embora trate da homologação da conciliação, trata de instituto semelhante ao ora analisado e prevê de forma literal a irrecorribilidade da decisão.

Firme, pois, na irrecorribilidade da decisão homologatória, tão logo haja sua prolação, como visto, haverá também seu trânsito em julgado, tornando-se o acordo um título executivo judicial, nos termos do art. 515, III, do CPC (Brasil, 2015).

Já nas segunda e terceira hipóteses, quais sejam, as de não-homologação total ou parcial do acordo submetido à jurisdição voluntária, entende-se que, a despeito dos posicionamentos em sentido diverso, há interesse recursal das partes envolvidas, eis que sua pretensão homologatória não foi plenamente alcançada.

Contrário a esse pensamento, como visto, é Carlos Henrique Bezerra Leite, que entende ser irrecorrível a decisão que homologa ou rejeita a homologação (2021, p. 210).

A despeito do posicionamento do doutrinador, é legítimo que as partes submetam ao duplo grau de jurisdição questões que, embora fossem de seu interesse, não foram referendadas pelo juiz que analisou o pedido de homologação do acordo extrajudicial, ainda que de forma parcial.

Por fim, no que se refere ao questionamento acerca da aptidão da decisão homologatória em formar coisa julgada, tem-se que a própria legislação traz a resposta, na medida em que alça ao patamar de título executivo judicial o acordo homologado em juízo, previsão literal do art. 515, III, do CPC.

Embora não haja uma atuação criativa do magistrado, que na espécie não profere sentença que adentra ao mérito da relação que subsidiou o acordo, mesmo assumindo uma posição de validação típica da jurisdição voluntária, não se pode negar que houve uma efetiva chancela do Poder Judiciário acerca dos termos pactuados pelas partes, mormente pelo já tratado dever de proteção do juiz trabalhista, o que perpassa a própria relação jurídico-material.

A opção do legislador de possibilitar a homologação judicial de acordos firmados fora do juízo, pactuados numa autocomposição, elevando-os à qualidade de título executivo judicial como qualquer outra decisão de mérito, não foi à toa. Diferenciar o acordo homologado em juízo daquele validado por sindicato é a toda evidência um privilégio à autocomposição das partes – que deve, por óbvio, ser analisada com cautela pelo juiz.

Sobre isso faz ponderações relevantes Fredie Didier Jr. (2020, p. 242-243):

Uma vez homologado, este acordo torna-se título executivo judicial (art. 515, III, CPC). [...] Há, pois, uma diferença no tratamento normativo do negócio jurídico. A execução de título judicial não permite qualquer discussão; a cognição é limitada, exatamente porque se trata de uma execução de sentença (somente podem ser alegadas as matérias constantes do art. 525, § 1º do CPC, quase todas relativas a fatos posteriores ao negócio jurídico). A execução de título extrajudicial permite ao executado a alegação de qualquer matéria de defesa, sem limitação alguma (art. 917 do CPC). Qual o fundamento para a diferença no tratamento? A coisa julgada, atributo das decisões judiciais, mesmo homologatórias, mesmo em jurisdição voluntária, impede a rediscussão do que foi decidido (no caso, decisão das partes interessadas homologadas pelo juiz).

Compactuando com a visão de Fredie Didier, de fato, ao haver a homologação do acordo extrajudicial, ainda que sob jurisdição voluntária, há coisa julgada, por toda

uma interpretação sistemática das normas processuais que regem o processo do trabalho.

Apesar de tudo isso, o CPC traz em seu art. 966, em capítulo dedicado à Ação Rescisória, no § 4º, a seguinte dicção:

§ 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, *estão sujeitos à anulação*, nos termos da lei. (grifou-se)

A celeuma, então, cuja *resolução* é o escopo maior do presente trabalho, gira em torno do questionamento emanado da textualidade da norma transcrita: a desconstituição da decisão que homologa acordo extrajudicial deve ser feita por ação rescisória ou por ação anulatória?

É o que se pretende elucidar no tópico a seguir.

4. Ação rescisória ou anulatória: qual o meio hábil para hostilizar a sentença passada em julgado oriunda da homologação judicial do acordo extrajudicial?

Como destacado, apesar de parecer lógico que, pela sistemática do próprio ordenamento, essa pergunta fosse respondida de forma direta e categórica, o texto estampado no mencionado art. 966, § 4º do CPC torna essa resposta menos óbvia do que parece.

Numa leitura literal e perfunctória do já transcrito dispositivo, à primeira vista, o meio hábil a hostilizar a sentença oriunda da homologação judicial de acordo extrajudicial seria a ação anulatória.

Esse, inclusive, é o posicionamento de consagrados doutrinadores e juízes brasileiros, a exemplo de Pamplona e Stolze (2017, p. 840), que ponderam que “Homologado a sentença a transação, a ação cabível para sua eventual desconstituição e a ação anulatória, e não, a ação rescisória exceto quando a sentença aprecia o mérito do negócio jurídico, pois, aí, não seria meramente homologatória”.

Entende-se que para se chegar a uma conclusão mais precisa e próxima da vontade do legislador necessário é mergulhar a fundo no texto normativo e, ainda, interpretá-lo em harmonia com diploma processual de forma ampla.

Em proêmio, fazendo uma mera interpretação textual, o § 4º do art. 966 do CPC, tem-se que, em sua primeira parte, ele prevê que estão sujeitos à anulação (Brasil,

2015) “os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo”.

Observe-se que o texto fala de atos praticados pelas partes ou outros participantes do processo, prevendo, portanto, a existência de um processo anterior. São atos, então, praticados *intraprocessualmente*, em um processo, pois, já existente.

De outro lado, porém, como se viu, na homologação de acordo extrajudicial não há *partes*, mas *interessados*, e também não há um processo judicial anterior, mas o revés: é justamente o comum acordo das partes, sua autocomposição e o desinteresse em firmar uma lide que dá origem ao processo de jurisdição voluntária.

Além disso, ao mencionar um “ato de disposição”, no máximo a norma faz referência a ato praticado unilateralmente, sendo certo que se trata de um negócio jurídico bilateral, tratando-se, portanto, de institutos tecnicamente distintos.

Noutras palavras, a primeira parte do texto normativo dá a entender que se trataria de atos de disposição praticados de forma unilateral e dentro do curso de um processo previamente existente, não cabendo estender essa disposição, por clara incompatibilidade técnica, à homologação de acordo via jurisdição voluntária, que não pressupõe processo judicial anterior.

Não obstante, a segunda parte do art. 966, § 4º, prevê a possibilidade de anulação dos “atos homologatórios praticados no curso da execução” (Brasil, 2015).

Quanto a essa segunda hipótese, muito menos há que se cogitar, dentro dela, a inserção da homologação de acordo por jurisdição voluntária. Como tratado nas primeiras linhas deste trabalho, na jurisdição voluntária não há atos executórios, mas, reprise-se, de validação e fiscalização.

Dessa forma, apenas da leitura do texto normativo com breve análise técnica dos termos utilizados, já entende-se que é possível perceber que as disposições do § 4º do art. 966 do CPC não se ligam à sentença homologatória de acordo extrajudicial.

Mas a questão vai ainda muito mais além.

Freddie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (2020, p. 552) tecem necessários esclarecimentos sobre o texto normativo em questão, elucidando as impropriedades nele visualizadas.

Dentre os aspectos abordados, um de grande relevo diz respeito ao fato de que o texto trata de atos processuais praticados pelas partes ou por terceiros que tenham sido homologados pelo juiz, mas tendo como pressuposto negativo a existência de coisa julgada (DIDIER JR; CUNHA, 2020, p. 554). A anulabilidade, portanto, é residual:

cabível apenas nas hipóteses em que não couber a ação rescisória e se aplica não apenas aos atos homologatórios, mas a qualquer outro que contenha vícios.

Os professores arrematam asseverando (DIDIER JR.; CUNHA, 2020, p. 554):

A má redação, de baixa qualidade técnica, precisa ser corrigida por uma interpretação que lhe confira rendimento e não conflite com todo o ordenamento jurídico. Cabe, enfim, uma interpretação sistêmica, concluindo-se que o dispositivo não altera o cenário normativo até então existente.

Se há coisa julgada, a anulação desses atos jurídicos fica impedida. Enquanto não houver coisa julgada, é, porém, possível invalidar o ato ou o negócio jurídico.

Enfim, filia-se ao posicionamento consistente ora destrinchado, entendendo que o meio hábil a hostilizar a sentença que homologa acordo extrajudicial é a ação rescisória.

Nesse sentido, inclusive, Sérgio Torres Teixeira (2018, p. 349) já se posicionou, sendo relevante trazer à liça suas conclusões:

[...] admitir duas vias distintas para a impugnação da sentença, dependendo do deferimento ou não do pedido de homologação, *seria seguir um caminho processual tortuoso e confuso para as partes [...]. Mais simples e adequado ao modelo processual do trabalho, assim, concentrar na via ação rescisória o caminho para impugnar a sentença oriunda do processo de jurisdição voluntária envolvendo a homologação de acordo extrajudicial, seja qual for o teor do respectivo julgado, ao menos no atual estágio da evolução do processo trabalhista. (grifou-se)*

Como já ponderado, não à toa o acordo homologado em juízo foi alçado à categoria de título executivo judicial, sendo clara a intenção do legislador de limitar sobremaneira a discutibilidade das matérias ali previstas, distanciando seus efeitos dos acordos meramente extrajudiciais.

E isso se torna ainda mais potente à medida em que, no âmbito do processo do trabalho, com regramentos e princípios próprios, a jurisdição voluntária voltada à homologação de acordo extrajudicial ganha roupagem ainda mais tutelar, ao permitir ao juiz, por audiência, a elucidação das questões relacionadas ao objeto acordado.

O que há, em outras palavras, conquanto não seja uma solução material dada pelo Judiciário, é uma validação, por ele, da solução dada pelas partes à situação jurídica de plano de fundo. Não é uma sentença de mérito, mas equipara-se a uma, mormente pela postura ativa que foi conferida ao juiz do trabalho na fiscalização das condições e requisitos de formação do acordo.

Não se pode ler uma lei sem interpretá-la e sem enquadrá-la num contexto sistemático. É claro, pela leitura de todo o regramento processual, há sentença e há coisa julgada na jurisdição voluntária, em especial na matéria aqui tratada. É claro, ainda, que a sentença homologatória é um título executivo judicial. É evidente, também, então, que a coisa julgada gerada pela decisão de homologação apenas pode ser rescindida por ação rescisória.

O texto da lei pode ter, *a priori*, dificultado a interpretação por parte do aplicador do direito nesse ponto, mas, de forma macro, ele próprio traz em seu bojo as respostas necessárias, basta enxergá-lo como o sistema integrado que é.

Conclusões

Conclui-se, então, que não se pode olvidar que as normas nada são isoladamente. Elas em verdade fazem parte de uma grande teia, e olhar para um desses *nós* sem olhar o entorno pode levar a grandes contradições quando da aplicação do Direito.

Nota-se, no caso em análise, uma tendência à observância literal em detrimento da necessária análise do contexto geral. Ler de forma superficial o art. 966, § 4º sem olhar as disposições a ele paralelas é exatamente o que leva à celeuma sobre o meio adequado para hostilizar a decisão de homologação de acordo extrajudicial, quando, em verdade, diversos elementos contidos no próprio CPC dão os caminhos que devem ser seguidos.

Paralelamente, ao se optar por rechaçar a ação rescisória para desconstituição de acordo homologado em juízo e alçado ao patamar de título executivo judicial, vai-se de encontro à própria vontade do legislador de fomentar a autocomposição e a indiscutibilidade da questão de plano fundo, sendo certo que se não tivesse sido sua intenção a diferenciação de acordos homologados perante o sindicato, não se tinha incluído o Poder Judiciário nesse tipo de procedimento.

Assim, ratifica-se a resposta à pergunta tema: o meio hábil a desconstituir a sentença homologatória de acordo extrajudicial é, por tudo o que se expôs, a ação rescisória.

Referências

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 22. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. V. 2. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal**. V. 3. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC e reforma trabalhista – Lei nº 13.467/2017 e a I.N. nº 41/2018 do TST**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2018.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. **Competência Material da Justiça do Trabalho e a Lei nº 13.467/2017: Dimensões da Jurisdição Voluntária diante das novas atribuições do juiz do trabalho no processo de homologação de acordo extrajudicial**. São Paulo: LTR, 2018.

OS ACIDENTES DE TRABALHO NO BRASIL (1919-1944): DA RESPONSABILIDADE CIVIL AO SEGURO SOCIAL

Arley Fernandes Teixeira¹

RESUMO: Esse artigo representa os resultados parciais de dissertação de mestrado, cujo objetivo é investigar os acidentes de trabalho na cultura jurídica brasileira entre 1919 e 1944, tendo como ponto de partida o Decreto-Lei nº 3.724/1919, a primeira legislação nacional sobre o tema, substituída em 1934 pelo Decreto nº 24.637. Para o intuito deste artigo foram analisados os principais livros de doutrina jurídica civil e trabalhista entre 1904 e 1940. As conclusões são de que a questão acidentária a partir dessa primeira lei se desloca do campo do Direito Civil para o do Direito do Trabalho, enquanto, na década de 1930, durante o período Vargas, ocorre um segundo deslocamento, dessa vez para o campo Previdenciário, através das discussões acerca da necessidade de adoção do seguro social.

ABSTRACT: This article represents the partial results of a Master's dissertation, whose objective is to investigate accidents at work in the Brazilian legal culture between 1919 and 1944, taking as a starting point Decree-Law 3.724/1919, the first national legislation on the subject, replaced in 1934 by Decree 24.637. To this end, parliamentary debates throughout the 1920s and 1930s, civil and labour legal doctrine and the main journals of the time were analysed. The conclusions are that from this first law the accident issue displaces from the field of civil law to labor law, while in the 1930s, during the Vargas period, there is a second displacement, this time to the social security field, through discussions about the need to adopt social insurance.

PALAVRAS-CHAVE: Acidentes de trabalho. Direito do trabalho. História do direito. Teoria do risco profissional.

KEYWORDS: Accidents at work; Labour law; Legal history; Theory of professional risk.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O Decreto-Lei nº 3.724/1919 e a criação de um modelo de indenização paralela. 2. As discussões acerca da criação de um modelo de seguro social na década de 1930. Considerações finais. Referências.

¹ Bacharel e Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Membro do *Studium Iuris* - Grupo de pesquisa em História da Cultura Jurídica (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico / Universidade Federal de Minas Gerais).

SUMMARY: Introduction. 1. Decree-Law No. 3,724/1919 and the creation of a parallel indemnity model. 2. Discussions about the creation of a social security model in the 1930s. Final considerations. References.

Introdução

O final da década de 1910 é um marco importante da consolidação da questão social como um problema de política pública no Brasil. Não obstante a presença desde o final do século XIX de uma série de movimentos sociais, grupos anarquistas e socialistas, que repercutiam os problemas e desigualdade social sobretudo da classe operária, foi apenas ao longo da década de 1910 que esses movimentos conseguiram a força suficiente para influenciar diretamente na aprovação de uma primeira legislação nacional que atendesse uma das suas principais reivindicações operárias: a indenização em caso de acidentes de trabalho (GOMES, 1979).

O Decreto-Lei nº 3.724, sancionado em janeiro de 1919, após longos debates no Parlamento brasileiro (o primeiro projeto de lei sobre o tema foi proposto em 1904), trouxe uma importante alteração no panorama jurídico dos acidentes de trabalho, ao introduzir a teoria do risco profissional no Brasil.

Esse Decreto-Lei de 1919 ficou em vigor até o ano de 1934, quando, já durante o Governo Vargas, foi substituído pelo Decreto nº 24.637. Apesar das duas legislações seguirem uma linha bastante similar no que diz respeito à teoria do risco profissional e ao modelo de seguro facultativo, há importantes diferenças na forma como se deu a sua utilização no meio jurídico, seja no sentido prático, isto é, na forma como os patrões e operários empregaram essa legislação, como também no sentido teórico, como os juristas entendiam os acidentes de trabalho.

A ideia deste trabalho é apresentar os resultados parciais da pesquisa de mestrado realizada pelo autor. O foco aqui será na discussão principal, que serve de pano de fundo de todo o período analisado, acerca de como os acidentes de trabalho, questão sensível para a compreensão da questão social no Brasil do início do século XX, se desloca ao longo dessas décadas entre ramos diferentes da área jurídica: do Direito Civil ao Direito do Trabalho e, posteriormente, incorporando elementos, inclusive linguísticos, de uma nascente preocupação previdenciária. Isso ajuda a compreender parte das escolhas feitas em relação ao problema dos acidentes de trabalho e que refletem diretamente na construção jurídica atual sobre o tema. Mais do que uma preocupação puramente teórica, compreender o lugar da discussão sobre a legislação acidentária no início do século XX no Brasil pode fornecer algumas luzes importantes para problemas recentes, tal como a discussão acerca da possibilidade ou não da ação regressiva do INSS em face do empregador que tenha contribuído para a ocorrência do acidente.

Para a discussão proposta neste artigo serão utilizados como principais fontes os livros de doutrina jurídica sobre acidentes de trabalho e Direito Civil entre 1880 e 1940 e artigos de revistas jurídicas entre 1919 e 1942. A perspectiva oferecida aqui é complementar estudos histórico-jurídicos recentes, como os trabalhos de Fernanda Cristina Covolan e Carlos Eduardo Oliveira Dias, que estudaram os autos acidentários em Campinas entre 1919 e 1940, de Maria Elisa Lemos Nunes da Silva, que investigou os processos de acidentes de trabalho e formação da classe operária em Salvador entre 1934 e 1944 e, por fim, de Eduardo Luís Leite Ferraz com sua análise sobre os acidentes em Piracicaba entre 1919 e 1930. Enquanto esses autores focaram nos autos processuais sobre acidentes de trabalho, a presente análise recairá especialmente sobre a doutrina jurídica, de forma que as conclusões dão uma nova visão ao problema dos acidentes de trabalho.

1. O Decreto-Lei nº 3.724/1919 e a criação de um modelo de indenização paralela

Verifique-se a seguinte decisão da Segunda Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, de 1908, publicada na *Revista de Direito Civil, Commercial e Criminal* (1908, p. 153-156):

A culpa é sempre resultante de um acto ou de uma omissão de que nasce uma lesão ao direito alheio, e aquelle que reclama a reparação da offensa ao seu direito deve demonstrar que o damno foi effeito do acto ou da omissão do inculpado. Entre os litigantes estavam estabelecidas as relações de partes em contracto do locação de serviços, mas, como neste contracto as unidas obrigações são as do pagamento do salário e da prestação dos serviços, salvas as estipulações especiais que os contractantes entendam assentar, e que não consta dos autos que os litigantes tivessem feito, segue-se que no caso em questão só se trata da culpa oriunda de quasi-delicto proveniente do dever de não prejudicar a outrem: - culpa aquiliana--sem attenção áculpa contractual, que nasce de uma obrigação dependente da vontade das partes. [...] Ora não tendo ficado provado que a empresa Appellante procedeu com negligencia, e não sendo licito attribuir-se ao patrão culpa por acto ou omissão de um outro operário, por effeito de caso fortuito, ou impericia ou descuido da propria victima, a reclamação do Appellado não podia ter sido attendida como fez a sentença appellada. Assim julgando condemnam o Appellado nas custas.

De acordo com essa decisão, o apelado, operário que tinha sofrido um acidente no trabalho, não conseguiu comprovar o ato ilícito cometido pelo apelante, o patrão. O relator do caso concluiu que, como a relação entre as partes era regida por meio de um

contrato de locação de serviços, as únicas obrigações decorrentes deste contrato eram o pagamento de salário e a prestação de serviços. Qualquer outra obrigação, tal como o dever de indenizar em caso de acidente, deveria ou ter sido disposto contratualmente ou proveniente de ato ilícito cometido pelo apelante, ainda que culposamente.

No caso em questão, não há qualquer disposição adicional de responsabilidade no contrato de locação de serviços. Conforme demonstrado em outro trecho da decisão, o apelado juntou ao processo apenas um atestado médico, que comprovava os danos decorrentes do acidente, e arrolou uma testemunha. Porém, de acordo com o relator, nenhuma dessas provas fornecia a comprovação necessária para a condenação do patrão ao pagamento da indenização, isto é, o cometimento de qualquer ato ilícito, ainda que a título culposo. Não tendo, portanto, qualquer comprovação de que o apelante tenha concorrido com culpa para o acidente de trabalho, não é possível obrigá-lo ao pagamento de indenização. Em outras palavras, cabia ao operário, autor da ação indenizatória, regida pela lei civil comum, comprovar o dano, o nexa causal entre acidente e o dano, e a culpa do patrão pelo acidente.

Evaristo de Moraes, figura bastante conhecida na Primeira República no Brasil por seu posicionamento político socialista e pela sua atuação jurídica como rábula, tanto em causas operárias e em defesa de outras camadas sociais menos abastadas (MENDONÇA, 2007), escreveu sobre o problema dos acidentes de trabalho nesse contexto. Em 1905, na primeira edição de *Apontamentos de Direito Operário*, Evaristo de Moraes escreve pesada crítica, na qual afirma que “o mundo dos tribunais é o inferno dos pobres e dos humildes, em razão da processualística e das alicantinas da rabulice” (MORAES, 1986, p. 41). A crítica do autor nesse trecho refere-se ao fato de que, seguindo a lei civil comum, o operário ferido e mutilado que desejava reclamar a indenização tinha de comprovar judicialmente que a culpa pelo acidente fora do seu patrão ou preposto.

A doutrina jurídica cível pouco adentrava nessa questão dos acidentes. Apenas Antônio Joaquim Ribas (1880, p. 440-441) indicava que a obrigação de indenizar poderia decorrer dos acidentes de trabalho, quando comprovada a negligência do patrão. Clóvis Beviláqua (1896, p. 239), autor do Código Civil de 1916, vai um pouco além e cogita sobre uma responsabilidade civil mesmo quando não há ato culposo ou doloso, relacionado a questões de guarda, autoridade e direção. Apesar disso, essa hipótese não foi prevista na nossa legislação civil de 1916.

Essa obrigatoriedade de comprovação do ato ilícito do patrão, aliada aos custos de uma ação judiciária, tornava a indenização em caso de acidentes de trabalho uma causa perdida no Brasil, onde, de acordo com Evaristo de Moraes, o excessivo apego a formalidades não essenciais gerava uma verdadeira distorção do Direito. Isto é, para

o autor, a posição de evidente inferioridade do operário em relação ao patrão tornava impossível a comprovação da culpa em um processo como esse (MORAES, 1986, p. 42).

Importante ressaltar que o contingente empregado no setor industrial em 1900 no Brasil era de apenas 3,4% da população, enquanto na agricultura era de 53,4% e no setor de serviços de 43,2%. Como parâmetro de comparação, em 1920 esses números eram de: agricultura (69,7%), indústria (13,8%) e serviços (16,5%) (FAUSTO, 1977, p. 20). No contexto da primeira década do século XX, época em que Evaristo de Moraes escreve esse trecho, o trabalho industrial está em amplo crescimento no país, apesar de ser bastante concentrada nos grandes centros urbanos, sobretudo nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro. Em duas décadas, esse número alcançaria quase 14% da população, um crescimento absoluto de aproximadamente 1 milhão de operários (FAUSTO, 1977, p. 20). Em outras palavras, o que antes parecia uma questão pouco relevante, começa a ganhar, a partir dali, grande centralidade na discussão política e jurídica nacional.

Para lidar com essa situação jurídica nova, Evaristo de Moraes (1986, p. 41) propõe que se deve abandonar a chamada culpa delituosa, própria do Direito Civil, e adotar um novo Direito, já aplicado em outros países, fundado na teoria do risco profissional.

A teoria do risco profissional é o ponto central de todos os projetos de lei propostos desde 1904 e do Decreto-Lei nº 3.724/1919, primeira legislação sobre acidentes de trabalho no Brasil. Prevê o Decreto-Lei, em seus arts. 1º e 2º, que o patrão é obrigado a indenizar os operários acidentados, desde que o acidente tenha ocorrido pelo fato do trabalho ou durante este, excetuando-se apenas os casos de força maior e dolo da própria vítima. Ou seja, a partir dessa legislação, não mais se torna necessário provar a culpa do patrão pelo acidente.

Sob o ponto de vista teórico, pode-se dizer que essa lei provocou a criação de uma doutrina jurídica especializada em acidentes de trabalho. Se, no período anterior ao Decreto-Lei nº 3.724/1919, Evaristo de Moraes foi o que mais se preocupou com a indenização em caso de acidentes de trabalho, a partir de 1919 esse cenário se altera bastante. É verdade que boa parte desses livros tinham caráter bastante simples, geralmente eram comentários à lei, com o intuito de auxiliar o trabalho prático de advogados e rúbulas. Pode-se citar nessa categoria os livros de Andrade Bezerra (1919), Araújo Castro (1ª edição em 1919), Américo Ferreira Lopes e Cícero Ferreira Lopes (1925) e Affonso Dionysio Gama (1925). Outros, porém, escreveram livros mais profundos e teóricos sobre o tema. O próprio Evaristo de Moraes, por exemplo, escreveu *Os acidentes no trabalho e a sua reparação*, em 1919, e Jorge Americano escreveu, em 1925, *Do ato ilícito nos acidentes do trabalho*.

Em linhas gerais, é possível perceber claramente como a própria linguagem jurídica relativa aos acidentes se altera a partir dessa legislação de 1919. A legislação e a doutrina preocupam-se em delimitar conceitos antes imprecisos, tais como acidentes de trabalho, operário e patrão, enquanto outros termos como ato ilícito e culpa contratual, por exemplo, começam a perder espaço nesse debate.

Tome-se como exemplo novamente Evaristo de Moraes, dessa vez em *Os acidentes no trabalho e a sua reparação*. O autor expõe mais claramente que a teoria do risco profissional, adotada pela nossa legislação, funda-se em princípios diversos daqueles previstos no Direito Civil. Nas palavras do autor, a legislação social, com seu caráter protetivo próprio, sai do “quadro do direito comum” (MORAES, 2009, p. 23).

No caso dos acidentes de trabalho, essa ruptura com o Direito Civil é realizada através da teoria do risco profissional, que, de acordo com Evaristo de Moraes, não apenas busca uma interpretação mais favorável aos interesses operários com a expansão do conceito de culpa ou da inversão do ônus da prova, mas, de fato, cria um sistema paralelo de responsabilidade civil, externo ao Código Civil, com conceitos e procedimento próprios. Em outras palavras, o que Evaristo de Moraes afirma nesse livro é que a busca por soluções para os problemas industriais dentro do Código Civil e do Código Comercial é infundada, e esse Decreto-Lei nº 3.724/1919 é o início da construção de uma legislação social no Brasil.

Essa orientação de ruptura com o Direito Civil proposta por Evaristo de Moraes é próxima a de grande parte dos juristas da época que trataram do tema. Andrade Bezerra, em seu texto de comentários à lei, apesar de deixar claro que o fim prático a que se destina o livro não o permite tecer comentários mais aprofundados acerca do tema, afirma que a teoria do risco profissional:

[...] significa a substituição da culpa subjectiva do empregado, pela culpa objectiva resultante da actividade industrial. Desaparecem com essa substituição as sutilezas da velha teoria romana, adoptando-se esta outra regra bem mais simples e justa: todo aquelle que explora socialmente um serviço ou indústria, beneficiando-se dos respectivos lucros, deve acarretar, com suas desvantagens, entre as quais a satisfação dos danos causados a terceiros (Bezerra, 1919, p. 8)

Ainda que o autor não explore tanto esse aspecto teórico, claramente segue um posicionamento de ruptura com o Direito Civil. Vale ressaltar também que o termo *culpa objectiva* citado por Andrade Bezerra é significativo de que, em alguma medida, o posicionamento dele também é um pouco diferente do de Evaristo de Moraes, para quem a teoria do risco profissional não é uma expansão do conceito de culpa, mas uma nova forma de encarar o problema dos acidentes.

Araújo Castro também segue linha teórica similar. Ele entende que a lei sobre acidentes de trabalho de 1919 é o primeiro passo para o Brasil enfrentar os problemas crescentes no trabalho industrial do país, em consonância com aquilo que estava sendo feito nos principais países europeus (CASTRO, 1919, p. 3). Especificamente sobre a teoria do risco profissional, Castro (1919, p. 14) é incisivo ao afirmar que “constitui uma exceção, ou antes, uma derrogação ao direito comum”.

Se boa parte da doutrina, como os citados anteriormente, caminhava sob essa linha da ruptura com o Direito Civil, entendida como necessária para enfrentar problemas novos que a doutrina de Direito Civil não seria capaz de resolver, há juristas que lidam com essa teoria do risco profissional de forma diferente. É o caso de Jorge Americano, em seu livro *Do ato ilícito nos casos de accidentes do trabalho*, de 1925. O próprio intuito do livro, dissertação apresentada à Faculdade de Direito de São Paulo para concorrer à livre docência em Direito Civil, já demonstra como o autor pensava esse problema dos acidentes sob uma lógica diferente dos demais. O objetivo a que ele se propõe desde o começo é bem claro: buscar compreender como se adequa o conceito de ato ilícito, próprio da caracterização da responsabilidade civil, aos casos de acidentes do trabalho. De acordo com Jorge Americano (1925, p. 5):

A materia do risco profissional e a da culpa se emaranharam de forma quasi inextricavel, de sorte que neste assumpto ha necessidade muito accentuada de orientar o esforço para resolver pontos obscuros. Uma instituição só se explica e comprehende bem, quando estudada nos escriptores e na jurisprudência do mesmo povo onde vejeta. Esse terreno melhor lhe mostra a índole, si é nativa, ou lhe modifica certos aspectos, si transplantada.

Em seguida o autor complementa que o seu intuito é enxergar a teoria do risco profissional sob o influxo dos *puros principios jurídicos*, isto é, do Direito Civil. Ou seja, o esforço teórico a que Jorge Americano se propõe é de uma defesa do Direito Civil, chamado de *principios jurídicos puros*, de uma ruptura proporcionada pela teoria do risco profissional. As conclusões de Jorge Americano também são bastante interessantes.

O autor entende que a teoria do risco profissional, do ponto de vista teórico, não é direito singular, anômalo, que tenha derogado a lei civil comum. Na verdade, de acordo com o autor, a teoria do risco profissional é o dano fortuito suportado pelo fato do trabalho assalariado, ou durante ele, levado também em conta o fator humano não intencional. Ou seja, não há nenhuma novidade em relação ao Direito Civil.

O autor prossegue afirmando que a doutrina moderna, alimentada por um amplo desejo de modernização e por grande pressão operária, buscou desvincular os acidentes de trabalho da doutrina civil. Inclusive os termos que são utilizados foram modificados: ao invés de referir-se à responsabilidade civil por acidentes de trabalho,

por exemplo, agora utiliza-se os termos reparação ou ressarcimento (AMERICANO, 1925, p. 32). Mas, para o autor, não se trata de derrogação do direito civil comum, mas uma noção diversa de culpa, dilatando-a para incluir o elemento do risco.

Em outras palavras, a teoria do risco profissional não representa, na visão de Jorge Americano, nenhuma ruptura teórica com o direito civil, de forma que conceitos como o ato ilícito podem ser encontrados nos casos de acidentes de trabalho. Porém, ele não nega que o Decreto-Lei nº 3.724/1919 tenha, de fato, proporcionado uma ruptura em face das suas previsões particulares, tais como a restrição desse modelo de indenização a atividades específicas e a criação de um procedimento especial para tanto. Nas palavras do autor:

[...] sob o aspecto do direito puro, o accidente do trabalho se filia a princípios geraes. Mas a legislação é temperada pela timidez do conceito de risco, e por certos princípios de ordem pública, que a tornam, acidentalmente, direito anomalo. D'ahi resulta o seguinte: Si o operário prefere a lei dos accidentes do trabalho, deve-se permittir que se socorra della, porque, sob o seu ponto de vista, elle sofreu um risco, em virtude do qual deve receber pelo menos a indemnização reduzida e pautada na lei respectiva. Mas, si recebida esta parte, elle si reserva o direito de cobrar o excesso pelo direito comum. (AMERICANO, 1925, p. 72)

Ou seja, para Jorge Americano a teoria do risco profissional, sob o ponto de vista teórico, não representa qualquer direito especial em relação ao Direito Civil, porém, o Decreto-Lei nº 3.724/1919 tem, de fato, caráter especial, visto que é limitado a determinadas profissões e possui normas de caráter público.

É interessante observar nessa discussão como durante a década de 1920, ainda sob a vigência do Decreto-Lei nº 3.724/1919, há, no plano da doutrina jurídica, um deslocamento desse debate acerca da natureza jurídica da indenização no caso de acidentes de trabalho. É regulada pelo direito civil, é um direito especial? A maior parte da doutrina especializada em acidentes liga-se à lógica da ruptura e derrogação do Direito Civil, o que significa dizer que entendem que as novas exigências da legislação social não podem mais ser enquadradas dentro do Direito Civil. Outros juristas, como Jorge Americano, apesar de não negarem o deslocamento dessa questão a um âmbito especial, através do Decreto-Lei nº 3.724/1919, ainda enxergam que essas respostas estão presentes no Direito Civil, ou direito *puro*.

Se, durante essa década de 1920, essa questão ainda se colocava em aberto, em transição, como se viu anteriormente, a partir da década de 1930, já durante o Governo Vargas, há uma grande alteração na postura da doutrina jurídica e na natureza dessa discussão sobre acidentes.

2. A introdução da discussão acerca da criação de um modelo de seguro social na década de 1930

A década de 1930 é marcante para o direito do trabalho no Brasil. Em 1930, logo após a Instituição do Governo Provisório, foi criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Nos anos seguintes, uma série de reformas é feita, como a criação do Departamento Nacional do Trabalho (1931), a instituição da Carteira de Trabalho (1931), organização da Justiça do Trabalho (1939) e a reforma/criação de uma série de leis que regulavam a relação patrão e operário. Uma dessas reformas foi a da lei de acidentes, por meio do Decreto nº 24. 637/1934.

Conforme muito bem estudado por Eduardo Luís Leite Ferraz (2010), Fernanda Cristina Covolan e Carlos Eduardo Oliveira Dias (2018) e Maria Elisa Lemos Nunes da Silva (1998), o Decreto-Lei nº 3.724/1919 representou um avanço tímido para os interesses operários. Com exceção dos operários das ferrovias, que representavam a maioria dos beneficiados pelo regime de indenização criado pela legislação, os demais, em geral, não se utilizavam da lei para garantir a indenização (COVOLAN; DIAS, 2018, p. 27). Além disso, fatores como a limitação do valor da indenização a um teto relativamente baixo e vinculado ao salário do operário, além da ausência de estruturas estatais que possibilitassem o acompanhamento estatístico dos dados sobre acidentes são fatores que ajudam a explicar um pouco a precária apropriação dessa lei por parte dos operários (FERRAZ, 2010, p. 235).

A reforma da lei, nesse contexto, seria uma tentativa de corrigir eventuais problemas que tenham sido percebidos durante a sua aplicação entre 1919 e 1934. Um dos encarregados dessa reforma foi Evaristo de Moraes, então membro da Comissão Especial de reforma da lei de acidentes do trabalho, vinculada ao Ministério do Trabalho. Ressalta-se que, nesse contexto, o Congresso Nacional estava temporariamente fechado e a aprovação de todas essas reformas deu-se por meio de atos do Poder Executivo.

Na exposição de motivos da lei, é claro um desejo de continuidade com aquilo que foi iniciado em 1919, corrigindo-se apenas os pontos frágeis da legislação anterior, sem, contudo, alterar a sua lógica máxima, especialmente a teoria do risco profissional (CASTRO, 1939, p. 429). De fato, as alterações legais são pontuais, especialmente com a expansão da aplicação da lei a outras classes profissionais de operários industriais, aumento do limite de indenização, melhorias relativas a aspectos processuais. Diferente da lei anterior, que provoca uma verdadeira *quebra* do Direito Civil no que tange aos acidentes e à introdução do já explicado modelo de indenização paralelo, essa lei pouco altera nessa lógica.

Apesar disso, o que se vê na doutrina jurídica sobre a natureza dos acidentes depõe contra essa relação de continuidade. Para explicar esse ponto melhor, será necessário retornar um pouco mais nessa história e voltar ao ano de 1923.

Em 24 de janeiro deste ano é sancionada a chamada lei Eloy Chaves, em homenagem ao deputado responsável pela sua proposição na Câmara dos Deputados. Através dessa lei ficou definido que para cada companhia ferroviária existente no país deveria ser criada uma caixa de aposentadorias e pensões (CAPs), mantida por meio da contribuição de patrões e operários (ZANIRATO, 2003, p. 127). De acordo com essa lei (arts. 15 e 16), em caso de acidente do trabalho, o empregado deveria receber da CAP a sua indenização ou pensão. Ou seja, em um primeiro momento, a Lei Eloy Chaves instituiu para os ferroviários uma nova previsão no que tange aos acidentes. Não mais se tratava de uma questão de indenização entre patrão e operário, mas sim de uma pensão paga pela CAP. Porém, como percebido pelos dados apresentados por Covolan e Dias (2018, p. 27), mesmo após a Lei Eloy Chaves, os ferroviários foram a classe que mais se utilizou da lei de acidentes. Isso porque, apesar dessa previsão inicial, esse mal-entendido foi logo corrigido, quando em 1927, um regulamento sobre a lei dos ferroviários apontou que a responsabilidade por acidentes deveria ser regida por lei específica, isto é, o Decreto de 1919.

No que tange à doutrina jurídica, pouco se comentou durante a década de 1920 sobre a Lei Eloy Chaves e sua relação com os acidentes de trabalho, visto que ainda era uma questão especialmente ligada a uma única classe de trabalhadores, os ferroviários. A única referência sobre isso encontrada é de um artigo publicado na *Revista dos Tribunaes*, em março de 1928, no qual o autor, Adriano de Oliveira, discute acerca da aplicação da Lei Eloy Chaves ou do Decreto-Lei nº 3.724/1919 em matéria de acidentes. Conclui-se que, tendo em vista esse regulamento de 1927, o legislador retomou o modelo especial de indenização por acidentes de trabalho previsto na Lei de 1919, abandonando, nesse primeiro momento, o modelo de pensão por acidente pelas CAPs (OLIVEIRA, 1928, p. 262).

Porém, essa discussão ganharia força novamente, mas não através do Decreto nº 24.637/1934, que reformou a Lei de Acidentes, mas por meio da Constituição da República de 1934 e de 1937 e da criação, nesse mesmo período, dos Institutos de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos. A Constituição de 1934 prevê no seu art. 121, §1º, h) que o Estado deveria assegurar ao trabalhador urbano instituição de previdência para os casos de acidentes do trabalho, enquanto a Constituição de 1937 mantém essa mesma previsão no seu art. 137.

Tanto a Lei de 1919 quanto a de 1934 tinham previsões acerca do seguro facultativo a ser realizado pelo patrão, porém, tratava-se, em ambas as legislações, de

um seguro com empresas privadas que, ainda que fiscalizadas pelo Estado, tinham um intuito muito claro de lucro com essa atividade. É interessante perceber como o ramo do seguro contra acidentes do trabalho tornou-se um negócio lucrativo a partir de 1919. Em 1924, as quatro primeiras companhias de seguro contra acidentes autorizadas a funcionar movimentavam 3/4 do volume de seguros no país. Na década de 1930, esse número chega a números muito maiores. Somente em 1936, treze companhias de seguro contra acidentes pediram autorização para funcionar (GOMES, 1979, p. 177). Em 1940, por sua vez, não obstante a presença de instituições públicas de seguro acidentário, a maioria dos operários ainda estavam segurados em companhias privadas (SILVA, 1998, p. 45). Não à toa, a lei que substituiu esse Decreto de 1934, reformando novamente a legislação acidentária, previu que as empresas privadas de seguro deveriam cessar as suas operações até 31 de dezembro de 1953.

É justamente nesse contexto de ampla discussão sobre os seguros privados e públicos que a doutrina jurídica novamente passa por um segundo deslocamento no que tange à natureza da indenização dos acidentes de trabalho. Como representante mais claro desse movimento cita-se Helvécio Xavier Lopes, jurista que desde o início da década de 1930 escrevia sobre acidentes do trabalho, além de ser presidente, já na década de 1940, do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas.

Em artigo publicado na revista *Direito: doutrina, legislação e jurisprudência*, Helvécio Xavier Lopes escreve que a teoria do risco profissional foi um importante avanço no que diz respeito ao desenvolvimento de direitos trabalhistas aos operários. Através dessa teoria, os acidentes de trabalho desvincularam-se das normas de Direito Civil para um regime no qual ocorreria a reparação pelos acidentes de trabalho em todas as situações, exceto em caso de dolo do próprio operário. De acordo com o autor, não se pode deixar de compreender o mérito dessa transformação. Porém:

[...] paulatinamente as leis se modificam e tem que se adaptar às novas necessidades sociais que consagram a técnica jurídica. Daí assistirmos atualmente a uma reforma fundamental que está se processando num grande número de países e principalmente em países americanos e que, sintetizada numa fórmula sucinta, consiste no abandono do direito especial de reparação dos acidentes em favor do direito social do seguro-acidentes (LOPES, 1942, p. 55).

Isto é, tendo em vista novas necessidades e exigências sociais, é preciso abandonar a teoria do risco profissional e adotar um modelo de seguro social no Brasil. Ao invés de se buscar a reparação e indenização nos casos de acidentes do trabalho

isoladamente, é preciso criar um sistema integrado, público e completo que atendesse a todos os campos profissionais.

Explica Helvécio Xavier Lopes (1942, p. 60-66) que as grandes vantagens da adoção de um sistema de seguro social no Brasil são as seguintes: i) a extensão do campo de atuação da lei acidentária. Mesmo que, após a Lei de 1934, a aplicação da reparação por acidentes tenha se estendido a profissões consideradas menos arriscadas, ainda há diversas lacunas na lei, sobretudo no campo da agricultura. Ainda que ocorra contínua reformulação da lei, problemas sempre existiriam, sobretudo em relação àqueles que exercem funções não claramente determinadas, que não poderiam ser cobertos pelo risco profissional. Através do seguro social, seria possível cobrir todos os trabalhadores urbanos e rurais, através do sistema de responsabilidade coletiva, com um desejável nivelamento dos encargos sociais; ii) administração pelas instituições autárquicas, isto é, instituições de direito público sem finalidade de lucro; iii) pagamento regular por meio de pensões ou aposentadorias e das prestações em natureza, isto é, o oferecimento de serviços médicos aos acidentados; iv) maior capacidade de coordenação para prevenção dos acidentes; v) procedimento administrativo mais célere.

Com argumentos similares, Oscar Saraiva, então consultor jurídico do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, afirma, em parecer publicado no *Diário Oficial da União* em 11 de junho de 1941, que a tendência da legislação brasileira é de conceder ao Estado o encargo de administrar o campo das atividades de seguro contra acidentes, através de empresas que não visem a fins lucrativos, mas unicamente à concessão de benefícios. Em seguida afirma também que a coexistência entre seguro social público e privado é incompatível com a natureza do próprio Estado, que, de acordo com o autor, deve ter exclusividade na atuação nesse campo de interesse geral e social, como o de seguro social (LOPES, 1942, p. 58-59).

Ainda que as empresas de seguro privado no campo dos acidentes de trabalho tenham permanecido até, pelo menos, a década 1960 (GOMES, 1979, p. 175), quando foi criado o Instituto Nacional de Previdência Social, é interessante observar como, a partir da década de 1930, a doutrina jurídica começa a se preocupar com a necessidade de se construir um modelo de responsabilidade coletiva para os acidentes de trabalho, sob o monopólio estatal. A teoria do risco profissional que antes tinha sido o motor da construção de um sistema paralelo de indenização pelos acidentes de trabalho, individualizando-se em relação ao Direito Civil, não era mais suficiente para lidar com o novo contexto. Esse deslocamento do campo da reparação por meio da teoria do risco profissional para a responsabilidade coletiva guiou o debate político e jurídico sobre os acidentes de trabalho nas décadas seguintes.

Considerações finais

As primeiras décadas do século XX são marcadas por uma modificação profunda na estrutura jurídica, com o início daquilo que geralmente se denomina legislação social. No Brasil, a legislação acidentária é aquela que traduz muito concretamente esse processo de formação do que atualmente se denomina Direito do Trabalho, com seus conceitos e características próprios, em um movimento de *saída* do Direito Civil.

Nesse contexto, o foco deste artigo foi a análise das fontes de doutrina jurídica trabalhista e cível das quatro primeiras décadas do século XX no Brasil, com o objetivo de compreender a natureza jurídica da questão acidentária, em que medida se aproximava de determinado ramo do direito, e como os juristas brasileiros lidavam com as transformações proporcionadas pela legislação.

Os resultados encontrados conduzem a concluir que a partir da década do Decreto-Lei nº 3.724/1919 os acidentes de trabalho, antes pensados sob a ótica da responsabilidade civil tradicional, movem-se para um espaço antes praticamente vazio. Em um contexto no qual conceitos como contrato de trabalho,² empregado e empregador ainda não tinham os sentidos como se conhece atualmente, essa legislação inaugura um sistema especial e excepcional de indenização por acidentes de trabalho, baseado na teoria do risco profissional. Essa teoria, não obstante as tentativas de juristas de negar isso, sobretudo civilistas com seu mantra igualitário e individualista, afasta-se do Direito Civil e ajuda a delimitar um direito próprio, com bases e princípios diferentes. É justamente nesse contexto que se forma uma doutrina jurídica especializada em acidentes do trabalho, com grande produção acadêmica se comparada às décadas anteriores.

A partir da década de 1930, já com a criação do Ministério do Trabalho e das diversas reformas das leis operárias realizadas pelo Governo Vargas, há um segundo deslocamento da questão acidentária. A partir das Constituições de 1934 e 1937 e do empenho da política Varguista sobre a criação de Institutos de Aposentadoria e Pensão a partir de 1933, a doutrina jurídica também passa a enxergar os acidentes de trabalho sob uma ótica diversa.

O seguro social, ou modelo de responsabilidade coletiva, começa a ganhar força na doutrina jurídica através dos escritos, por exemplo, de Helvécio Xavier Lopes. Um modelo de responsabilidade que viria substituir, nas décadas seguintes, a teoria do risco profissional e ajudar a pensar a questão dos acidentes do ponto de vista coletivo. Ou seja, o modelo ideal para lidar com os acidentes, pensado na doutrina, deixava de ser uma questão individual e privada, ainda que objetiva, para se tornar um problema de ordem coletiva e social, gerido por uma autarquia e financiado pelo Estado.

² Especialmente sobre a formação do contrato de trabalho no Brasil, ver: FONSECA, Ricardo. **Modernidade e contrato de trabalho do sujeito à sujeição jurídica**. São Paulo: LTr, 2002.

Referências

- AMERICANO, Jorge. **Do acto ilícito nos accidentes do trabalho**. São Paulo: Livraria acadêmica, 1925.
- BEVILAQUA, Clovis. **Direito das obrigações**. Salvador: Livraria Magalhães, 1896.
- BEZERRA, Andrade. **Accidentes no trabalho**: commentarios à Lei nº 3.724, de 15 de janeiro de 1919, acompanhados do regulamento nº 13.498, de 12 de março do mesmo anno. Rio de Janeiro: Livraria Drummond, 1919.
- CASTRO, Araujo. **Accidentes de trabalho**. 1. ed. Rio de Janeiro: Leite Ribeiro & Maurillo, 1919.
- CASTRO, Araujo. **Accidentes de trabalho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939.
- COVOLAN, Fernanda Cristina; DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. História da legislação social brasileira: os acidentes de trabalho entre 1919 e 1940. **Revista Prim@Facie**, v. 17, n. 35, p. 01-33, 2018.
- GAMA, Affonso Dionysio. **Os accidentes do trabalho**: na doutrina e na pratica. São Paulo: Livraria Academica Saraiva & C. Editore, 1925.
- GOMES, Ângela Maria de Castro. **Burguesia e trabalho**: política e legislação social no Brasil 1917-1937. Rio de Janeiro: Campus LTDA., 1979.
- FAUSTO, Boris. **Trabalho urbano e conflito social**. Rio de Janeiro: Difel, 1977.
- FERRAZ, Eduardo Luís Leite. Acidentados e remediados: a lei de acidentes no trabalho na Piracicaba da Primeira República (1919-1930). **Revista Mundos do Trabalho**, v. 2, n. 3, p. 206-235, jan./jul. 2010.
- LOPES, Americo Ferreira; LOPES, Cícero Ferreira. **Accidentes no trabalho**. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1925.
- LOPES, Helvecio Xavier. Os acidentes do trabalho e os institutos de previdência social. **Direito: doutrina, legislação e jurisprudência**. Rio de Janeiro, v. 17, p. 53-67, set./out. 1942.
- MENDONÇA, Joseli Maria Nunes. **Evaristo de Moraes**: tribuno da República. 1. ed. Campinas: UNICAMP, 2007.
- MORAES, Evaristo de. **Apontamentos de direito operário**. 3. ed [1. ed. em 1905]. São Paulo: LTr, 1986.
- MORAES, Evaristo de. **Os accidentes de trabalho e a sua reparação**. ed. fac-similada [1. ed. em 1919]. São Paulo: LTr, 2009.
- OLIVEIRA, Adriano de. A lei dos ferroviários e a lei de accidentes. **Revista dos Tribunaes**, v. LXV, ano XVII, mar. 1928.
- REVISTA DE DIREITO CIVIL, COMMERCIAL E CRIMINAL. Rio de Janeiro: Livraria Cruz Coutinho, 1908, p. 153-156.
- RIBAS, Antonio Joaquim. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1880.
- SILVA, Maria Elisa Lemos Nunes da. **Entre trilhos, andaimes e cilindros**: acidentes de trabalho em Salvador (1934-1944). Dissertação (Mestrado em História) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal da Bahia. 1998.
- ZANIRATO, Silvia Helena. **O descanso do guerreiro**: um estudo sobre a instituição da Previdência Social no Brasil. Maringá: EdUem, 2003.

O HOME OFFICE E A DESREFERENCIALIZAÇÃO DO TRABALHADOR COMO NÚCLEO DO EIXO PRODUTIVO NA ATUAL SOCIEDADE TECNOCÊNTRICA

Bráulio de Almeida Pereira Paiva¹

RESUMO: A chegada ao Brasil de pandemia sem precedentes na história da humanidade fez acelerar a tendência das últimas décadas de transferência do trabalho do ambiente empresarial para o promissor regime de *home office*, como método de conjugar interesses evitando retração da economia e perda de empregos. Todavia, o advento de novos procedimentos pode abalar o tradicional sistema de protagonismo do ser humano nas relações de trabalho, sendo necessário examinar o cenário atual de implantação de tecnologias e as implicações e riscos que o trabalho em domicílio pode causar à saúde e dignidade do obreiro à luz dos princípios constitucionais.

RESUMEN: La llegada a Brasil de una pandemia sin precedentes en la historia de la humanidad aceleró la tendencia en las últimas décadas de trasladar el trabajo del ámbito empresarial al prometedor sistema de *home office*, como método de conjugación de intereses, evitando retracciones económicas y pérdidas laborales. Sin embargo, el advenimiento de nuevos procedimientos puede socavar el sistema tradicional de protagonismo humano en las relaciones laborales, por lo que es necesario examinar el escenario actual de implementación de tecnología y las implicaciones y riesgos que puede ocasionar el trabajo en el hogar para la salud y dignidad del trabajador en a la luz de los principios constitucionales.

PALAVRAS-CHAVE: Teletrabalho. Sociedade tecnocêntrica. DesreferencIALIZAÇÃO do ser humano no eixo produtivo. Saúde do trabalhador.

PALABRAS CLAVE: Teletrabajo. Sociedad tecnocéntrica. Desreferencialización del ser humano en el eje productivo. Salud del trabajador.

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete. Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Internacional Signorelli. Doutorando em Derecho Laboral pela Universidad de Buenos Aires. Advogado. Professor. Procurador Municipal de Capela Nova/MG. Endereço eletrônico: braulio_pereira980@hotmail.com

SUMÁRIO: 1. A proteção do trabalho humano em face da automação na Constituição Federal de 1988. 2. A popularização do *home office*. 3. A perda pelo trabalhador do protagonismo na sociedade tecnocêntrica. 4. A desreferencialização do ser humano como fator principal para o sistema produtivo. Referências.

INDICE: 1. La protección del trabajo humano frente a la automatización en la Constitución Federal de 1988. 2. La popularización del *home office*. La pérdida de protagonismo del trabajador en la sociedad tecnocéntrica. 3. La desreferencialización del ser humano como factor principal del sistema produtivo. Referencias.

1. A proteção do trabalho humano em face da automação na Constituição Federal de 1988

Quando da promulgação da Carta Magna Brasileira no final da década de 80 do século passado, o legislador já antevia um desenvolvimento tecnológico que pudesse de alguma forma fulminar o valor do ser humano no universo do trabalho. Ainda que não se estivesse em grau tão elevado nos inventos e processos de substituição da habilidade humana pela mão de obra virtual, eletrônica – mais barata e produtiva –, já se afiguravam para o meio acadêmico os prósperos tempos que estavam por vir com a virada do milênio.

As relações humanas evoluíram e foram traçadas novas formas de interação. Os costumes se modificaram, bem como a chegada de novas tecnologias na Quarta Revolução Industrial fez a inteligência artificial se popularizar até mesmo entre as camadas menos favorecidas.

O amanhecer de uma nova era que paulatinamente veio se descortinando gerou benesses diversas, mas também escancarou a necessidade de um Direito do Trabalho ágil e perspicaz para acompanhar as evoluções tecnológicas – eis que é impossível enfrentá-las (e nem seria saudável) – devendo estabelecer sempre critérios para possibilitar os avanços naturais da humanidade sem, no entanto, permitir que se aflorem ainda mais os abismos criados e mantidos há séculos entre as diversas classes, não apenas sociais, mas também econômicas, quando se trata da relação entre o dono dos bens de produção, o empresário que precisa seguir motivado para girar a economia e auferir lucros, que são seu alvo principal, mas também para não deixar órfão o trabalhador que tem no Direito do Trabalho as tábuas em que se agarra; e que necessita ainda hoje de proteção estatal ante a manutenção do histórico panorama de desequilíbrio que o torna intimamente dependente do labor para perseguir condições mínimas de dignidade para sua prole.

Os avanços tecnológicos atingiram patamar tão elevado que a ciência jurídica vem precisando sofrer contínuas alterações para estabelecer a efetiva tutela de situações que em décadas passadas pareciam ser inimagináveis.

Com trato constitucional, tem-se que a Carta Magna traz em seu art. 7º, XXVII a proteção do trabalho contra a automação, cuidando de traçar meta, comando de eficácia limitada dedicado a prever imperativo de proteção do trabalhador. Firma as bases para atuação do legislador infraconstitucional, e também do Poder Executivo, que precisa estabelecer políticas públicas direcionadas a impulsionar a melhor qualificação dos trabalhadores, a maior oferta de empregos com incentivos a aberturas de empresas e até mesmo o planejamento de ações estratégicas que possibilitem ao ser humano concorrer em condições de igualdade com os meios tecnológicos que tradicionalmente apresentam maior produtividade com menores custos.

Esta postura ativa do Executivo no sentido de fomentar o trabalho humano não se encontra dissociada da realidade ou de outras disposições legais, afinal, a própria Lei Maior da República ainda traz em seu art. 6º a classificação do trabalho como direito social. Assim, direciona a uma responsabilidade conjunta das instituições do Estado o fomento e a proteção do trabalho. A Constituição Brasileira tem forte apelo pelo trabalho humano como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV) e da ordem econômica na república (art. 170).

Por fim, ainda pode-se notar que o Judiciário, como última esfera destinada a dirimir os conflitos já existentes, também precisa se postar no sentido de criar premissas de proteção ao obreiro, estabelecendo na prática os métodos de balizar a defesa do trabalhador em seu embate com as máquinas.

2. A popularização do *home office*

A chegada de uma nova realidade com o *home office* se popularizando não pode ser considerada como efeito gerado apenas pelo contexto de pandemia no Brasil. Tem-se que logicamente o momento tenso no mercado de trabalho certamente contribuiu para que se tornasse mais premente a necessidade de prática de labor fora das instalações das empresas alavancando a atuação de forma remota, porém o panorama novel é muito mais próximo do desemboque de uma realidade que vinha sendo cunhada há alguns anos e que agora culmina em regular e natural movimento de democratização de tecnologias.

Estudos de grandes juristas já apontavam para o nascimento de uma nova realidade atrelada à inteligência artificial e à utilização pelo homem de recursos que são apresentados com proposta de maior especialidade nos serviços, com aprimora-

mento de resultados e metas que alcançaram índices antes inimagináveis pelo poder do desconhecido.

Stürmer e Fincato (2020) já relatavam que no teletrabalho, gênero do qual o trabalho em *home office* é espécie,

[...] conjugam-se elementos que permitem identificar algo além do mero trabalho fora do estabelecimento (sede física) do empregador. Tem-se a presença obrigatória da tecnologia da comunicação e informação, quer como ferramenta de trabalho, quer como mediadora da distância relacional, ou até como próprio espaço (virtual) de trabalho. (STÜRMER e FINCATO, 2020, p. 2)

A busca por formas alternativas de trabalho realizado de modo apartado entre contingentes de trabalhadores e respectivos coordenadores ou gerentes, com aspecto de desterritorialização das empresas, já constava da Convenção nº 177 da Organização Internacional do Trabalho, que no final do milênio passado já antevia um desenvolvimento tecnológico capaz de romper com as paredes das empresas e levar o labor para ambientes virtuais em típica proposta de sua democratização.

De todo modo, seguindo a tendência já exposta outrora, a chegada de período excepcional com a crise de emergência sanitária trouxe de vez a necessidade de adoção do trabalho remoto como meio de viabilizar a manutenção da estrutura produtiva aliada à proteção dos trabalhadores.

A passagem dos arcaicos meios de produção (herdados dos modelos que imperaram nas primeiras revoluções industriais) para uma indústria mais moderna passou a ser franqueada pelas pressões exercidas por diversos órgãos governamentais e ainda pela sociedade civil, que em defesa da saúde do trabalhador levantaram a bandeira do isolamento social como meio mais eficaz para conter os avanços do agente Coronavírus.

O Direito do Trabalho se viu então em uma encruzilhada localizada nas fronteiras entre o princípio da proteção integral do trabalhador e a necessidade de impedir estagnação e até retração da economia brasileira justamente em momento de maiores gastos pelo Poder Público para fomentar campanhas e adotar medidas no combate à pandemia.

Tudo isso fez insuflar dentre a classe trabalhadora a incerteza sobre a possibilidade de adequação das diferentes categorias ao *home office* perante dificuldades de acesso à tecnologia, logística, suporte operacional e, por fim, a relutância de empresas que desprovidas de estruturas pensadas com serenidade sobre investimentos e possíveis retornos advindos da implantação do trabalho em domicílio passaram a observar com olhar receoso as mudanças no cenário econômico.

As incertezas da pandemia aliadas às dificuldades estruturais que não acompanharam as alterações tecnológicas geraram rebuliço total com apelo por soluções mais conservadoras e tradicionais, como no caso de demissões em massa e ainda utilização de meios alternativos viabilizados através de normas emergenciais, como a Medida Provisória nº 936/2020, que estabeleceu a possibilidade de suspensão de contratos de trabalho e ainda a redução de carga horária e de salários.

Pelo lado dos trabalhadores, houve aflição ainda maior, eis que foram surpreendidos por cenário desolador, ante sua característica ausência de preparo técnico e conhecimento acadêmico que rodeia a maior parte dos proletários do país. Aliada a tudo isso, veio ainda a antiquada cultura do trabalho realizado no chão de fábrica que gera amarras aos setores produtivos que seguem temendo o *novo*.

Para Wyzykowski e Meira (2020),

Desse impasse, resulta-se uma aparente dicotomia de extremos: ou a flexibilização da proteção do direito ao trabalho, permitindo que as mudanças tecnológicas destinem consideráveis obreiros ao desemprego, ou a manutenção dessa proteção, arriscando-se à possível refração da atividade econômica nacional, que ocasionará, por outra via, a redução das ofertas de trabalho. (WYZYKOWSKI; MEIRA, 2020, p. 14)

A preocupação é deveras grande, porém, como a marcha tecnológica não pode ser interrompida por infundáveis debates acadêmicos, a urgência do momento passou a exigir medidas práticas para possibilitar o regular andamento dos mercados e das unidades produtivas com menor choque possível, malgrado as turbulências para a economia apenas estivessem iniciando o período de enorme temor pelo desconhecido em torno da doença que começava a se disseminar mundo afora.

O trabalho no modelo *home office* passou a ser difundido e com ele veio uma disseminação do perfil impessoal do trabalho remoto, marcado pela demonstração de superficialidade das relações humanas com a redução do patamar de importância tradicionalmente consagrado ao trabalhador.

Assim como a ideia de um universo de informações e dados circulantes em nuvem traz a ideia de expansão do conhecimento com democratização das tecnologias, no aspecto humano pode ser observada uma retração generalizada nas relações que também se tornam mais abstratas e acabam por militar no sentido da precarização do ser humano, que perde o *status* de sujeito gerador de riquezas e assume de forma ainda mais determinante o posto de mero coadjuvante da máquina produtiva na nova sociedade tecnocêntrica.

3. A perda pelo trabalhador do protagonismo na sociedade tecnocêntrica

A popularização da inteligência artificial relega ao trabalhador a posição de engrenagem do sistema, deixando de ser tido como agente determinante para operação de linhas de produção e passando a atuar como singelo personagem de menor importância na escalada de medidas que elevam a tecnologia ao patamar de controle do trabalho de forma independente e autossuficiente na produção. Ganham maior apelo os elementos *tempo*, *custo* e *produtividade*, distanciando o ser humano da ideia tradicional de *trabalho como instituto formador do ser humano*.

Colucci (2014) narra esta realidade observando que:

A partir do ponto em que a Pessoa deixou de ser o referencial ético, político, jurídico, empresarial etc. e a Máquina assumiu grande parte de seus esforços em atividades rotineiras, a exemplo das escriturais, o Tempo passou a ser a “moeda” de maior valor para a sociedade pós-moderna. Uma vez que as distâncias se encurtaram, como já assinalado, as possibilidades de uso do tempo se ampliaram e, simultaneamente, se transformaram em medidoras da “produtividade” no trabalho. Na tentativa de corresponder às expectativas dos empresários e órgãos da Administração Pública, os empregados, servidores e/ou funcionários, sobretudo os primeiros, intensificaram seus esforços em direção a resultados mais céleres, eficientes e menos custosos, surgindo a figura do *workaholic* que pretende, ainda que inconscientemente, competir com a “máquina”[...]. (COLUCCI, 2014, p. 126)

O alvorecer deste cenário poderia parecer mero desenrolar da evolução natural da humanidade que cavalga a passos largos em busca de facilitadores do trabalho humano. Assim como a pandemia serviu de pretexto para a imediata formalização do ensino a distância, da implantação de reuniões das mais diversas através de aplicativos virtuais e de forma admirável serviu para impulsionar ainda mais o comércio eletrônico, mais acessível e democrático, também segue inegável que tornou nossa sociedade individualista ainda mais próxima de comportamentos que desprezam o contato humano e que, se militam em favor do menor deslocamento físico do trabalhador, em lado oposto institucionalizam o comportamento sedentário marcado pela acentuação de riscos advindos da solidão e da sensação de abandono. Estes elementos, como se sabe, configuram-se como fatores muito comuns em doenças psicológicas e acabam por impulsionar severo aumento nos índices de adoecimento laboral, sobretudo com ocorrência de quadros depressivos.

O deslocamento forçado do ser humano da posição inicial que perdeu por vários séculos de agente controlador do ambiente laboral e dos meios de produção, acaba por ser engrossado pelas novas formas de organização que arregalam a ferrenha realidade do século XXI. Nas encruzilhadas do Direito do Trabalho, é lançado o *gêrmen* de uma questão fundamental no pensamento do trabalho contemporâneo como instrumento formador do caráter e do perfil do cidadão e ainda propulsor de comportamentos sociais voltados ao ideal relacionamento dos povos em uma teia global de conhecimentos intercalados pela explosão de culturas em um emaranhado de novas perspectivas sociais.

4. A desreferencialização do ser humano como fator principal para o sistema produtivo

Ao contrário do que se esperava como sendo a origem de novos métodos geradores de maior contato humano, a mudança do trabalho para ambiente virtual, desprovido de valor, apenas instrumentalizou a mudança de postura de uma sociedade tecnocrata que vai aos poucos reduzindo a importância do ser humano – que fica à mercê de algoritmos que substituem os conhecimentos adquiridos em longa existência terrena.

Chegou-se a um novo tempo, tratado por Colucci (2014) como “desreferencialização do ser humano como agente principal do trabalho” que coloca a tecnologia no alto de um patamar que deixa o trabalhador em segundo plano e torna menos importante sua atuação no meio produtivo.

Martinez e Maltez (2017) explicam que o aspecto protetor da Carta Cidadã de 1988 comportaria pequeno equívoco semântico ao prever a “proteção do trabalhador em face da automação”. Explicam que esta forma de redação do dispositivo legal teria roupagem revanchista, bélica, forçando uma ideia paradoxal de luta do trabalhador contra a tecnologia, ao confrontar no mesmo Texto Maior a previsão de defesa do trabalhador, de seu emprego e seu espaço de trabalho, ao mesmo tempo que prescreve o incentivo à livre iniciativa (art. 1º, IV) e ao desenvolvimento tecnológico (art. 218, CF/88).

O embate surgido acaba por gerar cenário propenso a discussões das mais diversas, eis que, ao concluir seu raciocínio acerca da hermenêutica constitucional, estes juristas expõem sua preocupação:

Portanto, não se trata de estigmatizar ou de combater a automação, mas de encontrar soluções que permitam a coexistência harmoniosa entre a implantação de máquinas no meio ambiente

laboral e a salvaguarda do emprego e da saúde e segurança dos trabalhadores. (MARTINEZ; MALTEZ, 2017, p. 13)

É fato que recém concebida sociedade tecnocêntrica do Brasil, que eleva a patamar de supremacia o desenvolvimento tecnológico e relega ao ser humano o papel de mero operador das ferramentas virtuais, acaba por possibilitar ideias de um Direito do Trabalho voltado ao bem-estar do trabalhador na medida em que a automação estaria à disposição de melhores resultados em termos de quantidade, qualidade e proteção dos obreiros contra agentes que fulminem sua saúde e segurança.

Martinez e Maltez (2017) já tratavam em sua vivência acadêmica da sensação de um Direito do Trabalho que precisa defender o trabalhador como agente transformador do meio laboral e não como “mera engrenagem do sistema de produção por máquinas”. Esta expressão tem relação direta com a evolução das formas produtivas que de um arcaico modelo de manufaturas na Idade Média passou por sucessivas revoluções industriais com fortalecimento de sistemas que desaguarão na divisão atual do trabalho, com atividades direcionadas a cada grupo de trabalhadores que precisam seguir em serviços específicos. E que na chamada Quarta Revolução Industrial atingem a forma descentralizada de produção, com o distanciamento do obreiro de seu local de labor fabril e a formação de ambiente laboral em seu próprio lar sob a falsa premissa de maior qualidade de vida assegurada ao indivíduo.

Desde 1996, quando foi publicada a Convenção nº 177 da OIT – ainda não ratificada pelo Brasil – foram traçados os alicerces do trabalho a domicílio que poderia instrumentalizar a passagem do trabalhador da estrutura formal do ambiente da empresa para atividades cercadas de maior conforto, segurança e liberdade no âmbito de sua própria residência.

A legislação citada trazia, desde seu primeiro artigo, a previsão do que seria o dito “trabalho a domicílio”; que explica da seguinte forma:

CONVENÇÃO Nº 177/1996 - OIT

Artigo 1

Para os efeitos do presente Convênio:

a expressão trabalho a domicílio significa o trabalho que uma pessoa, designada como trabalhador a domicílio, realiza:

- i – em seu domicílio ou em outros locais que escolher, distintos dos locais de trabalho do empregador;
- ii – em troca de uma remuneração;
- iii – com o fim de elaborar um produto ou prestar um serviço conforme as especificações do empregador, independentemente de

quem proporciona a equipe, os materiais ou outros elementos utilizados, a menos que essa pessoa tenha o grau de autonomia e de independência econômica necessário para ser considerada como trabalhador independente em virtude da legislação nacional ou de decisões judiciais.

A virada do século fomentou o alvorecer de um desenvolvimento intelectual e tecnológico cada vez mais farto e os trabalhadores puderam, enfim, experimentar um modelo em que o teletrabalho passou a se mostrar como realidade mais próxima do cidadão.

O Ministro Agra Belmonte (2008) pontua esta realidade ao citar a globalização com livre flutuação de produtos em larga escala ao longo de mercados cada vez mais abstratos:

A globalização insere o teletrabalho em cadeias produtivas que ultrapassam fronteiras nacionais, eis que permite que o mesmo produto ou serviço tenha as suas etapas de elaboração espalhadas por diversos países. E se, por um lado, mundializa a produção e promove uma concorrência global no preço da mão de obra, por outro precariza as condições de trabalho dos prestadores menos qualificados e dificulta a observância da proteção trabalhista. (BELMONTE, 2008, p. 300)

A tendência tão aguardada da desterritorialização da produção se materializou em políticas expansionistas que levaram à automação dos meios de produção.

O novo paradigma produtivo baseou-se no fim das aplicações centralizadas tradicionais para produção e controle. Sua visão de ecossistemas de fábricas inteligentes com entidades de fábrica autônomas é, inerentemente, descentralizada (RIBEIRO; SILVA, 2020).

O grande *slogan* do teletrabalho como sendo forma de maximizar a produção gerou inicialmente o deleite de aproximar a maior rentabilidade do empresário e a qualidade de vida do trabalhador. Deixando de lado as questões pontuais referentes ao custeio da estrutura de acesso à internet, aplicativos e sistemas de conexão, bem como discussões acerca de subordinação verificada à distância, verifica-se que passou a se destacar no *home office* a patente inviabilidade de controle de jornadas que tornaram cotidiano o ingresso do trabalhador em períodos de sobrejornada que, ainda que ocorressem no conforto do lar, não seriam registrados e logicamente pereceriam de pagamento na forma legal.

De igual modo, o sistema remoto passou a franquear culturalmente diversas outras extrapolações de jornadas, como a supressão deliberada de intervalos intra-

jornadas e interjornadas, com trabalhadores ávidos pelo atingimento de metas em menor espaço temporal trabalhando sob a promessa de aumento dos compensatórios períodos de descanso. À medida que fosse possível acumular maior esforço em atividades do modelo *tarifa* intercaladas com períodos possivelmente mais generosos de descanso, sobejaria cenário favorável ao trabalhador. Porém, estes pensamentos ilusórios têm se traduzido apenas em meio eficaz de precarização das jornadas que seguem ilimitadas e que não são devidamente remuneradas pelo empregador.

A tecnologia é aliada do ser humano na busca por melhorias na qualidade de vida, porém também acaba por descortinar sérios males da sociedade moderna que, antes ocultos, passam por agravamento decorrente de cenário de crise da pandemia da COVID-19.

A travessia de uma paisagem tradicionalista de fábricas abarrotadas de empregados vigiados de perto pelo empregador para uma nova exposição de trabalho dividido entre setores diversos e distantes um do outro demonstra o rompimento com o padrão instituído nas primeiras revoluções industriais, em que os meios de produção evoluíram a ponto de aumentar a produção, porém mantinham a concentração de atividades em um único lugar.

Com o advento da chamada *Indústria 4.0* passa a ter lugar o distanciamento não só como fruto de medidas sanitárias, mas como tendência muito próxima do caráter humano do século XXI.

Observando a obra de Colucci (2014), percebe-se que a transmodernidade cuida de deslocar o ser humano para uma nova posição no mundo produtivo, deixando de preencher o clássico *locus* de agente central da produção – conforme imperou em séculos passados – e passando a ser mero elemento secundário que perde espaço para a inteligência artificial. Ocorre a transição de período em que prevaleciam os referenciais “Deus – Homem – Natureza” que são superados pela máquina que empreende escalada de valorização até atingir a atual Revolução Tecnocêntrica (COLUCCI, 2020, p. 126).

Se, na implantação do teletrabalho, ocorreu grande euforia pelos benefícios da tecnologia, começa a ganhar força movimento marcado por uma análise mais profunda acerca da dificuldade do indivíduo que deixa de ser o centro da produção e que consequentemente é envolvido por movimento de força centrífuga que gera sua atração para locais periféricos no eixo produtivo.

Nesta mentalidade reside grave preocupação. Ora, se antes a Carta Magna Brasileira previa o trabalho humano como instrumento de afirmação da dignidade do indivíduo, destacando como fundamentos da República os valores sociais do trabalho e

da livre iniciativa (art. 1º, IV) que serão alcançados com observância de variados princípios, dentre eles a busca do pleno emprego (art. 170, VIII), a mudança na organização social trouxe junto uma nova jornada que não corresponde a esta valorização do ser humano; que perde espaço para a tecnologia.

Não se trata aqui de tentar barrar o desenvolvimento tecnológico, que é tendência não apenas nacional, mas de todo o mundo globalizado.

Assim como na obra de Martinez e Maltez (2017), Pinto também (2019) explica que ao dispor sobre a necessidade de proteção do trabalhador em face da automação o legislador original poderia ter conferido caráter em certo grau bélico à norma que encerraria demonstração de adversidade entre o trabalho humano e a tecnologia. Considera que em contexto que ainda começavam a caminhar os avanços tecnológicos teria o constituinte atuado com “o olhar para as nuvens”, expondo alegoria de uma certa ingenuidade mesclada com o irrealismo e prolixidade próprios de uma carta de direitos que teria previsto uma organização social atrativa, porém dispersa da realidade plausível (PINTO, 2019, p. 322).

E tem razão o jurista quando destaca que não pode prevalecer perfil revanchista entre o trabalho humano e a tecnologia.

Os novos meios da modernidade precisam ser empregados como aliados do ser humano. Ademais, existe um consenso de que não é apenas a automação que faz sucumbirem vagas de emprego, afinal, em nossa nação, há uma confluência de vários fatores estruturais que geram barreira à criação de postos de trabalho.

Não é possível de forma abstrata frear o desenvolvimento tecnológico simplesmente com a premissa de impedir a substituição do homem pela máquina.

O que causa toda a situação de perplexidade do trabalho remoto como novidade e abertura de uma nova era é justamente o embate não sobre a tecnologia como instrumento facilitador da propagação do conhecimento, mas como fator que estimula o lado sombrio dos tempos modernos: o distanciamento do trabalhador dos demais seres humanos que com ele dividem o *locus* do trabalho nas fábricas, indústrias e escritórios.

O perigo reside justamente na teoria cada vez mais real de que o trabalhador tem se acostumado a lidar com o isolamento de casa como algo vantajoso. O distanciamento social que em contexto de pandemia é medida imperiosa, tende a se tornar prática comum, principalmente porque pelo lado das empresas tem se mostrado estratégia eficaz para aumento da produção. Lado outro, cria para o trabalhador uma falsa consciência de melhoria de vida, com maior conforto e menor desgaste laborando em seu lar.

Infelizmente, o que se vê é que o *home office* tem acentuado o movimento de desreferencialização do ser humano como centro do eixo produtivo. E isto definitivamente navega contra o ímpeto do constitucionalismo moderno de valorização do trabalhador arrimado no princípio do patamar mínimo civilizatório e da progressão dos direitos sociais.

A expressão “desreferencialização do ser humano” invocada de forma precursora por Colucci (2014) indica uma mudança na posição do indivíduo, que deixa de ter o protagonismo assumido ao longo da história e é desbancado pelo meio virtual, que começa a dominar a nova organização produtiva. A autora adverte que:

Sem dúvida, que ao isolamento, soma-se a desreferencialização do teletrabalhador, no sentido de que é, apenas, “alguém” que opera a máquina, com maior ou menor agilidade, destreza e cujos resultados dependem mais da “máquina” do que de “quem” a opera... Seu esforço é quantificado na exata medida em que redunde em lucros ao empregador. (COLUCCI, 2014, p. 138)

A ideia de classificação do trabalhador como “mera engrenagem do sistema produtivo”, já manifestada anteriormente no magistério de Martinez e Maltez (2017), toma contornos ainda mais dramáticos no momento em que o inovador trabalho em domicílio acaba por quebrar em certa parte o caráter pessoal entre empregador e empregado. Por mais que haja uma identificação do obreiro, fica claro que deixa de possuir uma identidade para a instituição, sendo simplesmente avaliado por sua produtividade na operação dos meios tecnológicos.

E é justamente este arranjo que se constata na pós-modernidade. Uma precificação do trabalhador que corresponde apenas a sua produtividade. E não adianta a reflexão de que a desterritorialização do trabalho com o funcionário deixando o chão da fábrica seria eficaz para a saúde e segurança laboral, afinal a subordinação para com o empregador se mantém nos mesmos moldes, ou ainda mais radicais.

O empregador segue exercendo plenamente seu Poder Diretivo. Algo bem justo, afinal, remunera o obreiro. Porém, com este distanciamento, o empresário passa a cada vez mais remunerar não o labor como atividade-meio entregue pelo obreiro, mas os consequentes resultados, como índices medidos a cada dia ou em espaços semanais.

A cobrança de metas segue a mesma, porém fica o trabalhador à mercê da possível falta de alguns equipamentos que não podem ser levados para seu lar, ou ainda submetido às possíveis falhas de comunicação com outros setores da empresa. O controle antes visual sobre seus esforços agora se transveste de análise de metas. E,

em modalidade de trabalho atípica, fica o indivíduo sujeito a diversos fatores externos que invariavelmente vão estender sua jornada com a falsa premissa de que o tempo utilizado em extensão das atividades não retiraria o caráter vantajoso do *home office*, pois seria ainda inferior aos lapsos utilizados em transporte da fábrica para seu lar.

Em postura cautelosa que deve cercar situações que afetam direito tão caro da vida humana, Wyzykowski e Meira (2020) já destacavam a necessidade de maior ponderação de interesses na implantação do teletrabalho, pois a relação de trabalho segue bilateral e não pode gerar monetização da força do trabalhador.

Descarta-se, de plano, um pensamento que faça prevalecer a redução do menor dos custos da empresa em relação ao direito ao trabalho do empregado, evitando-se assim desaguar em uma banalização do instituto, que não contemplaria uma verdadeira ponderação de interesses, mas mero verniz jurídico legitimador de um ato que, nessas condições, seria basicamente um direito potestativo do empregador. (WYZYKOWISKI; MEIRA, 2020, p. 15).

A utilização afoita do *home office* se justifica inicialmente pela conjuntura atual, política e econômica, de enfrentamento a uma crise sanitária sem precedentes. Todavia, o sistema trabalhista precisa intervir para suavizar os impactos sobre a realidade fática do trabalhador.

Ressalte-se, mais uma vez, que não se trata aqui de postura ortodoxa de fúria com máquinas ou ódio à inteligência artificial. O que se busca é realmente uma análise específica sobre a saúde do obreiro que uma vez envolvido em *home office* é submetido a longas jornadas com esforços repetitivos e cobranças de metas que vão se aprimorando em uma crescente e que geram sobrelabor não remunerado que possui preço específico em expressão monetária, mas despreza por completo as relações humanas do *trabalhador automatizado*.

De forma paralela à desvalorização do indivíduo, as doenças do trabalho tendem a aumentar bastante, especialmente no aspecto psicológico. O trabalhador deixa de se submeter à estrutura física da fábrica onde tinha pressão do chefe, porém tinha também aparado pensado de forma ergonômica, com assistência integral da medicina do trabalho e dos grupos de saúde ocupacional. Também era assistido pela CIPA e ocupava com bastante esmero – às vezes até soberba – setor individualizado na linha de produção em que era um agente fundamental para a produção da mercadoria – fosse ela palpável ou ficta.

Uma vez enclausurado em seu lar, o obreiro perde toda a estrutura que era montada tendo por núcleo central seu conforto no trabalho (nem sempre por vontade

do trabalhador, mas, pelo menos, pelas exigências da legislação sobre saúde e segurança do trabalho) e, neste novo patamar de produção, é iludido com a alucinação de que terá maior liberdade e flexibilidade em sua jornada que, em verdade, se arrasta por períodos muito maiores e segue desprovida de medidas em defesa de sua saúde.

E talvez a maior perda do trabalhador nesta nova conjuntura seja, de fato, o distanciamento da equipe antes concentrada na linha de produção. Deixam de existir atividades de lazer, esportivas, repousos ou simplesmente intercâmbio de experiências nos intervalos das jornadas e passa a se formar uma nova paisagem do trabalhador solitário, que não tendo com quem conversar nos vãos de sua residência acaba por suprimir – as vezes até de forma inconsciente – seus intervalos para repouso e recreação.

Para Colucci (2014):

Angústia, paixão, vazio existencial, pânico e outras manifestações psíquicas interagem no ambiente solitário (ainda que a atividade se desenvolva em grupo) do teletrabalho, que se torna exaustivo e improdutivo. A força contida nas ideias e sentimentos aprisionados no silêncio de uma atividade isolada, contínua e afluente (pelas urgências e automação) desfiguram a qualidade de vida do teletrabalhador. (COLUCCI, 2014, p. 133)

Por mais que o teletrabalho induza a ideia de menor adoecimento do trabalhador em seu aspecto físico, eis que ficará sempre seguro em seu confortável lar, emerge desta nova sistemática uma clara preocupação com as enfermidades psicológicas que neste século são intimamente ligadas ao vazio e à falta de incentivo, apoio e diálogo gerada pela solidão.

Diversos são os estudos – até mesmo análises empíricas – de que a depressão, como um dos maiores males da sociedade moderna, encontra ambiente fragilizado quando o indivíduo segue mergulhado sozinho em suas angústias existenciais. Angústias estas que são infladas pela cobrança de metas e necessidade de atingimento de índices por trabalhadores que, ainda que não tenham a cobrança física dos gestores de seu emprego, sofrem com uma pressão que assume caráter unilateral, eis que os canais virtuais da empresa se abrem para transmitir cobranças ao obreiro, mas geralmente se fecham diante de reivindicações destes.

É de grande valia observar mais uma vez o pensamento de Colucci (2014), à medida que a jurista curitibana destaca que:

No teletrabalho a virtualidade, superficialidade, transitoriedade e distanciamento entre os demais trabalhadores, que priorizam a comunicação por e-mails, whatsApp, telefones, facebook etc,

é notória, uma vez que a agilidade dos procedimentos impõe tais medidas. Também, as tomadas de decisão se processam (ou devem se processar) em segundos, sem que o interlocutor (trabalhador) tenha o tempo mínimo necessário para processar (raciocinar) o melhor caminho a ser tomado – o que lhe aumenta o esgotamento. (COLUCCI, 2014, p. 132)

O envolvimento do trabalhador em complexo sistema telemático acaba por forçá-lo a tentar acompanhar o ritmo frenético das máquinas. Sua exclusão do núcleo principal do processo produtivo com deslocamento para a posição de mero operador de conjuntos informatizados gera desapontamento. Ocorre crescente desprezo por sua individualidade que acaba por fomentar a rotulação da força do trabalhador como mercadoria precificada que é equiparada à tecnologia – que tende a baratear ao longo do tempo.

É evidente o caráter de precarização do trabalho do indivíduo que ocupa áreas cada vez mais periféricas e vulneráveis do sistema produtivo.

O novo mercado globalizado não permite postura rígida de enfrentamento bélico entre homem e máquina, porém é necessária uma leitura do art. 7º, XXVII, CF não apenas pelo ângulo de combate constante às práticas que impulsionem o desemprego pela expansão das máquinas, mas com o raciocínio de que a proteção contra a automação deve possuir viés protecionista especialmente no aspecto de saúde e qualidade de vida do trabalhador.

O Papa Leão XIII ainda no século XIX demonstrou preocupação com a vida, saúde e bem estar de trabalhadores diante de uma Revolução Industrial ainda tímida em relação ao tão elevado grau de informatização dos tempos atuais. Em sua Encíclica *Rerum Novarum* (1891) exortava os seres humanos em geral, empregados e patrões, a buscarem formas de trabalho que zelassem pelo bem-estar humano, com proteção do homem, da família, e a luta contra a desigualdade social, amparada em princípios da fraternidade, dignidade e caridade.

Talvez seja esse o ângulo mais adequado para o Direito do Trabalho perante a popularização do *home office*. Um resgate dos princípios básicos da ciência trabalhista, como a ressignificação do ser humano como o cerne do processo produtivo. Não como máquina, mas como organismo superior, dotado de individualidade e emoções capazes de atingir uma sensibilidade que os robôs e máquinas jamais terão.

Segala (2021) relembra que, partindo do prisma de que o Estado Democrático Brasileiro de Direito privilegia a construção de uma sociedade erguida sobre os valores sociais do trabalho, não se pode ignorar a ideia de melhoria constante e progressiva

dos direitos do trabalhador que não pode ser vítima de alterações precarizadoras, pois, segundo a autora:

Em vista da proibição do retrocesso social, que se traduz na garantia de que aos trabalhadores são assegurados “outros direitos” que visem a “melhoria da sua condição social”, qualquer previsão legislativa que venha a limitar a aplicação das garantias constitucionais ou com elas consideradas incompatíveis, deve ser interpretada com cautela extrema, pois não podem atingir o núcleo indisponível dos direitos fundamentais (SEGALA, 2021).

A defesa do trabalhador em tempos modernos não deve ser vista como um entrave aos avanços da tecnologia. O que se busca não é elidir o desenvolvimento, mas pugnar por um acompanhamento constante do Direito do Trabalho sobre as novas relações laborais justamente para gerar a conexão entre homem e máquina de forma menos traumática.

A tecnologia surge para servir ao homem e não para gerar redução de sua saúde e conseqüente dignidade.

Em artigo recente, Moura (2020) destacou uma leitura transversal da nova era tecnológica permeada pelo clássico da literatura portuguesa *A cidade e as serras*, de autoria de Eça de Queiroz. O autor relembra a vida confortável de um personagem de classe abastada, radicado em Paris e que observa as maravilhas da vida moderna sob o enfoque da praticidade, mas que aos poucos começa a enxergar o quanto as relações de aspecto virtual se mostram superficiais, duras e propulsoras de desigualdade social. Ao final, a vida na cidade deixa transparecer o sombrio aspecto da angústia e do desalento.

Quando resolve voltar para a terra original de seus pais, na pequena cidade portuguesa de Tormes, o personagem principal – Jacinto – passa a conhecer uma realidade de maior equilíbrio físico e emocional impulsionada pela ressignificação das relações humanas.

Moura (2020) traça então, em sua função de intertextualidade, um raciocínio que privilegia a defesa da tecnologia como instrumento que viabilizará o retorno do ser humano para seu lar, quando afirma que:

O “teletrabalho” trará mudanças estruturantes nas relações laborais, nos preços de imóveis, na arquitetura das moradias e escritórios, na rotina das famílias, nas telecomunicações, nos agentes políticos, nas políticas públicas, no aprendizado, na medicina e na dinâmica populacional. Pessoas farão como Jacinto da obra de Eça de Queiroz. Sairão de Paris e irão para Tormes.

Quem sabe descobrirão o mesmo caminho do personagem lusitano: que a felicidade pós-corona pode ser encontrada bem distante da civilização. Bastará um bom acesso à internet e o mundo estará sempre aberto. Entraremos na era do “teletrabalho”, que eventualmente poderá ser conhecida como os “tempos de tecnologia e das serras”. (MOURA, 2020, p. 9)

Esta talvez seja a visão que se espera do Direito do Trabalho perante o *home office*. Não uma postura bélica e revanchista que contrapõe homem e tecnologia, mas um desenvolvimento consciente que possa afugentar o trabalhador de suas angústias e dos tempos cinzentos que permeiam a era da pandemia.

É preciso que o trabalhador sinta seu retorno para o lar como instrumento garantidor do bem estar sem perder o protagonismo no eixo produtivo. Uma relação harmônica entre homem e máquina com preservação dos sentimentos humanos que são formados com base na inteligência natural e que também precisam de manutenção periódica para evitar panes nos circuitos.

Referências

BELMONTE, Alexandre S. A. Problemas jurídicos do teletrabalho no Brasil. **Anuario de la Facultad de Derecho**. Universidad de La Rioja, v. XXVI, p. 295-311, 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 30 jun. 2021.

CAVALCANTE, Jouberto Q. P.; JORGE NETO, Francisco F. A tecnológica, o teletrabalho e a reforma trabalhista. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 8, n. 75, p. 112-124, fev. 2019.

COLUCCI, Maria da Glória L. S. Sociedade tecnocêntrica: reflexos na qualidade de vida da pessoa no teletrabalho. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 3, n. 33, p. 123-141, set. 2014.

MARTINEZ, Luciano; MALTEZ, Mariana. O Direito Fundamental à proteção em face da automação. **Revista Nova Hiléia**, v. 2, n. 2, jan./jun. 2017.

MOURA, Maurício. Tecnologia e as serras: Teletrabalho na pós pandemia. **Revista Piauí**. Edição de 07 maio 2020.

OIT. Convenio C177, de 20 de junio de 1996. **Convenio sobre el trabajo a domicilio**. Ginebra, 20 jun. 1996. Tradução livre. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILI_CODE:C177. Acesso em: 13 jul. 2021.

PINTO, Almir P. XXVII – Proteção em face da automação, na forma da lei. *In*: **Comentários à Constituição de 1988 em matéria de direitos sociais trabalhistas**. LTr, 2019.

RIBEIRO, Luciana da S.; SILVA, Paulo R. Impactos da Indústria 4.0 nas organizações, na perspectiva do Brasil e Portugal. Conferência Virtual. A Transformação Digital e Tecnologias em Tempo de Pandemia. **Revista da UIIP Santarém**. Edição Temática: Ciências Exatas e Engenharias, v. 8, n. 4, p. 151-160, 2020.

SEGALA, Luana S. **Do direito à proteção em face da automação**. Disponível em: https://www.academia.edu/29562231/DO_DIREITO_A_PROTEÇÃO_EM_FACE_DA_AUTOMAÇÃO. Acesso em: 15 jun. 2021.

STÜRMER, Gilberto. FINCATO, Denise. **Teletrabalho e COVID 19**. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2020/06/2020_6_22-direito-covid-19-ppgd-artigos_e_ensaios-teletrabalho_e_covid-19.pdf. Acesso em: 09 jun. 2021.

WYŻYKOWSKI, Adriana B. V.; MEIRA, Cainan A. O conflito da automação e o Direito ao Trabalho: critérios de solução à luz de uma análise econômica do Direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia**, v. 42, n. 1, 2020.

O CONTRATO DE EMPREGO EM SEUS PLANOS DA EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA: ANÁLISE ESSENCIAL DE ALGUNS DE SEUS PROBLEMAS ATUAIS

THE EMPLOYMENT AGREEMENT ON ITS PLANES OF EXISTENCE, VALIDITY AND EFFECTIVENESS: ESSENTIAL ANALYSIS OF SOME CURRENT ISSUES

Dartagnan Ferrer dos Santos¹

RESUMO: O Direito do Trabalho hoje se reaproxima do Direito Civil, o que inclusive fortalece o aspecto contratual da relação de emprego. A Lei nº 13.467/17 ilustra essa tendência. A dogmática *jus* laboral e a civilista seguem essa tendência de reencontro, seja na jurisprudência das cortes trabalhistas, seja em estudos doutrinários com fundamento nos dois campos jurídicos. Nesse cenário, este artigo perfaz uma análise dedutiva bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial de alguns problemas recorrentes do contrato de emprego brasileiro atual sob a ótica de fundamentos lapidares do Direito Civil. Busca-se esclarecer o quanto as questões examinadas remetem à tradicional classificação do fato jurídico em seus “planos da existência, validade e eficácia”, conforme sistematização consagrada na obra de Pontes de Miranda. Procedese uma sucinta rememoração daquela clássica *triconomia pontiana* e, a seguir, são examinadas algumas questões inerentes às relações de emprego que dizem respeito a tal doutrina. Do estudo procedido, conclui-se, inclusive, que as lições pontianas continuam essenciais para a melhor resolução de problemas a respeito da nulidade do contrato de emprego.

ABSTRACT: Labor law is now reconnecting with civil law, which even strengthens the contractual aspect of the employment relationship. Brazilian Law 13.467/17 illustrates this trend. The legal and civil law dogmatics follow this trend

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Processo e Direito Laboral no Centro de Estudos do Trabalho. Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogado. Professor no Complexo de Ensino Superior de Cachoeirinha. Endereço eletrônico: dartagnansantos@cesuca.edu.br.

and meeting each other again, in the jurisprudence of the labor courts and in doctrinal studies based on both legal fields. In this scenario, this article makes a deductive bibliographical, doctrinal and jurisprudential analysis of some recurring problems of the current Brazilian employment contract from the perspective of the lapidary foundations of civil law. It is intended to clarify how much the questions examined refer to the traditional classification of the legal fact in its “planes of existence, validity and effectiveness”, according to the systematization enshrined in Pontes de Miranda’s work. A brief recollection of that classic “Pontian trichotomy” is carried out and, then, some issues inherent to employment relations that relate to such doctrine are examined. From the study carried out, it is even concluded that the Pontian lessons remain essential for the better resolution of problems regarding the nullity of the employment contract.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato de trabalho. Nulidade. Existência. Validade. Eficácia.

KEYWORDS: Employment contract. Nullity. Existence. Validity. Effectiveness.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Esboço da teoria do fato jurídico conforme Pontes de Miranda: 1.1. O fato jurídico; 1.2. Visão panorâmica dos três planos do fato jurídico. 2. A *práxis jus* laboral e a “tricotomia pontiana”: 2.1. O “diálogo das fontes” aproximando o Direito Civil do Direito do Trabalho; 2.2. O contrato de emprego como espécie de “negócio jurídico”; 2.3. Os três planos de Pontes de Miranda na dogmática do direito laboral; 2.3.1. O “plano da existência” no Direito do Trabalho; 2.3.2. Aspectos do “plano da validade” no Direito do Trabalho; 2.3.3. O contrato de emprego e seu “plano da eficácia”. Conclusão. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. Outline of the theory of legal fact according to Miranda Bridges: 1.1. The legal fact; 1.2. Panoramic view of the three plans of the legal fact. 2. Labor praxis and “pontian trichotomy”: 2.1. The “dialogue of the sources” bringing civil law closer to labor law; 2.2. The employment contract as a kind of “legal business”; 2.3. Pontes de Miranda’s three plans in the dogmatics of labor law; 2.3.1. The “plan of existence” in labour law; 2.3.2. Aspects of the “validity plan” in Labor Law; 2.3.3. The employment contract and its “effectiveness plan”. Conclusion. References.

Introdução

Uma das atuais tendências que se observa no Direito do Trabalho é sua reaproximação ao Direito Civil, inclusive pelo fortalecimento do aspecto contratual da relação de emprego acompanhado da tendência contrária no que diz respeito à sua índole estatutária. Isso se observa no texto da Lei nº 13.467/17, por exemplo. Por outro lado,

a aproximação entre a dogmática *jus* laboral e a civilista é outra realidade presente, seja através da maior preponderância, da apropriação e da adaptação de conceitos tradicionalmente civis pela jurisprudência das cortes trabalhistas – o que se observa em decisões que invocam a boa-fé objetiva, por exemplo –, seja através de estudos doutrinários que aproximam os dois mencionados campos jurídicos.

Assim, o artigo perfaz uma análise dedutiva bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial de alguns problemas recorrentes do contrato de emprego brasileiro atual sob a ótica de fundamentos do Direito Civil, como o monumental *Tratado de Direito Privado* de Pontes de Miranda, em cujo prefácio se descreve os “fatos jurídicos” como uma categoria dos “fatos da vida” qualificados pela incidência das proposições jurídicas.

Há, portanto, um “suporte fático”, na forma de relações humanas e acontecimentos a elas referidos, enquanto o sistema jurídico contém regras jurídicas formulando conceitos jurídicos que incidem sobre aquela base na realidade; Esses fatos – da vida - juridicamente relevantes são apontados como “a noção fundamental do direito”, sendo que só por sua consequência existem relações jurídicas e sujeitos titulares de direitos subjetivos (PONTES DE MIRANDA, 2000a, p. 13-20). Passadas tantas décadas desde que vieram à tona as lições do jurista, pouco ou nada alterou-se a esse respeito.

Para estudar de modo lógico e científico o assunto, Pontes partirá do princípio de que, antes de mais nada, o fato jurídico “é” ou “não é”, o que perfaz a questão essencial do - doravante chamado - “plano da existência”; a partir daí, existindo o fato, será analisada sua “validade”, onde se examinará suas nulidades, anulabilidades, resolubilidades, etc.; então, chegar-se-á ao próximo e último degrau de sua condição: suas possibilidade de “eficácia”, “que supõe existência e, de ordinário, pelo menos, não ser nulo o ato jurídico” (PONTES DE MIRANDA, 2000a, p. 25). Também aqui não há muito o que se reparar na teoria consagrada, salvo a respeito de sua complexidade notável, a qual pode revelar-se espinhosa e pouco prática em determinadas situações.

Assim, parte-se a seguir a uma análise, tanto da teoria em exame, quanto de situações práticas *jus* laborais em que aquela dogmática necessariamente recai ainda com espantosa precisão, revelando-se as lições pontianas ainda indispensáveis e insuperáveis para resolução de problemas jurídicos em pleno século XXI.

1. Esboço da teoria do fato jurídico conforme Pontes de Miranda

1.1 O fato jurídico

Os fatos juridicamente relevantes perfazem um conceito genérico que contém diferentes espécies. A primeira delas é o “fato jurídico *stricto sensu*”, que vem a ser

um acontecimento – propriamente dito – com impacto no mundo do dever-ser jurídico. Dentre outros, esse é o caso do nascimento, da morte, da inundação por força da natureza, etc. (PONTES DE MIRANDA, 2000b, p. 501) Depois, tem-se “atos-fatos”, categoria de fatos jurídicos que perfazem na realidade um resultado material com efeitos que emergem da lei, independentemente de “regras referentes à capacidade, à vontade, etc.” (COUTO E SILVA, 2007, p. 75) bastando a “conduta humana lícita [para que] o ordenamento jurídico [a ela atribua] efeitos” (LORENZETTI, 2010, p. 26)². Estão inclusos nessa classe os “atos reais, a responsabilidade sem culpa, seja contratual seja extracontratual [e a] pertinencialidade [, pois] os peixes, pássaros e animais bravios, que povoam o terreno” são de seu proprietário, ainda que sequer saiba de sua existência (PONTES DE MIRANDA, 2000b, p. 155-161)³.

Por sua vez, os “atos jurídicos *stricto sensu*” já envolvem elementos como vontade, inteligência e sentimento, embora – diferente dos negócios jurídicos – essa se faça “sem escolha de categoria jurídica, donde certa relação de antecedente a consequente, em vez de relação de escolha e escolhido” (PONTES DE MIRANDA, 2000b, p. 501-502). Por isso, Clóvis do Couto e Silva (2007, p. 75) sustenta a necessária a capacidade do agente para o “movimento volitivo” para a validade desses atos.⁴ Entre tais atos estão o perdão, enquanto “exteriorização de sentimento” e “a notificação da cessão de crédito [ou aquela] de ter alienado a coisa locada” (PONTES DE MIRANDA, 2000b, p. 507). Existe ainda o “ato jurídico coletivo”, pelo qual diferentes pessoas manifestam sua vontade em uma só direção – diferentemente do contrato –, instituindo uma fundação, por exemplo (PONTES DE MIRANDA, 2000c, p. 203).

Há “negócio jurídico” quando a autonomia da vontade das pessoas constitui o fato jurídico. Nesse caso, a lei incide sobre a manifestação ou declaração pessoal, criando o negócio jurídico (COUTO E SILVA, 2007, p. 72-73). No caso, a manifestação de vontade é o suporte fático da regra que lhe dá eficácia jurídica. A intenção de estipular a negociação é o elemento relevante (PONTES DE MIRANDA, 2000a, p. 141-154). Como afirma Ari Pedro Lorenzetti (2010, p. 26-41), “enquanto nos atos

² “A criação dessa subcategoria de atos jurídicos resultou da necessidade de explicar os efeitos decorrentes de certos atos, ainda quando praticados por pessoas absolutamente incapazes, como a transmissão de posse, a pintura de um quadro ou o descobrimento de um tesouro.” (LORENZETTI, 2010, p. 26)

³ É possível observar semelhanças entre o “ato-fato” e a relação de emprego como pensada por teorias “anticontratualistas”, uma vez que para estas o mero ingresso do trabalhador na empresa com seu trabalho subordinado seria realidade bastante para implicar nos efeitos jurídicos das normas trabalhistas, independente da vontade das partes (BARASSI, 1953, p. 310-11).

⁴ Por outro lado, “no ato-fato não há vontade, não se pode cogitar de validade ou de invalidade em razão de vício” (COUTO E SILVA, 2007, p. 75).

jurídicos não negociais a eficácia dimana exclusivamente da lei (*ex lege*), e eficácia dos negócios jurídicos depende das disposições das partes (*ex voluntate*)”.

Os atos e fatos ilícitos recebem incidência de regras de Direito. Portanto, são jurídicos, não obstante as polêmicas quanto à possibilidade de assim se admitir atos que são contrários à ordem jurídica que os qualifica (PONTES DE MIRANDA, 2000b, p. 233). E especificamente sobre o negócio jurídico, esclarece Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p. 20), que sua licitude ou ilicitude é qualificação “sempre extrínseca [, de modo que podem existir] negócios jurídicos que *também* são ilícitos, delitos, crimes”.

1.2 Visão panorâmica dos três planos do fato jurídico

Embora onipresente em todos os ramos do direito, o “fato jurídico” sempre foi estudado por civilistas, o que é compreensível considerando-se as origens pandectísticas da teoria e sua inserção na *parte geral* do Direito Civil e de alguns de seus códigos. Isso não exime, porém, o dever de doutrinadores de outras searas jurídicas de examinarem o tema, construindo-se para ele uma sistematização suficiente (MELLO, 1988, p. 14-15).

Para tal, cabe lembrar os três planos do fato jurídico conforme pensou Pontes de Miranda,⁵ iniciando-se a análise pelo “plano da existência”. Esse é referido aos atos reais do mundo nos quais incidem normas jurídicas. No mais das vezes, dizem respeito a manifestações de vontade de sujeitos de direito visando à produção de efeitos jurídicos (SCHMIDT, 2014). O plano da existência distingue-se daquele da validade. *Verbis*:

É de inexistência que se trata, sempre que: a) o ato jurídico exigia declaração de vontade expressa, e essa não se deu; b) o ato jurídico exigia declaração de vontade, e essa não se deu; c) o ato jurídico exigia declaração de vontade ou manifestação de vontade (=ato volitivo declarativo), e não se deu aquela, nem essa; d) o fato jurídico exigia qualquer ato humano, e não ocorreu; e) bastaria o ato-fato, e não se deu; d) se ao fato jurídico faltou suporte fático. As regras jurídicas, ao discriminarem o jurídico e o não-jurídico, aludem a certos elementos de alguns suportes fáticos, para dizerem que, faltando um desses elementos, há nulidade, ou anulabilidade: implicitamente assertam que

⁵ Sobre a originalidade de tais ideias de Pontes de Miranda, após cuidadoso estudo, Jan Peter Schmidt conclui que o jurista brasileiro deu um inegável “passo além” a respeito desse tão complexo tópico jurídico (SCHMIDT, 2014), o que vem a se somar a tantas outras admiráveis realizações do jurista brasileiro.

há suporte fático, posto que *deficiente*. A questão da existência ou da inexistência está, portanto, ligada à da insuficiência, e não da deficiência do suporte fático. (PONTES DE MIRANDA, 2000a, p. 153)⁶

Existente o fato jurídico, é possível que esse desapareça ou perca a juridicidade por deficiência de seu pressuposto fático, seja por ausência de elemento complementar ou de pressuposto de validade. A consequência é então sua nulidade ou, no mínimo, anulabilidade através de uma decisão de natureza constitutiva negativa que o afasta do âmbito jurídico (PONTES DE MIRANDA, 2000a, p. 166). Sobre esse “plano da validade”, dispõe o Código Civil Brasileiro (2002): “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.” Ausentes esses pressupostos, não há efeitos jurídicos (SCHMIDT, 2014). Esse degrau da “escada pontiana”, o “plano da validade”, diz respeito aos requisitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Não importa o quanto a conduta contrária à regra jurídica desconheça tal contrariedade, pois a regra jurídica “incide, com ou sem esse conhecimento” (PONTES DE MIRANDA, 2000a, p. 57).

O “plano da eficácia” se refere à “irradiação do fato jurídico” pela incidência da regra de direito sobre o suporte fático. “Todo fato jurídico tem a sua eficácia, ou a teve, ou a vai ter”, o que pode se dar até mesmo como “efeito anexo” (PONTES DE MIRANDA, 2000e, p. 33-34). Pontes de Miranda (2000e, p. 127) aduz que “os termos e as condições referem-se à eficácia; uns e outros determinam quando há de começar ou quando há de acabar algum efeito” do negócio jurídico. Luciano Martinez (2013, p. 162-164) menciona entre tais “termos” o final do contrato de experiência, aprazado em momento futuro e certo. Já a “‘condição’ é evento também futuro, porém incerto, como o último dia a vigorar o ‘contrato por safra’”, conforme artigo 14 da Lei nº 5889/73.

Além disso, é possível diferenciar o feixe de efeitos visados pelos agentes – as obrigações recíprocas oriundas de um contrato, por exemplo – daqueles outros que “não dependem da sua vontade, [como] um eventual dever de indenizar a outra parte por perdas e danos” (SCHMIDT, 2014). A eficácia permite a solução de graves problemas jurídicos, como ensina Ari Pedro Lorenzetti (2010, p. 48-49):

Com o desenvolvimento da teoria da ineficácia, pôde a doutrina, enfim, separar a eficácia dos planos da existência e,

⁶ Ainda sobre a diferença entre a existência e a validade, a primeira vem a ser a “*suficiência*” que torna possível a presença do fato no mundo do dever-ser jurídico; em um passo além, a sua “*não deficiência*” confere validade a esse fato existente (PONTES DE MIRANDA, 2000d, p. 35-36).

especialmente, da validade dos negócios jurídicos, abrindo espaço para um tratamento mais adequado dos atos aos quais o Direito reconhece certos efeitos, mas não pode emprestar amplo respaldo. Antes disso, quando se negavam certos efeitos a algum ato jurídico, angustiava-se a doutrina quanto ao seu melhor enquadramento, se na classe dos atos nulos ou dos anuláveis, sem, obviamente, alcançar os resultados desejados.

Mais do que potência, a eficácia é ação (NOVELLI, 1960, p. 15 *apud* LORENZETTI, 2010, p. 49). Quando o ato jurídico inexistente, ele é ineficaz, pois o *não ser* não pode levar a consequências. Mas quando o ato é ineficaz por sua invalidade (embora existente), o que acontece é uma “*recusa* de eficácia, como repúdio à ilicitude a que o sistema impõe a invalidade como sanção” (LORENZETTI, 2010, p. 16)⁷. Portanto, a ineficácia não se confunde com a invalidade, pois “o negócio jurídico pode ser válido e ineficaz”, ou o vice-versa (PONTES DE MIRANDA, 2000a, p. 167).

Desse modo, “existindo o ato jurídico, pode ser válido ou não-válido (nulo ou anulável) e eficaz ou ineficaz. Se o negócio jurídico não existe, não há pensar-se em conceito de validade ou de eficácia” (PONTES DE MIRANDA, 2000e, p. 101). A seguir, observar-se-á como ocorrem alguns desses fenômenos na pragmática do direito laboral.

2. A *práxis jus* laboral e a “tricotomia pontiana”

2.1 O “diálogo das fontes” aproximando o Direito Civil do Direito do Trabalho

Não é tarefa fácil “reconstruir a coerência do sistema de direito ou de uma ordem jurídica nacional em tempos pós-modernos” (MARQUES, 2012, p. 19). Hoje, os preceitos clássicos quanto à anterioridade, especialidade e hierarquia das leis não são mais suficientes para solução das antinomias e lacunas jurídicas cada vez mais complexas. Ciente dessa realidade e em busca de soluções, Erik Jamie chama “diálogo das fontes” (*le dialogue des sources*) o uso simultâneo de normas jurídicas de diversos ramos jurídicos, “escutando-as” e harmonizando-as para resolver problemas antinômicos ou colmatar lacunas jurídicas (MIRAGEM, 2012, p. 72-75). Assim, como parte do “diálogo indispensável” entre os dois ramos do direito (TEPEDINO, 2013, p. 18), usa-se a seguir a teoria pontiana-civilista para exame de situações fáticas típicas do Direito do Trabalho.

⁷ “Não obstante, o chamado “casamento putativo” é uma situação tão peculiar que poderia demandar uma teoria própria.” (LORENZETTI, 2010, p. 50).

2.2 O contrato de emprego como espécie de “negócio jurídico”

O artigo 442 da CLT (1943) reputa “contratual” a relação de emprego, embora inserida entre “aqueles contratos em que a autonomia privada é protegida quando constatada a vulnerabilidade de um dos seus sujeitos frente ao poder inerente ao outro” (CAMINO, 2012, p. 80). Assim é pelo fato inegável de que a “declaração de vontade” do empregado ocorre sob “pressão sutil e difusa, mas muito eficiente, conhecida como *coação econômica* [, de modo que,] parafraseando Ortega y Gasset, pode-se dizer que o trabalhador é ele suas circunstâncias” (LORENZETTI, 2010, p. 18).

Por isso, não obstante a natureza contratual da relação empregatícia, no âmbito do “núcleo duro” do negócio jurídico, a lei dita as consequências e direitos dele emergentes (CAMINO, 2012, p. 82). Mais do que declaração ou manifestação de vontade bilateral, é determinante para a existência do contrato de emprego a presença dos elementos fático-jurídicos do vínculo empregatício que se infere dos artigos segundo e terceiro da Consolidação das Leis do Trabalho (MARTINEZ, 2013, p. 144). Assim, a pessoalidade, a onerosidade, a alteridade, a duração contínua e a subordinação perfazem os “elementos específicos” do contrato de emprego (LORENZETTI, 2010, p. 40-41).

Historicamente, as normas *jus* laborais são irrenunciáveis, o que ainda perfaz um dos princípios basilares do ramo jurídico (PLÁ RODRIGUEZ, 1978, p. 66-86). Porém a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, constituiu uma impactante *reforma trabalhista* em que a irrenunciabilidade típica das normas laborais trabalhistas ficou sensivelmente enfraquecida. É exemplo disso o parágrafo único acrescido ao artigo 444 da CLT (1943), configurando um trabalhador com menor proteção *jus* laboral, admitindo-se a negociação e conseqüente renúncia de certos direitos por presumida hipersuficiência do “empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”.

2.3 Os três planos de Pontes de Miranda na dogmática do direito laboral

Sobre as nulidades contratuais, existe na CLT quase que apenas uma *norma-princípio* tratando do tema, o artigo 9º, que declara “nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos [nela] contidos”. Essa disposição normativa atua justamente em favor do direito laboral visando “assegurar sua própria integridade e prevalência de suas normas”

(LORENZETTI, 2010, p. 14). A seguir se pretende esclarecê-lo conforme lições pontianas.

2.3.1 O “plano da existência” no Direito do Trabalho

Leciona Carmen Camino (2012, p. 85) que “o direito não admite relação obrigacional entre co-autores de ilicitudes”. Por isso, a prestação de serviços ilícitos inseridos dentro de um empreendimento de igual caráter – como no caso de contrabando ou tráfico ilícito de entorpecentes organizados entre líderes e comandados –, “estamos diante de contrato inexistente, sem repercussão no Direito do Trabalho, porque ao abrigo de outras esferas do Direito, [como] co-autoria de ilícito penal”. Portanto, “serviços criminosos” não existem para o Direito do Trabalho. Nem mesmo na contratação formal de supostos “empregados”, os quais eram, na verdade, partícipes de tráfico de entorpecentes em busca de garantias legais aos “contratados”, cujas carteiras de trabalho eram assinadas visando eventuais benefícios previdenciários (ROSA, 2017).

Também não há relação de emprego declarada na Justiça do Trabalho quando se cria simulacro de empregado e empregador para causar prejuízos a terceiro com a transferência do patrimônio empresarial para o aparente reclamante. Nesse caso, há somente responsabilidade civil solidária entre eles por indenização à vítima do dano que causarem (CAMINO, 2012, p. 86). Tal simulação não constrói um vínculo empregatício que em verdade não existiu.

Por outro lado, também se deve analisar a *vontade* – ou o *consenso* – como elemento naqueles “negócios jurídicos que dependem da intervenção de mais de um sujeito”. Assim é no contrato de emprego, no qual existe “vontade, sem o que o sujeito que pratica o ato seria mero instrumento passivo, e não agente”. É o que ocorre ainda que em precárias situações, como de trabalho em condições análogas à de escravidão ou na prestação de serviços sob ameaça. A coação física, enquanto *vis absoluta*, sem qualquer vontade declarada, acaba por eliminar a declaração de vontade e a existência do negócio jurídico (CAMINO, 2012, p. 34)⁸. Não se deve esquecer, porém, a mencionada “coação econômica” a que está submetido o empregado, razão pela qual o direito laboral levará mais em conta a realidade volitiva do que suas formalidades (LORENZETTI, 2010, p. 43).

⁸ “A presença do elemento volitivo não resulta da análise do querer íntimo, mas dos atos do sujeito que denunciam sua existência. É por isso que Junqueira de Azevedo sustenta que o que confere existência ao negócio jurídico não é propriamente a vontade (processo volitivo interno), mas sua declaração. (CAMINO, 2012, p. 35)

2.3.2 Aspectos do “plano da validade” no Direito do Trabalho

Como já exposto acima, o plano da validade tem a ver com o art. 104 do Código Civil. Em tópico intitulado justamente “a tricotomia existência-validade-eficácia”, Luciano Martinez aplica as lições de Pontes de Miranda à prática do Direito do Trabalho, iniciando por tratar da “capacidade do agente” para o contrato de emprego ao mencionar o art. 7º, XXXIII da Constituição da República, o qual determina a “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos” (MARTINEZ, 2013, p. 155-162), o que configura o que Orlando Gomes (2016, p. 127) chama “capacidade profissional”, o que permite o ingresso em relação de trabalho e o exercício de direitos laborais antes de o indivíduo alcançar a maioridade.

Diz-se que a hipótese constitucional trata de trabalho cujo objeto é *proibido*, quando, não obstante lícita a prestação em si, é ela proibida àquele agente específico, de modo a “comprometer os efeitos plenos do contrato” (OLIVEIRA; DORNELES, 2016, p. 126), não obstante – em nome da “teoria da irretroatividade da nulidade” – sejam devidos ao empregado “todos os encargos trabalhistas”, pois se atribuem efeitos *ex nunc* à sentença declaratória de invalidade (OLIVEIRA; DORNELES, 2016, p. 121)⁹.

Havendo ilicitude intrínseca à prestação de serviços, a jurisprudência da mesma corte é no sentido de que o contrato é nulo, sem quaisquer efeitos, como no caso do “apontador do jogo do bicho”¹⁰. Igual resultado cabe ao *emprego* em casa de bingo cuja função se relacione diretamente com as apostas. Nesse caso, a atividade laboral faz parte da contravenção penal, *jogo de azar*, conforme artigo 50 do Decreto-Lei nº 3.688/44.¹¹

É possível diferenciar a relação entre a prostituta e a casa que explora sua atividade de modo contraposto à possibilidade de “reconhecimento de vínculo empregatício

⁹ Por outro lado, de acordo com a “teoria da irretituibilidade das prestações, uma vez reconhecida a nulidade, seus efeitos retroagem desde a constituição do negócio jurídico (*ex tunc*), e a indenização corresponderá ao valor estrito da prestação laboral [, como no caso da] Súmula 363” do TST, da qual se tratará adiante (OLIVEIRA; DORNELES, 2016, p. 121).

¹⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **OJ-SDI-1 199**. JOGO DO BICHO. CONTRATO DE TRABALHO. NULIDADE. OBJETO ILÍCITO (título alterado e inserido dispositivo) - DEJT divulgado em 16, 17 e 18.11.2010. É nulo o contrato de trabalho celebrado para o desempenho de atividade inerente à prática do jogo do bicho, ante a ilicitude de seu objeto, o que subtrai o requisito de validade para a formação do ato jurídico.

¹¹ VÍNCULO empregatício não é reconhecido em atividade considerada ilícita. **Conjur.** [Com informações da Assessoria de Imprensa do TRT-3. Proc. Nº 0000053-37.2014.5.03.0145 RO.] 7 abr. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-07/vinculo-empregaticio-nao-reconhecido-atividade-ilicita>. Acesso em: 1º ago. 2019.

da dançarina” em local de igual natureza. Para isso, é inclusive irrelevante “ter a reclamante também exercido a prostituição, atividade esta que de forma alguma se confunde com aquela”¹². Em situação semelhante – além de muito lamentável e dramática – cabe mencionar o pleito não só de vínculo de emprego como também de indenização em razão de acidente de trabalho, por ter ela ficado “tetraplégica após cair de uma altura considerável durante a jornada de trabalho, devido ao seu estado de embriaguez” em razão de ser obrigada a consumir “bebidas alcoólicas junto aos clientes”¹³.

Ainda sobre a validade, a “forma prescrita ou não defesa em lei” (CC art. 166, IV e V) em contratos de emprego que exigem forma especial. Esse é o caso do contrato de experiência, previsto no art. 443, parágrafo segundo, “c” da CLT; ou o art. 428 do mesmo diploma legal, o qual determina os requisitos para o “contrato de aprendizagem”. Também sobre a validade, as exigências para o serviço público elencadas no artigo 37, II da Constituição da República, pois o contrato será nulo quando a administração direta e indireta estatal desatender à exigência constitucional de concurso. Inclusive, a corte máxima trabalhista admite por exceção a retroatividade de tal nulidade, “ressalvado [apenas o pagamento de] salário mínimo e os depósitos do FGTS” (CAMINO, 2012,

¹² “DANÇARINA DE CASA DE PROSTITUIÇÃO – POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. Restando aprovado que a autora laborava no estabelecimento patronal como dançarina, sendo revelados os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, em tal função, não se tem possível afastar os efeitos jurídicos de tal contratação empregatícia, conforme pretende o reclamado, em decorrência de ter a reclamante também exercido a prostituição, atividade esta que de forma alguma se confunde com aquela, e, pelo que restou provado, era exercida em momentos distintos. Entendimento diverso implicaria favorecimento ao enriquecimento ilícito do reclamado, além de afronta ao princípio consubstanciado no aforismo *utile per inutile vitiari non debet*. Importa ressaltar a observação ministerial de que a exploração de prostituição, pelo reclamado, agrava-se pelo fato de que ‘restou comprovado o desrespeito a direitos individuais indisponíveis assegurados constitucionalmente – (contratação de dançarinas menores de 18 anos), o que atrai a atuação deste Ministério Público do Trabalho, através da Coordenadoria de Defesa dos Interesses Difusos, Coletivos e Individuais e Indisponíveis - CODIN’ – Procuradora Júnia Soares Nader. TRT 3ª Reg., 5ª T, RO 1125/00, Rel. Rosemary de Oliveira Pires, DJ/MG 18/11/2000.” In: CASSAR, Vólia Bomfim, *idem*, p. 554-5.

¹³ TRIBUNAL reconhece vínculo empregatício de profissional do sexo com casa noturna. **Jusbrasil**. Publicado por “Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região”. Disponível em: <https://mpt-prt15.jusbrasil.com.br/noticias/100595177/tribunal-reconhece-vinculo-empregaticio-de-profissional-do-sexo-com-casa-noturna>. Acesso em: 18 out. 2017. “A magistrada condenou [ainda] a ré ao pagamento de R\$ 100 mil de indenização pelo acidente, haja vista a responsabilidade do empregador no ocorrido. No presente caso, a reclamante contava com 25 anos de idade na época do acidente que lhe retirou de forma permanente todos os movimentos do corpo, a confinou a uma cama por 18 meses e lhe causou o óbito. Tem-se por configurado o dano moral com base nas regras da experiência. Toda doença gera sofrimento e angústia e peregrinação por ambulatórios, consultórios e hospitais, ainda mais no presente caso em que a reclamante ficou tetraplégica, totalmente dependente e sem amparo previdenciário, relatou a desembargadora.”

p. 93), conforme determina a Lei nº 8.036/90¹⁴ e a Súmula 363 do Tribunal Superior do Trabalho.¹⁵

Por fim, existe a proibição de qualquer trabalho ao menor de quatorze anos e de trabalho nocivo para menor de 18 anos. Porém, se tal acontece, há “nulidade do contrato, sem, contudo, impedir os efeitos da relação de emprego. Ou seja, o contrato existe (porque a relação de emprego, no caso, existe) e, embora nulo, tem seus efeitos preservados”. Como já se afirmou, inexistente contrato de emprego criminoso. Mas “sendo [apenas] proibido o objeto, embora intrinsecamente lícito, há relação de emprego apta a gerar efeitos, embora nulo o contrato de trabalho” (CAMINO, 2012, p. 86).

2.3.3 O contrato de emprego e seu “plano da eficácia”

Sobre os problemas que advêm da eficácia da relação de emprego eivada de nulidade, o princípio da primazia da realidade desempenha papel essencial para sua resolução, uma vez que a norma dispõe que, em caso de “discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos” (PLÁ RODRIGUEZ, 1978, p. 217). E com isso admite-se a irradiação de efeitos a partir de contratos inválidos. Destaca-se:

Se há prevalência do ato-fato trabalho subordinado e por conta alheia, capaz de gerar efeitos, é possível compreender a razão de ter o legislador consolidante, estabelecido [que] para os efeitos de proteção legal, relação de emprego (fato) e contrato de emprego (forma) são correspondentes, equivalentes. [...] Assim, ainda que nulo o contrato (aspecto formal), tendo havido a relação de emprego (fato), desta se projetam os mesmos efeitos do contrato válido. O princípio da primazia da realidade atua, diante da força jurígena dos fatos no direito do trabalho (CAMINO, 2012, p. 82-83).

¹⁴ BRASIL. Lei nº 8.036/90, art. 19-A: É devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2o, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário. Parágrafo único. O saldo existente em conta vinculada, oriundo de contrato declarado nulo até 28 de julho de 2001, nas condições do *caput*, que não tenha sido levantado até essa data, será liberado ao trabalhador a partir do mês de agosto de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm. Acesso em: 11 nov. 2017.

¹⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 363: CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Ao final do trecho, Carmen Camino transcreve ainda a lição de Pontes de Miranda, a qual segue abaixo, ainda acrescida de outras duas passagens, as quais dizem respeito a problemas já mencionados anteriormente: a ilicitude do negócio quando incólume o emprego em si realizado em seu âmbito e o trabalho proibido ao menor:

A ilicitude do trabalho somente faz nulo o contrato de trabalho se é do trabalho; e não da contraprestação da empresa. Não é nulo qualquer contrato de trabalho se feito à hospedaria, qualquer que seja, e ocorre que o hospedeiro explora lenocínio ou contrabando ou a prática de outros crimes, sem que o trabalho consista em atração da freguesia ou em ocultação ou cumplicidade. Dá-se o mesmo a respeito de casas de diversões. [...] Direito protetivo, o direito do trabalho tinha de atender à irretituibilidade da prestação do trabalhador, uma de cujas consequências é ter o empregador os deveres oriundos do contrato de trabalho, mesmo se há nulidade. Assim, se o menor de quatorze anos continuou no serviço, ou voltou a ele, depois de ter quatorze anos, conta-se-lhe o tempo de serviço anterior aos quatorze anos. Embora nulo o contrato individual de trabalho, se o trabalho foi prestado, tem de ser retribuído como se válido fosse (PONTES DE MIRANDA, 1984, p. 492).

Cabe também mencionar como na Alemanha doutrinadores e julgadores “passaram a admitir exceções quanto à ineficácia plena do negócio nulo [que levava a resultados indesejáveis às partes ou a terceiros], como no caso dos ‘contratos de fato’ (*faktische Vertragsverhältnisse*) em suas várias formas”, solução hoje de grande relevância para o Direito do Trabalho (SCHMIDT, 2014). Isso assemelha-se à hipótese da situação prevista na Súmula 386 do Tribunal Superior do Trabalho, cujo entendimento reconhece como “legítima” a relação de emprego formada entre policial militar e empregador privado, mesmo com obstáculos administrativo-estatutários.¹⁶

Do mesmo modo que o Direito Previdenciário não admite a devolução de prestações já deferidas ao segurado, as nulidades no Direito do Trabalho também estão sob a égide do princípio de sua irretroatividade. Assim, só a partir da declaração judicial - uma vez que nulidades não têm “efeito auto-operante” - de que certo contrato de emprego é nulo, este deixará de produzir efeitos, de modo *ex nunc* (CAMINO, 2012, p. 87-8). O caráter alimentar dos pagamentos que o empregado dependente e vulnerável recebe torna inadmissível a devolução do que se consumiu com a subsistência.

¹⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 386**: Preenchidos os requisitos do art. 3º da CLT, é legítimo o reconhecimento de relação de emprego entre policial militar e empresa privada, independentemente do eventual cabimento de penalidade disciplinar prevista no Estatuto do Policial Militar não pode o empregador *venire contra factum proprio*.

Conclusão

Nesse momento em que o Direito do Trabalho aproxima-se do direito civil, analisou-se como aquele ramo trata problemas que advêm da teoria do fato jurídico. Observou-se o uso deveras peculiar dessa teórica pela dogmática trabalhista, de modo a entender que contratos inválidos conservem eficácia frente ao empregado em nome de sua subsistência. O trabalho proibido ao menor, por exemplo, não impede o reconhecimento de vínculo de emprego, evitando-se mais prejuízos ao menor enquanto se premiaria seu contratante desatento à lei. Também em outras situações as proibições não afastam as justas decorrências da prestação de serviços em prol do trabalhador.

Porém, o trabalho contaminado por ilicitude – prestado no contrabando, por exemplo –, não é reconhecido pela ordem jurídica pátria. Em casos como esse, inexistente relação de emprego, subsistindo apenas o ilícito penal. Por sua vez, a ausência da formalidade essencial à contratação de servidores públicos (então irregulares) inquina sobremaneira os direitos a eles garantidos, não prevalecendo o princípio da primazia da realidade frente ao obstáculo constitucional ao serviço público irregular. Não obstante, o direito aos salários, e mesmo ao fundo de garantia, permanece.

Os exemplos elencados parecem suficientes para ilustrar a relevância da tricotomia pontiana no âmbito do direito laboral, teoria que permite ao ramo jurídico conferir eficácia ou mesmo validade a negócios jurídicos que, não fosse sua índole protecionista, seriam reputados inválidos, ineficazes ou mesmo inexistentes, hipótese que fica ao trabalho ilícito. Tendo em vista o momento de aproximação que faz o direito laboral em Direito ao Direito Civil, conclui-se que o fato jurídico pensado pela doutrina clássica civilista cada vez mais fundamentará entendimentos e decisões *ius* laborais.

Referências

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atualizada pelo novo Código Civil. São Paulo. Saraiva, 2002.

BARASSI, Lodovico. **Tratado de derecho del trabajo**. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1953.

CAMINO, Carmen. Relação de emprego e seus efeitos: a delicada questão da eficácia do contrato de emprego frente às nulidades. *In*: **Temas de direito e processo do trabalho Volume I**: Relação de emprego Estudos em homenagem a Paulo Orval Particheli Rodrigues. Org. OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro. Reimpressão de tese de livre docência de 1964 para a Faculdade de Direito da UFRGS. FGV, 2007.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LORENZETTI, Ari Pedro. **As nulidades no direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito. *In*: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática. *In*: MARQUES, Cláudia Lima. (Coordenadora). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do trabalho: individual e coletivo**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 1978.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. V. 1. Bookseller. Campinas, 2000a.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. V. 2. Bookseller. Campinas, 2000b.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. V. 3. Bookseller. Campinas, 2000c.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. V. 4. Bookseller. Campinas, 2000d.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. V. 5. Bookseller. Campinas, 2000e.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. V. 47. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

ROSA, Vitor. Faccão desarticulada em Cachoeira do Sul movimentava quase R\$ 2 milhões por ano. **Gaúcha ZH**. Porto Alegre. 6 jul. 2017. Disponível em: <http://gaucha.clicrbs.com.br/rs/noticia-aberta/faccao-desarticulada-em-cachoeira-do-sul-movimentava-quase-r-2-milhoes-por-ano-200473.html> Acesso em: 1º ago. 2019.

SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã: com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan./abr. 2014. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/SCHMIDT-VidaeobradePontesdeMirandaapartirdeumaperspectivaalema.pdf> Acesso em: 12 mai. 2017

TEPEDINO, Gustavo. Introdução - Direito civil e direito do trabalho: um diálogo indispensável. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *et alii*. **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.

TRIBUNAL reconhece vínculo empregatício de profissional do sexo com casa noturna. **Jusbrasil**. Publicado por “Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região”. Disponível em: <https://mpt-prt15.jusbrasil.com.br/noticias/100595177/tribunal-reconhece-vinculo-empregaticio-de-profissional-do-sexo-com-casa-noturna>. Acesso em: 18 out. 2017.

VÍNCULO empregatício não é reconhecido em atividade considerada ilícita. **Conjur**. [Com informações da Assessoria de Imprensa do TRT-3. Proc. Nº 0000053-37.2014.5.03.0145 RO.] 7 abr. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-07/vinculo-empregaticio-nao-reconhecido-atividade-ilicita> Acesso em: 1º ago. 2019.

RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS TRABAJADORES REUBICADOS EN OTRA ENTIDAD LABORAL ANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19

DISCIPLINARY REGIME FOR WORKERS RELOCATED TO ANOTHER LABOR ENTITY DURING THE COVID-19 PANDEMIC

Lic. Ernesto Carballosa Salermo¹

RESUMEN: La reubicación de los trabajadores, declarada por causas de interrupción de la relación laboral, se ha convertido en una fórmula utilizada por el empleador ante las actuales circunstancias generadas por la pandemia del Covid-19. Debido a la poca experiencia en el uso de esta institución y lo novedosa que resulta como medida ante la interrupción por causa ajenas al trabajador y sus posibles consecuencias en la relación jurídica laboral formalizada, nos muestra un nuevo escenario con retos para los operadores del derecho. El régimen disciplinario de estos trabajadores reubicados y la posibilidad de que incumplan con la disciplina del trabajo establecida nos enfrenta a situaciones novedosas.

PALABRAS CLAVE: Relación jurídica laboral, reubicación laboral, régimen disciplinario, medidas disciplinarias.

ABSTRACT: The relocation of workers, declared for reasons of interruption of the employment relationship, has become a formula used by the employer in the current circumstances. Due to the little experience in the use of this institution and how innovative it is as a measure in the face of interruption due to causes beyond the worker's control and its possible consequences in the formalized legal labor relationship, it shows us a new scenario with challenges for law operators. The

¹ Asesor Jurídico de la Sucursal Extrahotelera Palmares Granma. Profesor Instructor de la Universidad de Granma, Cuba. Email: ernestocarballosa88@gmail.com ORCID ID: 0000-0002-6435-6319

disciplinary regime of these relocated workers and the possibility that they fail to comply with the established work discipline confronts us with novel situations.

KEYWORDS: Labor legal relationship, job relocation, disciplinary regime, disciplinary measures.

SUMARIO: Notas introductorias de la formalización de la relación laboral. 1. Contratos de trabajo y trabajadores designados. 1.1 Contrato de trabajo por tiempo indeterminado. Causas de terminación. 1.2 Contrato de trabajo por tiempo determinado. Terminación 2. Reubicación laboral. 2.1 Formalización de una nueva relación laboral ante la reubicación en otra entidad. 3. Régimen disciplinario. 3.1 Disciplina laboral y aplicación de medidas disciplinarias a trabajadores reubicados en otra entidad.

SUMMARY: Introductory notes of the formalization of the employment relationship. 1. Employment contracts and designated workers. 1.1 Employment contract for an indefinite time. Causes of termination. 1.2 Fixed-time employment contract. Termination 2. Job relocation. 2.1 Formalization of a new employment relationship before relocation to another entity. 3. Disciplinary regime. 3.1 Labor discipline and application of disciplinary measures to workers relocated to another entity.

Notas introductorias

Nuestra principal fuente de ingresos es el trabajo, espacio donde podemos transitar, prácticamente, un cuarto de nuestra vida. Entre un trabajador y su empleador se establece un vínculo que genera derechos y obligaciones para ambas partes en tanto el primero se encuentra en la entidad laboral dentro de la jornada de trabajo, tiempo y espacio en el que estará sujeto a la jurisdicción y competencia del empleador. No obstante el trabajador conserva el nexo fuera del ámbito laboral de la entidad, que genera para él derechos, aunque no obligaciones, al no encontrarse dentro de la esfera de competencia del empleador.

Las relaciones entre el trabajador y su empleador son objeto de tutela jurídica, con independencia de la necesidad de regular la forma en que se inicia, se formaliza, modifica o termina la relación jurídica laboral, así como protege la continuidad de la producción y prestación de servicios o cumplimiento del objeto social en particular; y los derechos y deberes que adquieren ambas partes de la relación.

El fundamento del surgimiento, modificación y terminación del vínculo laboral con una entidad, debe radicar en el libre ejercicio de la voluntad, tanto del empleado

como del empleador; voluntad que no necesariamente ha de ser coincidente, aunque la terminación de la relación jurídica laboral puede obedecer a otros motivos, previstos por la legislación.

Es común encontrar en la doctrina el reconocimiento del contrato de trabajo como única vía para formalizar la relación jurídica laboral, por lo tanto le otorgan a ésta las características y elementos que pueden distinguir al contrato de trabajo, asimilando, de la misma manera, las causas de terminación del contrato de trabajo como causas para dar por terminada la relación jurídica laboral. Al formalizarse la relación laboral en virtud de un contrato de trabajo, su terminación define el cese del vínculo laboral.

Diversos criterios encontramos a la hora de ofrecer una definición de relación jurídica laboral, atendiendo a cuestiones de técnica jurídica y vinculados a problemas sociales; siendo las más frecuentes, en primer lugar, aquellas que consideran que toda relación laboral es, por fuerza, una relación jurídica; una segunda vertiente esgrime que la relación laboral o de trabajo y relación jurídica laboral son cuestiones diferentes.

Es común encontrar en la doctrina referencias a conceptos o definiciones de la relación jurídica laboral, diferenciada de la relación laboral o de trabajo por algunos autores, pero muy pocos la distinguen del vínculo laboral, es así que, en ocasiones, confunden ambos términos o los usan indistintamente dejando implícita la idea de que se trata de dos conceptos diferentes.

Se reconoce como jornada de trabajo al tiempo pactado previamente durante el cual el trabajador está a disponibilidad del empleador para prestar su trabajo, o el lapso de tiempo durante el cual el trabajador debe estar disponible, jurídicamente, para que el empleador utilice su fuerza de trabajo intelectual o material. Durante este tiempo de labor el empleado prestará sus servicios bajo subordinación a su empleador, y se obliga durante el mismo a sujetarse al régimen disciplinario existente y a las disposiciones u órdenes del empleador, teniendo derecho a recibir del empleador, los medios de producción, la garantía de las condiciones de seguridad y protección del trabajo, entre otros derechos.

Tales relaciones de subordinación se concretan en la continuidad de los servicios prestados en el lugar de trabajo, dentro de los límites del espacio de la entidad laboral de que se trate y dentro de su tiempo de trabajo. Sin entender solamente como espacio la superficie o terreno que ocupa, en toda su extensión, la entidad laboral, puesto que algunos cargos u ocupaciones tienen como característica su desempeño fuera de los límites físicos de la entidad, como es el caso de muchas profesiones o aquellos trabajadores que ocasionalmente se trasladan a otros lugares en el desempeño de sus deberes funcionales, entre otros ejemplos. Por ello debemos

entender la existencia de un espacio físico, o sea, la extensión de terreno que ocupa la entidad, y el ficticio, o lugar donde el trabajador desempeñe sus funciones fuera de la entidad.

En este espacio el trabajador o empleado está obligado a cumplir con sus deberes, ciñéndose a las instrucciones del empleador, quien a su vez, se obliga a crear las condiciones necesarias para que el empleado cumpla con su contenido de trabajo; esto es la relación jurídica laboral y el vínculo entre ambos. Fuera de ese espacio y ese tiempo de trabajo, el trabajador no está sujeto a esa relación de subordinación y, por tanto, no está obligado a cumplir con las órdenes o instrucciones de su empleador. Sin embargo, no deja de ser trabajador de esa entidad, conserva su vínculo con ella, estando el empleador obligado a garantizar los derechos del trabajador, fundamentalmente su derecho a la seguridad social; el trabajador mantiene un vínculo laboral con la entidad generador de derechos para él, pero no de obligaciones.

Contratos de trabajo y trabajadores designados.

Numerosos autores definen la relación individual de trabajo como la enunciada mediante un contrato de trabajo, y que consiste en el intercambio prolongado de una prestación de servicios y una remuneración. En esta relación confluyen varias fuentes reguladoras que constituyen la base para el ejercicio de diferentes derechos y deberes para las partes. Por otra parte, la mayoría de los Códigos de Trabajo de América Latina asumen como sinónimos la relación de trabajo y relación laboral y equiparan la relación de trabajo al concepto de contrato de trabajo. Limitando como única forma de iniciar la relación laboral al contrato de trabajo, otorgándole un carácter eminentemente contractual al concepto, y dejando fuera aquellas relaciones laborales que no se inician ni se formalizan mediante un contrato de trabajo.

Otros autores cubanos, recogiendo el criterio que ha asumido la cátedra de Derecho de la Universidad de La Habana, consideran que la relación jurídica laboral *“es el vínculo que se establece entre un trabajador y una entidad laboral, según el cual una parte, el trabajador, se obliga, al incorporarse al colectivo de trabajo, a realizar determinado tipo de trabajo subordinándose al orden laboral interno de la entidad, mientras que la otra parte, o sea, la entidad laboral, se obliga a retribuirle su trabajo en correspondencia con su cantidad y calidad, a crearle condiciones de trabajo para su salud y para lograr una alta productividad del trabajo, así como a interesarse por sus necesidades materiales y culturales”*²

² Viamontes Guilbeaux, Dra. C. Eulalia. Autora del texto básico de Derecho Laboral Cubano Teoría y Legislación, segunda edición, editorial Félix Varela, La Habana, 2007, página 83.

La profesora Eulalia Viamontes Guilbeaux, en un primer momento consideró a las relaciones jurídicas laborales como los vínculos que surgen entre los individuos dentro de un marco específico de la actividad laboral, específicamente dentro de la esfera de la producción y los servicios. Por lo que, concluía, son: “...*las relaciones que surgen y mantienen los hombres entre sí (...) en el ámbito laboral, o sea, de la actividad productiva o de la prestación de servicios*”³.

Posteriormente, en un intento de atemperar el concepto a las realidades históricas del Derecho Laboral Cubano, esta autora (incluyendo las tres formas de iniciar la relación jurídica laboral que reconoce, por designación, elección y por contrato de trabajo) considera que es “*aquella relación social que vincula jurídicamente dentro de la actividad de trabajo, ya sea de producción o de servicios, a un individuo que debe realizar una labor específica dentro de una estructura organizativa dada con arreglo a un orden interno impuesto por esta, con la administración de dicha estructura organizativa la que debe retribuirle por la labor realizada y respeta sus derechos laborales*”⁴.

Nuestro Código de Trabajo vigente, no ofrece una definición de relación jurídica laboral ni de vínculo laboral, ni podemos inferir que se encuentra implícita la distinción de este concepto, al definir en sus artículos 4 y 5 que “*regula las relaciones de trabajo que se establecen entre empleadores radicados en el territorio nacional y las personas nacionales o extranjeras con residencia permanente en el país, para el cumplimiento de los derechos y deberes recíprocos de las partes; así como que la formalización, modificación y terminación de la relación de trabajo, así como la disciplina de los trabajadores designados para ocupar cargos de dirección, funcionarios, contralores, auditores y otros; los elegidos para ocupar cargos profesionales, de los trabajadores de los Tribunales Populares, la Fiscalía General de la República, Aduana General de la República y otras que se establezcan legalmente, se rigen por la legislación específica dictada para ellos*”⁵. Queda claro que el legislador no reconoce como término el vínculo laboral, ni ofrece la relación causal entre este y la relación jurídica laboral.

El Código de Trabajo expresa en su artículo 20 que la relación de trabajo se formaliza con el contrato del que son partes el trabajador y el empleador; mediante el cual, la persona contratada se compromete a ejecutar con eficiencia una labor, a observar las normas de disciplina y las demás que se acuerden, asimismo quien le emplea se obliga a pagarle una remuneración y a garantizarle las condiciones y derechos de trabajo y seguridad social que establece la legislación. De igual manera

³ Vid: Idem, página 28.

⁴ Vid: Idem, página 84.

⁵ Ley No. 116 de 20 de diciembre de 2013, “Código de Trabajo”, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición Extraordinaria no. 29, de 17 de junio de 2014, pp. 454-455.

define la formalización de la relación laboral de los trabajadores designados a los que se les exigen requisitos de confiabilidad “La relación con los trabajadores designados a los que se les exigen requisitos de confiabilidad y discreción, se establece mediante una Resolución o escrito fundamentado, firmado por la autoridad facultada; la que se notifica al interesado y su firma expresa la aceptación del cargo, sus obligaciones y atribuciones”. Cargos estos definidos por cada entidad, y que se diferencian solo en la forma de formalización de la relación laboral con el resto de los trabajadores, pues están sujetos al orden establecido en el Código de Trabajo, salvando las diferencias con los cargos definidos como de funcionarios, a los que aplica el Decreto Ley 197⁶. El propio Código regula en su artículo 77 que las especificidades de las relaciones laborales de los trabajadores que ocupan cargos de las categorías de operarios, técnicos, trabajadores administrativos y de servicios, que por sus características son designados, así como de los conductores profesionales, se regulan en el Reglamento⁷. Cuando nos remitimos a dicha norma en su artículo 96 que, los trabajadores que por las características de su trabajo se designan son:

- a) Administradores, jefes de establecimientos, unidades y otros que se ubican en la categoría ocupacional de servicios y tienen bajo su custodia recursos materiales y financieros;
- b) jefes de brigada, taller, encargados de almacén, entre otros, que se ubican en la categoría ocupacional de operarios o servicios según corresponda; y
- c) trabajadores que ocupan cargos de las categorías ocupacionales de operarios, servicios, administrativos y técnicos, para los que se exigen requisitos adicionales, que trabajan en determinados niveles de dirección.

Cabría distinguir entre ambas figuras: trabajadores designados a los que se les exigen requisitos de confiabilidad y discreción y trabajadores designados a los que por las características del trabajo que desempeñan son designados. En el primero de los casos encontramos a los trabajadores que formalizan su relación laboral mediante la designación, a los que les son exigibles requisitos indispensables como la confiabilidad y la discreción entre los que podemos encontrar el de secretaria ejecutiva, chofer el jefe de la entidad o especialista en protección física y secreto estatal por solo mencionar algunos de los más comunes, teniendo en cuenta el nivel de acceso que pueden tener a información sensible y que una vez perdidos estos requisitos, la administración

⁶ Decreto Ley No. 197 de 15 de octubre de 1999, “Sobre las relaciones laborales del personal designado para ocupar cargos de dirigentes y de funcionarios”, Actualizado, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición Extraordinaria no. 054, de 20 de noviembre de 2007.

⁷ Decreto No. 326 de 12 de junio de 2014, “Reglamento del Código de Trabajo”, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición Extraordinaria no. 29, de 17 de junio de 2014.

discrecionalmente podría dejar sin efectos su designación alegando tal justificación, ante lo cual estos trabajadores al estar sujetos a los designios del Código de Trabajo podrían interponer reclamación ante el Órgano de Justicia Laboral. En el caso de los trabajadores designados es muy preciso el Código en su artículo 96 al definir los cargos y responsabilidades a los cuales aplica.

De lo antes explicado podemos distinguir diferencias entre los trabajadores designados, lo que en la práctica resulta confuso para los propios trabajadores e incluso para la administración, en virtud del artículo 97 del Código de Trabajo, los jefes de los órganos, organismos, entidades nacionales u organizaciones superiores de dirección, de acuerdo con la organización sindical correspondiente, teniendo en cuenta la naturaleza del trabajo, definen los cargos que se cubren por designación, lo que se informa a las entidades subordinadas para su inscripción en el Convenio Colectivo de Trabajo. La problemática del asunto está dada en que algunos de estos cargos no existen en los calificadores de cargos aprobados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, pues están asociados a determinadas responsabilidades, en muchos casos la relación laboral se formaliza por un contrato de trabajo para un determinado cargo y luego el trabajador es designado para que ocupe una determinada responsabilidad pero devengando el salario del cargo inicial, y en algún momento con un pago adicional por la responsabilidad encomendada, ejemplo fehaciente de esto es el cargo de Jefe de Brigada, en el que muy pocas veces la relación laboral se formaliza inicialmente para este cargo, aunque el ordenamiento monetario ha venido a resolver este problema en algunos casos.

Ahora bien, en el artículo 98 de la propia norma, se regula que las relaciones de trabajo y el régimen disciplinario de los designados del inciso a) del artículo 95 (erróneamente identificado, pues están definidos en el artículo 96), se rigen por la legislación aprobada para los funcionarios, y esto merece especial atención pues en el inciso a) se encuentran los Administradores, jefes de establecimientos, unidades y otros que se ubican en la categoría ocupacional de servicios y tienen bajo su custodia recursos materiales y financieros, cuestión que fuera vulnerada sobre todo para los cargos de Administradores, quienes fueron elevados a la categoría de cuadros en algunos ministerios, situación que ha encontrado solución en la Resolución 29 de 25 de noviembre de 2020 de la Ministra de Trabajo y Seguridad Social, en la que se dispone su uso como trabajadores de servicios designados como funcionarios, para dar cumplimiento a lo establecido en el Código de Trabajo, pero que a su vez ha dado al traste con el surgimiento de nuevos cargos para mantener en la categoría de cuadros a los designados para estas responsabilidades. Para los trabajadores comprendidos en los incisos b) y c), se aplica lo dispuesto en el Código y el Reglamento.

Nuestro Código de Trabajo define dos tipos de contrato de trabajo en su artículo 25:

- a) por tiempo indeterminado, que se concierta para realizar labores de carácter permanente y no expresa la fecha de terminación; y
- b) por tiempo determinado o para la ejecución de un trabajo u obra, que se concierta para realizar labores eventuales o emergentes, así como el cumplimiento del servicio social, para el período de prueba, para sustituir temporalmente a trabajadores ausentes por causas justificadas amparadas en la legislación, cursos de capacitación a trabajadores de nueva incorporación y otros que lo requieran.

Contrato de Trabajo por tiempo indeterminado. Causas de terminación.

Como bien regula nuestro Código de Trabajo en su artículo 25 el Contrato de Trabajo por tiempo indeterminado se concierta para realizar labores de carácter permanente y no expresa fecha de terminación. Por lo que denota estabilidad, así como derechos y obligaciones recíprocas durante un periodo de tiempo ilimitado, por lo que tal vínculo solo podría disolverse por las causales previstas para este tipo de contrato.

Durante este tiempo de trabajo el empleado prestará su fuerza de trabajo bajo la subordinación a su empleador, y se obliga durante el mismo a darle continuidad a sus servicios prestados o a la producción de bienes, así como a sujetarse al régimen disciplinario existente y a las disposiciones u órdenes del empleador, teniendo derecho a recibir de este los medios de producción, la garantía de las condiciones de seguridad y protección del trabajo, entre otros derechos.

El trabajador no necesita una razón o fundamento legal para dar por terminado su vínculo laboral con la entidad, no obstante, se le exige la comunicación por escrito a la administración en un término que varía según el tipo de contrato concertado. El término de aviso previo se instituye con el fin de proteger la continuidad de la prestación del servicio o la producción, permitiéndole a la administración encontrar un sustituto para ese trabajador. A ello obedecen los distintos términos, que aumentan según el grado de complejidad de la tarea que realiza el trabajador

Como formalidad para dar por terminada esta relación por iniciativa del trabajador, regula el Código en su artículo 46, que este está en la obligación de comunicarlo por escrito al empleador en los términos de aviso previo establecidos para cada tipo de contrato, para las categorías ocupacionales de técnico, operario, administrativo y de servicios, se produce una vez transcurridos el término de aviso previo de hasta treinta días hábiles para los contratos por tiempo indeterminado y en el caso de los cargos

técnicos, que requieran como requisito para su desempeño poseer nivel superior, el término de aviso previo es de hasta cuatro meses.

El artículo 45 de la Ley 116 regula las causas generales de terminación del contrato de trabajo identificando:

- a) acuerdo de las partes;
- b) iniciativa de alguna de las partes;
- c) jubilación del trabajador;
- d) fallecimiento del trabajador;
- e) extinción de la entidad, cuando no existe otra que se subrogue en su lugar; y
- f) vencimiento del término fijado o la conclusión de la labor pactada, cuando se trate de los contratos por tiempo determinado o para la ejecución de un trabajo u obra.

Sobre el tipo de contrato que es objeto de análisis, se prevé en el artículo 49, cumpliendo con el inciso b) del artículo 45 que el contrato de trabajo por tiempo indeterminado termina por iniciativa del empleador por las causas siguientes:

- a) pérdida de la idoneidad demostrada;
- b) reubicación definitiva fuera de la entidad del trabajador disponible, o cuando no sea aceptada por este, injustificadamente, la propuesta de empleo realizada, o al vencimiento del período de la garantía salarial sin haber logrado emplearse;
- c) reubicación definitiva fuera de la entidad del trabajador a quien se declara su invalidez parcial; no aceptación del inválido parcial de una oferta de empleo acorde a su capacidad dentro o fuera de la entidad o no apruebe la recalificación, en ambos casos por causas injustificadas;
- d) aplicación de las medidas de separación definitiva de la entidad o del sector o actividad, cuando proceda, por la inobservancia de las normas de disciplina establecidas en la legislación y en los reglamentos disciplinarios;
- e) cumplimiento del plazo de la licencia de maternidad o, en su caso, de la prestación social o licencia no retribuida por maternidad, en los términos y condiciones establecidos en la legislación, sin que la trabajadora o trabajador que la disfruta se haya reintegrado al trabajo;
- f) sanción de privación de libertad por sentencia firme o medida de seguridad, en ambos casos cuando excede de seis meses, si así lo decide el empleador;

- g) no reincorporación al vencimiento de la licencia no retribuida concedida por el empleador; y
- h) otras causas previstas en la legislación.

Especial atención merece, a los objetivos de este artículo, el inciso d) del artículo precedente: aplicación de las medidas de separación definitiva de la entidad o del sector o actividad cuando proceda, por la inobservancia de las normas de disciplina. Al establecer nuestro Código esta causal como exclusiva para el contrato por tiempo indeterminado excluye tal terminación para los contratos por tiempo determinado. A todas luces esta relación indeterminada tiene una naturaleza diferente, encierra una subordinación en virtud de la cual el empleador puede prescindir del trabajador por la violación de las normas disciplinarias, incluso separarlo definitivamente del sector o actividad como medida ante infracciones de suma gravedad, por lo general condicionadas a las particularidades de ese sector o actividad.

Contrato de trabajo por tiempo determinado. Terminación.

Como se refería anteriormente en el artículo 25, inciso b) del Código de Trabajo se define el contrato de trabajo por tiempo determinado de cuyo concepto podemos definir algunas de sus características: la principal es que se concierta atendiendo a una necesidad del empleador ante prestación de servicios, cubrir cargos vacantes en el caso del período a prueba, el cumplimiento del servicio social previa demanda de fuerza de trabajo calificada solicitada, por necesidad de sustituir a uno de sus trabajadores con contrato indeterminado ausente por causas justificadas, cursos de capacitación y otros que se requieran. Por lo que podemos definir que tiene una naturaleza eventual y de alcance más discreto que el contrato de trabajo indeterminado.

En este tipo de contrato el trabajador está obligado de igual manera a cumplir con sus deberes, ciñéndose a las órdenes o instrucciones del empleador, quien, a su vez, se obliga a crear las condiciones necesarias para que el trabajador cumpla con su contenido de trabajo; en virtud del nexo que los une.

En esta modalidad contractual no se prevén causas de terminación, quedando a la voluntad de una de las partes. Como formalidad para dar por terminada esta relación por iniciativa del trabajador, regula el Código en su artículo 46, que este está en la obligación de comunicarlo por escrito al empleador en los términos de aviso previo establecidos para cada tipo de contrato, para las categorías ocupacionales de técnico, operario, administrativo y de servicios, se produce una vez transcurridos el término de aviso previo de hasta quince días hábiles para los contratos de trabajo por tiempo determinado o para la ejecución de un trabajo u obra.

Solo dispone nuestro Código para la terminación de esta relación antes del plazo previsto por voluntad del empleador, que debe comunicarse por escrito al trabajador, con quince días hábiles de antelación.

Reubicación laboral.

La reubicación laboral parte, en nuestro Código de Trabajo, de instituciones como la disponibilidad y la interrupción laboral, identificada la primera en el artículo 53 y la segunda en el artículo 57, disponiendo las causales ante las cuales se produce tal fenómeno, lo que en consecuencia conlleva a un proceder por la administración en cuanto al trabajador, identificado en el artículo 58, inciso d) reubica a los trabajadores en otros cargos en la propia entidad o en otra o en labores dirigidas al restablecimiento de la actividad del centro de trabajo.

La reubicación laboral está relacionada con la estabilidad laboral reforzada, pues despliega la reincorporación y permanencia en el empleo del trabajador luego de padecer alguna limitación física, sensorial o psicológica, así como por causales de interrupción laboral. Por ello, los empleadores deben conocer los criterios de este proceso.

Estas figuras de la disponibilidad, interrupción laboral y reubicación, encuentran su complemento en el Reglamento del Código de Trabajo en el Capítulo III, donde se definen las causales y procedimientos a seguir con todos los efectos que podrían tener para el trabajador, sobre todo salariales. En el artículo 50 se regula que el jefe de la entidad o en quien este delegue, ya sean de subordinación nacional o local, autorizadas a declarar trabajadores disponibles, antes de realizar el proceso coordinan con las direcciones de Trabajo correspondientes las alternativas de empleo que presenta el territorio para la posible propuesta de reubicación a dichos trabajadores.

Lo anterior no excluye que el trabajador disponible gestione su reubicación en cualquier entidad o actividad laboral. El trabajador reubicado temporal o definitivamente en el sector estatal recibe el salario por el cargo que pase a ocupar, de acuerdo con las formas y sistemas de pago aplicados, según la legislación vigente.

En la presente solo se hará énfasis en la reubicación laboral producto de la interrupción, institución muy usada en el año 2020 y en el transcurso del 2021 ante el azote del Covid-19. El artículo 57 del Código de Trabajo regula que en el sector estatal se considera interrupción laboral, la paralización transitoria del proceso de trabajo que provoca la inactividad en la labor del trabajador durante su jornada de trabajo o por un período igual o superior a esta y se produce por alguna de las causas siguientes:

- a) rotura de equipos;
- b) falta de piezas de repuesto, materiales, materias primas o bienes intermedios, que paralizan el proceso productivo o de servicio;

- c) la acción de la lluvia, ciclón, incendios, derrumbes, contaminación u otros factores adversos;
- d) falta de energía, combustible, lubricantes, agua u otros elementos similares;
- e) orden de paralización temporal de equipos, maquinarias, o líneas de producción o la clausura total o parcial de centros de trabajo, emitidas por las autoridades facultadas en la legislación vigente, incluido los períodos de veda;
- f) paralización por reparación capital o mantenimiento general; y
- g) otras causas no imputables al trabajador que determine la paralización eventual de las labores, determinadas por el órgano u organismo competente.

Por esta institución en específico, cuando el trabajador no deba permanecer en su puesto de trabajo en espera del restablecimiento del proceso de producción o de servicios, es reubicado temporalmente, cobrando el salario por el cargo que pase a desempeñar, de acuerdo con las formas y sistemas de pago aplicadas. El trabajador viene obligado a aceptar esta reubicación temporal según lo previsto en el artículo 80 del Reglamento del Código, pues de no aceptarla injustificadamente a juicio del jefe de la entidad, este, oído el parecer de la organización sindical puede dar por terminada la relación de trabajo, mandato que no encuentra en el artículo 49 del Código una expresión tácita, pues no se define como forma de terminar la relación laboral por tiempo indeterminado, limitándose las definiciones a la no aceptación de reubicación definitiva por procesos de disponibilidad o invalidez parcial del trabajador, llevando su cauce inexorablemente al inciso al que acudimos en estos casos, inciso h) “otras causas previstas en la legislación”.

En el Artículo 56 se define que los trabajadores reubicados temporalmente mantienen el vínculo de trabajo con su entidad de origen o la que se subrogó en su lugar, y de no existir, la que haya definido el jefe del órgano, organismo, entidad nacional u organización superior de dirección, pues incluso cuando el trabajador por causales de interrupción no es reubicado, recibe la garantía salarial por período de un mes y decursado este no procede garantía salarial alguna pero sin desaparecer el vínculo laboral con la entidad, cuestión esta medular en el presente artículo, que más adelante encontrará merecida mención.

2.1 Formalización de una nueva relación laboral ante la reubicación en otra entidad.

Existen dos tipos principales de contrato mediante los cuales se formaliza la relación laboral y ante el supuesto que venimos analizando de reubicación laboral por

causal de interrupción, el trabajador: se mantiene en su puesto de trabajo en espera del restablecimiento del proceso de producción o servicio, puede ser reubicado en labores para el restablecimiento de estos, cobrando el salario básico de su cargo o puede ser reubicado en otro cargo dentro de la propia entidad o en otra, devengando el salario del cargo que pase a ocupar temporalmente, y este último supuesto es el eje central que mueve este análisis, la reubicación del trabajador en otra entidad.

Se menciona al inicio de este acápite, con toda intención, que existen dos formas principales de contratos de trabajo y habiendo analizado la causal que nos ocupa, se considera poco probable que el empleador asuma como estrategia reubicar a un trabajador con el que tiene un contrato determinado, pues la naturaleza de este es la necesidad de la administración de fuerza de trabajo ante determinados supuestos, con excepción del servicio social de los recién graduados universitarios y el período a prueba en el que se podría valorar su continuación ante esta eventualidad. Dicho esto, el gran por ciento de trabajadores reubicados serían los que mantienen un contrato indeterminado con el empleador y ante la reubicación temporal en otra entidad en espera del restablecimiento de las condiciones de trabajo, refrenda un contrato de trabajo por tiempo determinado con esta nueva entidad que lo acoge, por supuesto, sin desaparecer el vínculo de trabajo con su entidad laboral, aquella con la que pactó sus servicios hasta tanto una de las partes se manifestara en contrario y decidiera dar por terminada la relación. Esta formalización de una nueva relación laboral implica derechos y obligaciones a los nuevos sujetos empleador y trabajador y dentro de estos se encuentra el sometimiento del trabajador al orden disciplinario imperante en esta nueva entidad laboral.

3. Régimen disciplinario.

El fenómeno disciplinario constituye un hecho natural e indispensable en las relaciones jerárquicas de todo tipo de organizaciones, para mantener el orden y el rumbo previamente determinado. Desde las organizaciones más simples, se identifica la existencia de un jefe investido con el poder de corregir las faltas de los miembros, a fin de evitar las desviaciones que pudieran afectar la buena marcha del grupo. Con el nacimiento del Estado se reconoce en su gobierno un poder para corregir y sancionar a los gobernados, se trata de un poder de policía que se considera elemento esencial de la autoridad estatal para la realización de sus fines, y que se ejerce sobre la población en general. En consecuencia, al ámbito interno del aparato administrativo se reconoce un poder especial para mantener la disciplina de una organización jerárquica, a fin de que el ejercicio del poder público se ajuste a valores de interés general previamente establecidos.

El poder disciplinario del superior jerárquico sobre sus subordinados se expresa en normas de administración interna, con carácter general, a fin de que si se cumplen estas premisas garantiza el derecho a la permanencia en el puesto. La anterior afirmación establece como primera premisa que el régimen disciplinario de los trabajadores surge como una limitación al poder sancionador del superior, mediante el establecimiento de normas que limitan su ejercicio, no se trata de una limitación a los derechos de los subordinados, sino de un régimen de aseguramiento de sus derechos que restringe el poder absoluto del superior jerárquico, al fijarle los supuestos y las condiciones para sancionar las faltas de sus subordinados, el tipo de sanciones que puede imponerles y los procedimientos que al efecto debe acatar.

La reacción del empleador frente a incumplimientos laborales de sus trabajadores, en el ejercicio del poder disciplinario, se materializa en la imposición de un castigo al infractor denominada medida disciplinaria, mediante la cual le hace saber la transgresión de alguna obligación y/o prohibición laboral lícitamente impuesta que afecta la organización de la entidad y la disciplina laboral. De este modo, la medida disciplinaria es la consecuencia inmediata que el trabajador sufre debido a un incumplimiento laboral en que incurrir.

Cualquiera sea la naturaleza jurídica que se le atribuya al ejercicio del poder disciplinario (poder, facultad, etc.), el mismo legitima la facultad del empleador de influir sobre la relación de trabajo, afectando la posición jurídica del trabajador. Sin embargo, no se trata de un poder absoluto e ilimitado. Se encuentra sometido a diversos límites, restricciones y requisitos, que encuentran su fundamento último en la ley. El principal límite es que el reconocimiento de la posibilidad concreta de aplicar una sanción por infracciones laborales ha de provenir de la ley o del cuerpo normativo a que se remite la ley.

Nuestro Código de Trabajo no expresa un concepto o fin perseguido en la aplicación de las medidas disciplinarias, aunque es evidente el de corregir la conducta del infractor y hacer valer el orden establecido. En el artículo 145 se regula que los trabajadores tienen el deber de realizar su trabajo con la eficiencia, calidad y productividad requeridas, cumplir con las normas de conducta, disciplina y con el orden establecido, así como cuidar de los recursos y medios que utilizan en el desempeño de su labor y responder por los daños que ocasionen. Así como también el empleador es responsable de la dirección, organización del proceso de trabajo y su control, para lo que debe asegurar el conocimiento por los trabajadores de sus atribuciones y obligaciones; garantizar las condiciones de trabajo adecuadas y el disfrute de los derechos reconocidos en la legislación de trabajo, así como desarrollar adecuadas relaciones con los trabajadores, basadas en la atención a sus opiniones y quejas, la protección

a la integridad física, psicológica y el debido respeto a la dignidad de los mismos. Las violaciones generales de la disciplina laboral se relacionan en el artículo 147, que van desde la infracción del horario de trabajo hasta las más graves como la comisión en ocasión del desempeño del trabajo de hechos que puedan ser constitutivos de delito o modificar el expediente laboral o aportar documentos carentes de autenticidad para obtener beneficios laborales o de seguridad social mediante engaño. Disponiéndose en el artículo 148 que en las entidades, además de las violaciones de la disciplina de trabajo contenidas en el Código, son de aplicación las violaciones específicas incorporadas en los Reglamentos Disciplinarios⁸, que pueden ser internos, ramales y de actividad, por supuesto cada entidad de acuerdo a su objeto social o actividades aprobadas incorpora violaciones a la disciplina laboral de menor o mayor gravedad.

Las tipicidades del Código de Trabajo que se refieren a las sanciones que puede imponer el empleador por violaciones de la disciplina laboral están contenidas en el artículo 149, las que sólo podrán consistir en:

- a) amonestación pública ante el colectivo del trabajador;
- b) multa de hasta el importe del veinticinco por ciento del salario básico de un mes, mediante descuentos de hasta un diez por ciento del salario mensual;
- c) suspensión del vínculo con la entidad sin retribución, por un término de hasta treinta días naturales;
- d) traslado temporal a otra plaza de menor remuneración o calificación o en condiciones laborales distintas por término de hasta un año con derecho a reintegrarse a su plaza;
- e) traslado a otra plaza de menor remuneración o calificación, o en condiciones laborales distintas, con pérdida de la que ocupaba el trabajador; y
- f) separación definitiva de la entidad.

Disponiéndose en el artículo 150 que cuando el trabajador incurre en una violación considerada grave en los reglamentos disciplinarios, el empleador o la autoridad facultada aplica una de las tres últimas medidas relacionadas. Mención aparte merece, en el Código de Trabajo, la separación del sector o actividad como medida más severa que puede aplicar el empleador en determinados sectores ante violaciones de suma gravedad. El procedimiento para la aplicación de las medidas, formalidades, efectos en

⁸ En el Código de Trabajo se define que en las entidades, además de las violaciones de la disciplina de trabajo contenidas en el mismo, son de aplicación las violaciones específicas incorporadas en los reglamentos disciplinarios, disponiéndose en el Reglamento, el procedimiento para su elaboración, aprobación y revisión.

la relación laboral y la rehabilitación del trabajador se desarrollan en el articulado así como en el Reglamento del Código de Trabajo.

3.1 Disciplina laboral y aplicación de medidas disciplinarias a trabajadores reubicados en otra entidad.

Lo expuesto hasta aquí lleva a la apreciación de que la disciplina laboral, es decir, el orden establecido en una organización, tiene un alcance global a todos los trabajadores independientemente de su categoría ocupacional o la manera en que formalizó su relación laboral, alcance del que no escapan los contratos determinados y en el caso que nos ocupa, el contrato determinado mediante el cual un trabajador ante una causal de interrupción es reubicado en otra entidad laboral, formalizando una nueva relación laboral.

Estas causales de interrupción, es menester aclarar antes de seguir adentrándonos en el análisis, que no suspenden la relación laboral con la entidad con la que el trabajador tiene un contrato indeterminado, al no preverse esta causal de interrupción como de suspensión de la relación y, aunque así fuera, solo se modificarían algunos de los efectos del contrato sin afectar el vínculo laboral según lo previsto en el artículo 44 del Código de Trabajo.

El trabajador reubicado en otra entidad al formalizar nueva relación de trabajo, al igual que el resto de los trabajadores, se obliga a cumplir con las condiciones pactadas, una de las cuales es el cumplimiento de la disciplina laboral, un concepto abarcador al que no podemos limitar a la mera transgresión de las obligaciones y prohibiciones establecidas en el Reglamento Disciplinario Interno, pues incluye también el cumplimiento a cabalidad de las funciones específicas del cargo que viene a desempeñar, la observancia de las disposiciones legales que regulan esa actividad y el cuidado y preservación de los medios y condiciones de trabajo garantizadas por el empleador, como cuestiones más importantes.

Ahora bien, ante el incumplimiento o transgresión de cualquiera de estas obligaciones, ¿qué sucedería? La lógica indica que lo mismo que al resto de los trabajadores, en el caso específico de una violación de la disciplina laboral, podríamos distinguir que se inicie un proceso disciplinario que podría desembocar en la aplicación de una medida disciplinaria y culminar con la solución definitiva de un posible conflicto laboral ante la inconformidad del trabajador con la medida impuesta. Para analizar el caso planteado se propone hacer un análisis detenido en cada una de las posibles medidas disciplinarias previstas en el Código de Trabajo, en aras de su posible aplicación en este caso. Es necesario significar en aras de la mejor comprensión que no se hace un

análisis de los contratos determinados en general, por lo que no se extiende el alcance a contratos determinados por necesidad de la administración, pluriempleo u otros, solo del supuesto del trabajador que ante una causal de interrupción es reubicado en otra entidad.

Como se relacionaba anteriormente, las medidas disciplinarias están previstas en el artículo 149, de las que se propone un análisis en cada caso en específico para un trabajador cuya relación laboral es la descrita anteriormente, con vínculo laboral indeterminado en otro centro de trabajo.

a) amonestación pública ante el colectivo del trabajador;

El Diccionario Prehispánico del Español Jurídico⁹, de la Real Academia Española distingue la amonestación como: *En la legislación de empleados públicos y de los trabajadores, así como en las normas regulatorias de algunos sectores económicos, sanción prevista para infracciones de carácter leve, consistente en la reprobación o manifestación de la incorrección de la conducta sancionada. La amonestación puede ser pública o privada.*

Concepto bastante acabado evidentemente para las infracciones más leves que no tipifiquen como graves ni de suma gravedad, pero el elemento llamativo en este caso es que esta amonestación de carácter público es ante el colectivo del trabajador, en el supuesto que se analiza, evidentemente este trabajador se incorporó a un colectivo de trabajo, pero ¿sería acaso este el colectivo de trabajo al que hace referencia el legislador?, o en cambio se refiere, a ¿aquel con el que tiene una relación de trabajo indeterminada, para el que fue analizada su incorporación por el empleador apoyándose en un Comité de Expertos, previas las investigaciones y confirmado que poseía los requisitos para ocupar el cargo, aquel colectivo en el que se afilió en una sección sindical, y que es requisito previo que sea escuchado el parecer de dicha organización sindical por el empleador o la autoridad facultada antes de imponer la medida? Consideraciones a las que volveremos más adelante.

b) multa de hasta el importe del veinticinco por ciento del salario básico de un mes, mediante descuentos de hasta un diez por ciento del salario mensual;

Sanción administrativa pecuniaria consistente en la obligación de pagar una cantidad de dinero que va desde el 1 al 25 por ciento del salario básico de un mes, que comprende el salario escala más los pagos adicionales establecidos legalmente. Ahora bien, nuestro trabajador reubicado formaliza contrato determinado con esta nueva entidad por un mes, devengando el salario de este nuevo cargo, dentro de este mes transgrede la disciplina laboral y es aplicada esta medida disciplinaria que prevé que

⁹ Vid. <https://dpej.rae.es>

los descuentos no podrán ser superiores al diez por ciento, por lo que de aplicarse el 25 por ciento tendría que abonar tal multa en el término de 3 meses, a razón de dos pagos del 10 por ciento y un último pago del 5 %, pero recordemos que su relación de trabajo culminará en un mes, por lo que surge la interrogante de si habría alguna forma de hacer efectivo el cobro de esta multa si el trabajador regresa a su entidad de origen, nuestro Código no prevé tal situación para poder establecer un mecanismo compensatorio con la entidad de origen del trabajador, excluyendo la posibilidad de iniciar un proceso civil por indemnización de daños y perjuicios por obvias razones.

c) suspensión del vínculo con la entidad sin retribución, por un término de hasta treinta días naturales;

Esta medida es el punto medio entre las violaciones leves de la disciplina y las graves, en este caso regresamos al supuesto de que el trabajador es reubicado por un mes y transgrede la disciplina laboral en este período, como primera variante se expondrá que el hecho ocurre al día siguiente de ser contratado y nuevamente surge una interrogante ¿Sería lógico para esta administración mantener un vínculo laboral en el que el trabajador no va a laborar, ni esta va a abonar un salario en contraprestación? Cabe significar que para la administración estos trámites suponen un gasto en horas laborables y de recursos materiales. El segundo supuesto sería el de que la transgresión del orden fuera a los 15 días de estar laborando el trabajador reubicado, si fuera esta la medida a aplicar por la trascendencia del hecho ¿Condicionaría la administración el término expresado de hasta 30 días naturales, a aplicar por los 15 días que le quedan por laborar al trabajador?

d) traslado temporal a otra plaza de menor remuneración o calificación o en condiciones laborales distintas por término de hasta un año con derecho a reintegrarse a su plaza;

Comienza en este inciso la primera de las medidas que cambia el estatus laboral del trabajador, mediante la cual el trabajador es sancionado a ocupar otro cargo de manera provisional por un término previsto de hasta un año, ya sea de menor remuneración salarial, de menor calificación profesional o en condiciones laborales distintas, cualquiera de las tres opciones es válida a aplicar siempre que se cumpla con el mandato de que debe ser en otro cargo. En el caso que nos ocupa, el trabajador reubicado viola la disciplina laboral y esta tipifica como infracción grave de la disciplina, dispuesto así en el Reglamento Disciplinario Interno y según lo dispuesto en el artículo 150 del Código de Trabajo, ante las infracciones graves el empleador o la autoridad facultada aplica una de las medidas de las previstas en los incisos d), e) o f), estas que analizo. Recordemos que el trabajador reubicado está en este cargo por la ocurrencia de una causal de interrupción y por la naturaleza de nuestro derecho laboral socialista

este no debe quedar desamparado. ¿Podría este nuevo empleador volver a modificar el estatus laboral de este trabajador ante la aplicación de esta medida prevista en este inciso? La respuesta en todos los casos hasta ahora es la misma, evidentemente no puede proceder el empleador de esta manera, modificar por segunda vez el estatus laboral del trabajador, el que incluso podría estar ya en un cargo de menor remuneración, calificación o condiciones laborales que el que ocupa en su entidad de procedencia. Este trabajador en contrato determinado se encuentra en esta organización cumpliendo un mandato de su empleador principal, quien sí tiene esta facultad obviamente de modificar la relación laboral, siempre contando con la aprobación del trabajador, pero ante la negativa de este último incluso podría dar por terminada la relación laboral de manera unilateral.

Es válido hacer un alto para delimitar el por qué se hace referencia en el Código de Trabajo al empleador o la autoridad facultada y no se especifica cuando es uno u otro sujeto el que aplica la medida disciplinaria y es que esto en mandato del Reglamento del Código de Trabajo en su artículo 157, en el que regula la estructura que deben asumir los Reglamentos Disciplinarios, se encuentra, inciso g) autoridades facultadas para aplicar las medidas disciplinarias. En nuestro escenario por lo general el Director de una entidad está facultado para aplicar todas las medidas, los Subdirectores para aplicar las más leves, en dependencia del sistema ante el que estemos: presupuestado o empresarial, esto varía en cuanto a cargos y estructuras, pero es bastante generalizado que los que ostentan cargos de dirección, con categoría de cuadro y que tienen bajo su mando personal, puedan aplicar medidas disciplinarias.

e) traslado a otra plaza de menor remuneración o calificación, o en condiciones laborales distintas, con pérdida de la que ocupaba el trabajador;

Estamos ahora ante la presencia del traslado a otro cargo de igual manera que el caso anterior, de menor remuneración o calificación, o en condiciones laborales distintas, pero con pérdida del cargo que ocupaba el trabajador, es decir un traslado a otro cargo pero de manera definitiva, en este supuesto no se puede esgrimir otro argumento que la imposibilidad de aplicar tal medida, pues este nuevo empleador de ninguna manera podría condenar a este trabajador en primer lugar, a transitar el resto de su vida laboral en esta entidad y mucho menos en un tercer cargo que se disponga, evidentemente esta acción es imposible de realizar pues supondría la desaparición como por "arte de magia" de la relación del trabajador con su empleador principal, algo que solo podría acordar una de las partes o ambas de común acuerdo.

f) separación definitiva de la entidad.

Última de las medidas relacionadas en este artículo, separación definitiva de la entidad y en este caso no se quisiera expresar la imposibilidad de la aplicación

sino proponer el análisis lógico de su posible aplicación. Por esta medida se dispone la llamada separación del cargo o despido disciplinario en otras legislaciones, cuyos efectos se tratarán de discernir más adelante. En el supuesto del trabajador reubicado, al que ante una violación considerada como grave, podría suponer la administración, conlleve la aplicación de esta medida y nuevamente se interroga ¿de qué entidad lo estaría separando definitivamente, de esta actual o de ambas? ¿La aplicación de esta medida presupone acaso su extensión a la administración de procedencia? Si fuera separación de esta entidad en la que se encuentra laborando, el trabajador al día siguiente se incorpora a su entidad de origen como si nada hubiese sucedido, y se sugiere si lo indicado no sería en este caso comunicar a este la terminación de su relación laboral e informarlo a la entidad que lo remitió. Consideramos además que, como anteriormente se explica, esta autoridad no posee la competencia para imponer este tipo de medida disciplinaria.

La ocasión es oportuna para analizar el alcance o consecuencias de esta medida, la que presupone una desvinculación definitiva de una determinada organización, pero de igual manera el Código de Trabajo y su Reglamento definen la rehabilitación de los trabajadores, por lo que una vez cumplido los términos establecidos para cada medida, esta rehabilitación se hace efectiva mediante la comunicación al trabajador y se extrae del expediente laboral el instrumento sancionador, destruyéndose y confeccionándose un nuevo índice, pero ante la definición de *definitiva* de esta medida, es confuso suponer que se aplique el mismo procedimiento, existen opiniones encontradas al respecto.

Que esta fuera la última de las medidas relacionadas no significa que no exista otra, pues en el artículo 158 se prevé que en los sectores o actividades de la educación, la investigación científica, el turismo, la aeronáutica civil, así como en los centros asistenciales de la salud, en la rama de transporte ferroviario y en cualquier otro que se disponga por la autoridad competente, puede aplicarse la medida disciplinaria de separación del sector o actividad, ante la ocurrencia de violaciones de la disciplina de suma gravedad que afecten sensiblemente el prestigio de la actividad de que se trate. Como se aprecia sectores de la economía de gran importancia en los que laboran un grueso importante de trabajadores, dejando abierto el espectro a otros que se dispongan por la autoridad competente. La aplicación de esta medida está reservada a la alta dirección de la organización y los jefes de los órganos, organismos, entidades nacionales u organizaciones superiores de dirección, determinan en los Reglamentos Disciplinarios Internos cuáles son los actos y conductas infractoras de la disciplina de suma gravedad que afecten sensiblemente el prestigio de la actividad. En el supuesto que se viene analizando, el trabajador reubicado cometería entonces tal desagravio al empleador, el que consideraría aplicar tal medida. Evaluemos el supuesto de que la entidad de procedencia del trabajador y a la que se incorpora son del sistema

empresarial y pertenecen al mismo Ministerio, la misma Organización Superior de Dirección Empresarial (OSDE)¹⁰, pero pertenecen a la base de tal organización: las Unidades Empresariales de Base (UEB)¹¹ de sus respectivas Empresas¹², en este caso el director de esta entidad no estaría facultado para aplicar tal medida, por lo que si determina que el presunto infractor no permanezca en su labor habitual durante la investigación, en virtud de lo regulado en el artículo 173 del Reglamento del Código de Trabajo deberá aplicar medida cautelar y solicitar con la debida fundamentación dentro de los 3 días hábiles posteriores a la autoridad facultada, la aplicación de esta medida. Dicha medida cautelar podría ser de suspensión provisional del cargo y del salario o el traslado provisional a otro cargo por el mismo término de hasta treinta días hábiles. Analicemos entonces la posibilidad de aplicar una u otra, en el primer caso podría disponerse que no se mantenga en el cargo por el término que se decida, siempre que el trabajador no haya sido contratado por un mes, ante lo cual la administración debería de hacer un estudio de los días hábiles, pues de definir los 30, estos sobrepasarían los 30 días naturales previstos en el contrato. En este sentido al pertenecer a la misma organización podría suponerse que la autoridad facultada previó los actos y conductas de suma gravedad que afectan sensiblemente el prestigio de la actividad, por lo que el hecho no habría de quedar impune. La secuencia lógica de los acontecimientos nos conduce a que si el hecho sucedió en esta entidad en la que el trabajador ha sido reubicado, sea el director general de la empresa a solicitud del

¹⁰ Se define como OSDE en el Decreto Ley No. 252 "Sobre la continuidad y el fortalecimiento del sistema de dirección y gestión empresarial cubano", artículo 11, que constituyen estructuras organizativas que agrupan una determinada cantidad de empresas y otras entidades autofinanciadas. De igual manera en el Decreto Ley No. 34 "Del Sistema Empresarial Estatal Cubano", se regula a partir del artículo 33.1 que se crea para sustentar la separación de las funciones estatales de las empresariales, organizar las empresas en correspondencia con los intereses estatales. Se integra por empresas, unidades empresariales de base o por otras organizaciones superiores de dirección empresarial.

¹¹ Se define como UEB en el Decreto Ley No. 34 "Del Sistema Empresarial Estatal Cubano", en su artículo 28.1 que la unidad empresarial de base se crea por la empresa o por la Organización Superior de Dirección Empresarial para organizar los procesos de producción de bienes y prestación de servicios. Actúa con independencia relativa, se subordina al jefe de la entidad que la crea y no tiene personalidad jurídica ni patrimonio propio; puede crearse con carácter temporal o permanente.

¹² Se define como Empresa en el Decreto Ley No. 252 "Sobre la continuidad y el fortalecimiento del sistema de dirección y gestión empresarial cubano", artículo 13, que La empresa estatal es la entidad con personalidad jurídica propia, creada para la producción de bienes y servicios, a los efectos decumplir demanera eficiente su gestión empresarial conforme al plan anual aprobado para la misma. De igual manera en el Decreto Ley No. 34 "Del Sistema Empresarial Estatal Cubano", se regula a partir del artículo 20.1 que la empresa estatal socialista es el sujeto principal de la economía nacional; dispone de autonomía en su administración y gestión; desempeña el papel principal en la producción de bienes y servicios, y cumple con sus responsabilidades sociales, según lo establecido en la Constitución de la República.

director de la UEB, el que imponga tal medida. Los directores generales de empresas estatales están facultados para aplicar medidas disciplinarias a trabajadores y cuadros de la empresa, así como reconocer los resultados relevantes a través de estímulos morales o materiales, según corresponda. Es evidente entonces que esta autoridad está limitada a aplicar medidas disciplinarias a los trabajadores de su organización, lo que lleva a otra disyuntiva ¿la autoridad facultada sería acaso entonces el director general de la empresa de procedencia del trabajador o podría incorporarse como variante la aplicación de esta medida por el Presidente o Director General del OSDE al que se integran ambas empresas? Pero de igual manera la facultad de los presidentes o directores generales de OSDE está limitada a aplicar medidas disciplinarias a los trabajadores de la organización superior de dirección empresarial y a los directores generales de las empresas que la integran.

Ante estas limitantes siendo empresas del mismo OSDE, cual sería entonces el desenlace entre entidades que pertenecen al mismo Ministerio pero no al mismo OSDE, o entidades que no tienen ningún tipo de relación, pues al no preverse en el Código de Trabajo que el trabajador deba ser reubicado en otra entidad laboral de su mismo Ministerio u OSDE bien podría ser ese el caso.

Una vez culminado el análisis de estas medidas disciplinarias, la separación definitiva de la entidad y la separación del sector o actividad es momento de volver a lo explicado en las causas de terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador previstas en el artículo 49 del Código de Trabajo, causales previstas para los contratos indeterminados, pues para los determinados solo se prevé que se comunique por una de las partes con 15 días hábiles de antelación. En el inciso d) de este artículo 49 se regula que podrá darse por terminada la relación de trabajo indeterminada por iniciativa del empleador por la aplicación de las medidas de separación definitiva de la entidad o del sector o actividad, cuando proceda, por la inobservancia de las normas de disciplina establecidas en la legislación y en los reglamentos disciplinarios. Este artículo limita la aplicación de tales medidas solo a los trabajadores que posean con la entidad una relación de trabajo formalizada mediante contrato indeterminado, eliminando de pleno que el nuevo empleador donde fuera reubicado el trabajador pueda atribuirse tal facultad.

Hasta ahora se ha tratado de seguir una secuencia lógica de la imposibilidad de aplicar tales medidas disciplinarias a trabajadores reubicados en otra entidad, pero la realidad es que tales supuestos se han sucedido en la práctica, por lo que una vez decidido por la administración traspasar este umbral, entonces como se procedería de acuerdo al procedimiento establecido y cuáles serían los efectos de la aplicación de una de estas medidas.

Se hizo referencia en el análisis de la primera de las medidas disciplinarias que se pudieran imponer, que el empleador o la autoridad facultada imponen las medidas directamente, oído el criterio de la organización sindical, lo que lleva al mismo análisis, este trabajador reubicado está afiliado a una sección sindical en su centro de procedencia, y de cual dicha organización podría emitir un criterio argumentativo basado en el conocimiento del sujeto y su trayectoria ante el colectivo en el que se desenvuelve, por lo que no queda del todo claro si la autoridad facultada se debe dirigir a esta organización sindical o a la de su propia entidad con la que el trabajador no tiene vínculo filiatorio alguno.

La autoridad facultada tiene 30 días hábiles para aplicar tales medidas, lo que en el supuesto que se analiza estaría condicionado al término del contrato de trabajo suscrito con el trabajador reubicado, pudiendo extenderse por 30 días hábiles más por la aplicación de una medida cautelar, supuesto que ya ha sido abordado y que en el caso de que el trabajador fuera contratado por un mes, conllevaría a la suspensión de este término. ¿Sería posible entonces que en medio de este proceso se restablecieran las condiciones de trabajo en la entidad de origen del trabajador? Que podría suceder entonces.

En el artículo 149 del Código de Trabajo se regula que el empleador o la autoridad facultada, debe tener en cuenta la naturaleza de la infracción cometida, las circunstancias concurrentes, la gravedad de los hechos, los daños y perjuicios causados, las condiciones personales del trabajador, su historia laboral y su conducta actual, elementos estos últimos a los que tendría que remitirse esta autoridad a la entidad de procedencia del trabajador, por no contar en sus registros con elementos suficientes para poder valorar la justeza de la medida a aplicar, por lo que tendría que tener acceso a evaluaciones del desempeño, registros de medidas disciplinarias anteriores en cumplimiento del término de rehabilitación, así como al expediente laboral. De lo que una vez terminado el proceso disciplinario deberá enviar copia a dicho expediente de la entidad de origen, entidad que no dará baja de su sistema a su trabajador hasta tanto no se culmine por la vía administrativa o judicial, en dependencia de la medida a aplicar, de la solución del conflicto laboral si el trabajador estableciere algún recurso.

Solo se haremos referencia a un supuesto de un posible efecto ante la inconformidad del trabajador reubicado por la medida aplicada, si las entidades pertenecen al mismo sector, utilizaremos como ejemplo la separación del sector o actividad, el trabajador efectúa reclamación ante la Comisión creada a tales efectos del nivel superior de la autoridad que aplica la medida, y se declarara por esa autoridad modificar la medida por una de menor severidad, entonces volveríamos al supuesto de aplicar otra

de las medidas severas antes explicadas, con sus complejidades y efectos colaterales en cuanto al status de ese trabajador así como de la indemnización de los perjuicios ocasionados.

La pandemia del Covid-19 nos ha llevado a desempolvar instituciones a gran escala como la reubicación, pero su alcance y efectos en el régimen disciplinario al que estarán sujetos estos trabajadores, aún no son del todo cuestiones previstas en nuestro Código de Trabajo. Desde los primeros casos detectados en marzo de 2020 han sido reubicados un número importante de trabajadores en esferas tan importantes como el turismo, siendo más afectado el sector empresarial.

El conocimiento a fondo de la relación jurídica laboral, su formalización y terminación nos brinda las herramientas para un adecuado uso de las instituciones aquí expuestas, siendo un imperativo el pronunciamiento del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social ante los ya conocidos procesos disciplinarios a trabajadores reubicados en otra entidad.

NUEVOS ESCENARIOS LABORALES DIGITALE “UNA APROXIMACIÓN AL CIBERACOSO EN EL TRABAJO”

Esther Gómez Jiménez¹

RESUMEN: La sociedad de la información se configura hoy día como una realidad. La irrupción de las tecnologías de la información y comunicación, en nuestra sociedad ha supuesto una revolución en todos los sentidos, del que no escapa el ámbito laboral. El objetivo de este estudio se basa en como las tecnologías de la información y comunicación las llamadas TIC's abren la puerta al fenómeno del ciberacoso en el trabajo, al actuar la tecnología de vehículo trasmisor mediante el cual se ejerce la violencia en el medio laboral.

Por ello, en primer lugar se abordará el concepto de ciberacoso en el trabajo, dando lugar a una serie de características, consecuencias, así como el tratamiento de protocolos específicos que lo contemplen, posteriormente para finalizar el Convenio 190 de la OIT dará lugar a una serie de conclusiones.

PALABRAS CLAVE: Ciberacoso, TIC's, Acoso Laboral, redes sociales, protocolos.

ABSTRACT: Today, the information society is becoming a reality. The introduction of information and communication technology in our society has been a revolution in all aspects, from which the field of work does not escape. The objective of this study is how information and communication technologies (TICs) open the door to the phenomenon of cyberbullying in the workplace, using the transmission technology with which violence is carried out in the workplace.

Therefore, the concept of cyberbullying in the workplace will be considered first, which will lead to a number of features, consequences, as well as the consideration of specific protocols covering it, and then the completion of ILO Convention 190 will lead to a number of conclusions.

KEYWORDS: Cyberbullying, TIC's, harassment at work, social media, protocols.

ÍNDICE: 1. Introducción; 2. Contextualizando el ciberacoso laboral “del acoso laboral al ciberacoso”; 3. Procedimiento de ciberacoso; 4. Características del

¹ Mediadora Civil y Mercantil y Doctoranda Universidad de Sevilla

ciberacoso; 5. Consecuencias del ciberacoso “el papel de los protocolos”; 6. El Convenio 190 de la OIT y su especial mención al ciberacoso laboral; 7. Conclusiones; 8. Bibliografía

INDEX: 1. Introduction; 2. Contextualizing workplace cyberbullying “from workplace harassment to cyberbullying”; 3. Cyberbullying procedure; 4. Characteristics of cyberbullying; 5. Consequences of cyberbullying “the role of protocols”; 6. ILO Convention 190 and its special mention of cyberbullying; 7. Conclusions; 8. Bibliography

1. Introducción

El embate de las tecnologías de la información y comunicación, llamadas TIC’s han revolucionado nuestro modo de vida, la forma de comunicarnos, demostrando ser una herramienta útil y más que necesaria en nuestro día a día.

Las relaciones laborales no escapan a su influjo poniendo de manifiesto nuevas formas de desarrollo de la relación laboral.

El ser humano del S.XXI no concibe vivir sin estar conectado a las tecnologías de la información y comunicación, las cuales han causado tal impacto que Internet, se configuran no sólo como un nuevo medio de información y comunicación sino que, como afirma Echeverría (1999: 6) junto con otros sistemas tecnológicos periféricos (multi-media, infojuegos, realidad virtual, etc.) configura un nuevo espacio social, electrónico, telemático, digital, informacional y reticular, al que cabe denominar “tercer entorno”. La emergencia del tercer entorno modifica casi todas las acciones humanas (las finanzas, la ciencia, el comercio, el ocio, la cultura, el arte, la medicina, la enseñanza, la delincuencia, etc.), y también el modo de trabajar. Para Parks y Floyd (1996) Internet es el mayor espacio de encuentro mundial.

En el tema que nos ocupa, el acoso no es un fenómeno reciente, desde siempre ha existido, siendo tratado desde numerosos enfoques, tales como el psicológico, el sociológico, el laboral, etc. Enmarcado bajo el paraguas del Derecho del trabajo, el acoso laboral es definido por la Organización Mundial del trabajo como:

«la acción verbal o psicológica de índole sistemática, repetida o persistente por la que, en el lugar de trabajo o en conexión con el trabajo, una persona o un grupo de personas hiere a una víctima, la humilla, ofende o amedrenta» (OIT 2002).²

² Organización Mundial del Trabajo (OIT) Ginebra 2002.

https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_008502/lang--es/index.htm

Por su parte Leyman (1996), de dónde proceden los primeros estudios sobre el acoso, lo delimita como un terror psicológico que en la vida laboral implica una comunicación hostil e inmoral. Se trata de una situación de conflicto en el que la víctima se encuentra en situación de desamparo e indefensión. Asimismo, afirma que

“el lugar de trabajo constituye una situación en las que una persona o varias ejercen una violencia psicológica extrema de forma sistemática y recurrente, durante un tiempo prolongado, sobre otras u otras personas, en el lugar de trabajo con el fin de destruir sus redes de comunicación, destruir su reputación y perturbar el ejercicio de sus labores y conseguir sus desmotivación laboral”.

Por otro lado, Molina Navarrete nos muestra una definición de acoso laboral bastante pormenorizada:

“Acoso moral es toda aquella situación de conflicto interpersonal o grupal e la que como medio para poner fin al mismo una persona o grupo de personas deciden, formal o informalmente, expresa o tácitamente, ejercer sobre otra persona, prevaliéndose de cualesquiera relación de poder asimétrico instaurada en el lugar de trabajo, una violencia psicológicamente extrema, de forma sistemática (pluralidad de actuaciones dirigida a un fin y predefinida o planificada) y recurrente al menos una vez por semana durante un tiempo prolongado más de seis meses, con el fin de conseguir su estigmatización (marcado o aislamiento (vacío) respecto del grupo, haciéndosele perder su autoestima personal y su reputación profesional, bien para ensayar las ventajas competitivas de un estilo autoritario de gestión afirmando su poder (síndrome de chivo expiatorio), para que aprenda quien manda, bien para provocar su dimisión mediante una fórmula alternativa que cree la apariencia de autoexclusión.”

En definitiva, estas tres definiciones comparten el hecho de que la acción es repetida, sistémica, en la que la persona se encuentra totalmente desprotegida.

Una vez definido el concepto de acoso laboral, nos adentramos en el objeto de este estudio, que no es otro que poner el foco en el término ciberacoso, el cual cabe reseñar que no es una nueva forma de acoso, sino una forma emergente del propio acoso propiciado por el uso de las tecnologías de la información y comunicación, las cuales abren paso a este tipo de acoso.

2. Contextualizando el ciberacoso laboral “del acoso laboral al ciberacoso”

Con la llegada de las TIC’s el acoso de adentra en otra vertiente, en la esfera “virtual”, propiciando un nuevo escenario para la proliferación de este tipo de conductas surgiendo así lo que se conoce como ciberacoso.

El término ciberacoso, ha recibido varias designaciones entre las que se encuentran o incluyen “acoso cibernético”, “agresión en línea”, “intimidación y acoso por internet” y “victimización cibernética. A la hora de definirlo, Belsey (2006) lo conceptualizó como la acción que “Implica el uso de información electrónica y medios de comunicación para acosar a un individuo o grupo”, para lograr transmitir información difamatoria.

Parés (2007) lo define como un término que se utiliza para identificar situaciones en que una persona o grupo de personas ejercen un conjunto de comportamientos caracterizados por una violencia psicológica, aplicada de forma sistemática durante un tiempo sobre otra persona tendente a provocar el desprestigio de la misma, utilizando para ello cualquier medio de comunicación de masas, a lo que Royakkers (2000) refiere que este tipo de acoso se posibilita mediante redes sociales, teléfono móvil, etc....

Al extrapolarlo a la esfera laboral, Álvarez (2021) lo define como la violencia psicológica producida a través de las tecnologías de la información y comunicación que genera un ambiente de trabajo humillante o degradante para las personas que prestan sus servicios en el seno de una organización. Asimismo, Molina Navarrete (2019) añade que es:

Todo acto de agresión deliberada, realizado por una persona o un grupo contra otra, en el entorno de trabajo, mediante formas de comunicación digitales intimidatorias, ofensivas y humillantes repetidas en el tiempo, a fin de provocarle un daño”

“El virtual están real como el propio presencial”

Se trata por tanto de un fenómeno en crecimiento (Garaigordobil, 2011) en el que principalmente muchos autores sostienen que es un acto intencionado de manera repetida y constante a lo largo del tiempo, mediante el uso de formas de contacto electrónicas contra una víctima que no puede defenderse fácilmente y mucho más dañino que las formas tradicionales³ (Smith, 2008).

Para Écija Bernal (2017) el elemento definitorio es la extensión en el tiempo de estas acciones, acciones que se desarrollen en un periodo continuo y prolongado en el tiempo, de manera progresiva y no de forma puntual. Por ello, la repetición es la clave del acoso en línea.

³ Smith, P.K(2008), Mahdavi, J., Carvalho, C., Fisher, S., Russell, S., y Tippett, N. (2008). *Cyberbullying: Its nature and impact in secondary school pupils. Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 49, 376-385.

Smith, P.K y Mahdavi J, llevaron estudios referentes a las diferencias entre ciberacoso moderado y severo.

En cuanto a las notas definitorias a destacar en el ciberacoso, Vicente Pachés (2019) lo configura en cuatro elementos que son:

1. El ciberacoso implica un uso de las tecnologías como Internet para acechar de forma repetida a una o varias personas.
2. La conducta además de reiterarse con frecuencia, tiende a mantenerse durante cierto tiempo.
3. Se trata de una intromisión disruptiva, en la que se pone en riesgo aspectos de la vida íntima como fotos, vídeos o datos probados distribuyéndose a un número indeterminado de usuarios de Internet.
4. La negativa, en contra de su voluntad, sin su consentimiento, es decir aunque la víctima haya puesto de manifiesto su negativa a recibir mensajes, llamadas, o comentarios.

Mencionados estos elementos que son claves en el ciberacoso, cabe reseñar quizás el más significativo que es la repetición, y la frecuencia, existe mayor posibilidad de ejecutarlo ya que se puede dar dentro del centro de trabajo o fuera.

Tomando en consideración los elementos que lo configuran, se genera un procedimiento en el que el acosador encuentra el lugar idóneo. Se trata por tanto del mismo fenómeno que ha mutado hacia otro plano, hacia el plano tecnológico

3. Procedimiento de ciberacoso

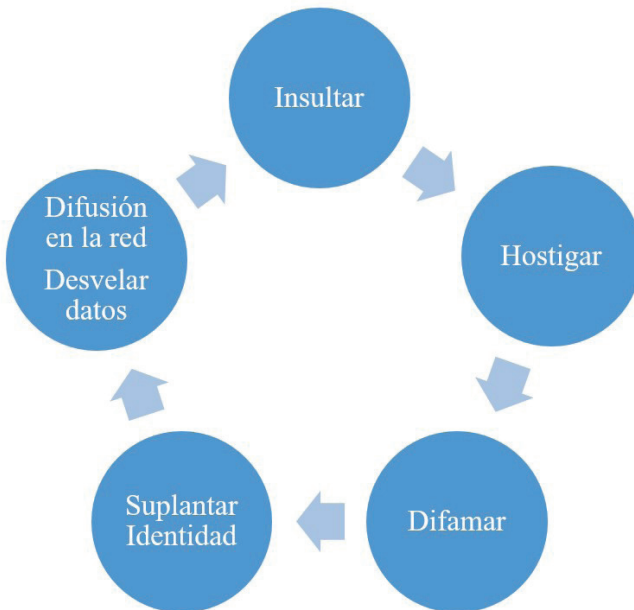
Este actual modelo de acoso facilitado por las TIC's va in crescendo, la mayoría de los estudios provienen del ámbito escolar, aunque cada vez son más los estudios referidos al ámbito laboral, en el que algunos se basan en la aproximación del concepto para referir una definición clara y concisa, sin embargo otros se fundamentan en como los protocolos de empresa tienen que introducirlo, y otros ponen el acento en el campo normativo.

En cuanto a dilucidar el procedimiento que sigue el ciberacoso, nos encontramos que elementos como la intimidación se dan mediante una serie de instrumentos como son el correo electrónico, chats, mensajería instantánea o sitios web. El principal daño es la reputación de la víctima, las repercusiones pueden ser más elevadas que el acoso tradicional, más severas más prolongadas, sintiéndose la víctima en un escenario de total desprotección. La publicación a través de Internet de informaciones o comentarios sobre personas vertiendo calumnias, injurias, publicar fotos sin

su consentimiento en redes sociales tales como Facebook, Instagram, etc., difundir vídeos sin su consentimiento⁴, (por ejemplo vídeos de contenido sexual), verter amenazas a través de distintos soportes tecnológicos, vulnerar el secreto a las comunicaciones, suponen acciones que vulneran el derecho al honor, a la intimidad, y a la propia imagen.

Para De Vicente Pachés (2019) la figura del acosador se define como un depredador moral, q suele ir perfeccionando su técnica con cada una de sus víctimas. Los ciberacosadores encuentran el medio, el lugar idóneo. El acosador se siente en una situación de poder desde el anonimato, por el contrario el perfil de la víctima aludiendo a Fernández (1998) se torna indefensa, en muchos casos culpable, su aislamiento psíquico, su falta de comunicación, el desconocimiento de éstos sobre los hechos la falta de solidaridad entre compañeros socavan la fuerza de la víctima.

Figura 1. Procedimiento de ciberacoso



Fuente: Elaboración propia

⁴ Ver caso IVECO, en Molina Navarrete “El Ciberacoso en el trabajo : cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas” y Redes Sociales digitales y gestión de riesgos profesionales: prevenir el ciberacoso sexual en el trabajo, entre la obligación y el desafío (pág 14)

4. Características del ciberacoso

Resulta fundamental señalar las características que reúne el ciberacoso, para ello haciendo referencia a Ferro Veiga (2013), dichas características pueden sintetizarse en:

- Necesidad de tener conocimientos acerca de Internet.
- Falsa acusación: la inmensa mayoría de los acosadores pretenden hacerle daño a las víctimas utilizando a gente para que estén contra él.
- Divulgación de testimonios inciertos sobre aquellas personas que sufren acoso mediante redes sociales, mientras que éstas no sean eliminadas por los acosadores podrá seguir el acoso durante meses o incluso años.
- Selección de avisos sobre la persona afectada: los ciberacosadores pueden investigar a personas allegadas a la víctima para que éstos puedan obtener cierta información.
- Emiten correos difamatorios al entorno de la víctima para poder utilizarlos en su contra.
- Manejan a otros para que molesten a las víctimas.
- Pueden culpar a la víctima de ofender a él o a alguien cercano o también puede culparle de difundir o publicar su número de teléfono o su nombre.

Una vez vistas las características la cuestión que se plantea ahora es que consecuencias genera el ciberacoso.

5. Consecuencias del ciberacoso. El papel de los Protocolos

Las consecuencias que genera el ciberacoso pueden ser de diversa índole. Por un lado, para el trabajador supone una serie de trastornos depresivos, que pueden desencadenar en rabia, ansiedad, impotencia, miedo, afectando a su estatus social y todo ello incidirá en su vida profesional, provocando pérdida de motivación laboral, lo que se traducirá en un mayor absentismo, etc. Aludiendo a Goransson (2011) el cual especifica que un estudio llevado a cabo en Suecia en el que se asoció la relación entre ciberacoso e insatisfacción en el trabajo, provocó un menor vínculo con la empresa y generó un mayor deseo de abandonar su empleo.

Por otro lado, no debemos obviar que para la empresa supone también un varapalo en cuanto a su imagen corporativa que podría verse afectada, así como un

mal ambiente de trabajo, traducido en entornos laborales tóxicos, pérdida de productividad, baja del trabajador acosado, etc.

Por ello las empresas tienen que ser conscientes de la problemática del acoso laboral y del acoso a través de los medios digitales y favorecer entornos de trabajo seguros en los que no exista ningún atisbo de acoso. Por esta razón, es de suma importancia, incluir el ciberacoso en los protocolos de empresa⁵, informar y formar a los trabajadores es tarea necesaria.

En suma, es necesario que las políticas preventivas ya adoptadas por la empresa, recojan este tipo de acoso con las particularidades que ofrecen las nuevas tecnologías.

De este modo, la empresa bajo el amparo de la Ley de Prevención de Riesgos laborales deberá tener la obligación de identificar este riesgo psicosocial, estableciendo procedimientos de actuación, que contemple también la toma de medidas disciplinarias.

En este sentido, es recomendable para las empresas hacer alusión a la Guía del Instituto Nacional de Ciberseguridad de España (INCIBE)⁶, esta guía pone de manifiesto la necesidad de establecer obligaciones en cuanto a la actividad en redes sociales para un uso adecuado de éstas sin menoscabo de poner en riesgo la reputación, el funcionamiento, la imagen e información de la empresa. Asimismo la Agencia Española de Protección de datos (AEPD)⁷ ha puesto en marcha un espacio web con herramientas de ayuda, así como unas recomendaciones para la protección de datos en políticas de prevención del ciberacoso dirigida tanto a empresas como a Administraciones públicas. Se trata por tanto de una buena iniciativa en la que se pretende evitar el tratamiento ilegítimo de los datos por parte de los empleados con el objetivo claro de causar un daño.

6. El Convenio 190 de la OIT y su especial mención al ciberacoso laboral

En junio de 2019 la OIT adoptó el Convenio número 190 sobre la importancia de la prevención y la violencia en el medio laboral y una cultura basada en la dignidad del ser humano. El convenio 190 de la OIT define el acoso como:⁸

⁵ Ver Informe de Responsabilidad Corporativa AXA, se recoge el término ciberacoso y también muy importante la potencial responsabilidad de las personas que participen reenviando y/o difundiendo información, imágenes o sonidos constitutivos de este tipo de acoso y las personas que, siendo conocedoras, no lo denuncian.
<https://www.axa.es/documents/1119421/169334553/MEMORIA-AXA-2020.pdf>

⁶ Guía para empresas del Instituto INCIBE https://www.incibe.es/sites/default/files/contenidos/guias/doc/guia_decalogo_ciberseguridad_metad.pdf

⁷ Guía para la protección de datos en materia de prevención de acoso

⁸ Definición de acoso dada por la OIT en art.1 del Convenio 190

“Violencia y acoso en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico e incluye la violencia y el acoso por razón de género”.

Dicho Convenio supone un gran paso al reconocer el ciberacoso, así pues en el art.3.d) es donde se detalla aludiendo a las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación.

El Convenio reconoce también que la violencia puede tener lugar fuera del espacio “físico” que es el trabajo, es decir que puede darse en un medio más volátil, en el medio tecnológico cuando el trabajador está conectado por ejemplo teletrabajando.

Con esta norma internacional se alude a los Estados miembros y a las organizaciones empresariales a promover entornos de trabajo saludables, en el que prevengan y combatan todo tipo de conducta hostil, vejatoria, infamante, humillante. Es decir, conjunto de normas que engloben el derecho a la igualdad y no discriminación, seguridad y salud en el trabajo, régimen disciplinario, etc. El capítulo IV, está dedicado a la prevención y a la protección, y es precisamente esa prevención/protección lo que prima en el Convenio 190, a destacar también la mención a la noción de violencia y acoso por razón de género⁹.

En definitiva dicho Convenio supone una oportunidad fundamental para que planes de igualdad y políticas de empresas (protocolos, códigos éticos.etc) se alineen con los contenidos contemplados en el Convenio. Sin duda un gran paso el recoger el acoso a través de los medios digitales y es que con la aprobación del Real Decreto Ley de Trabajo a distancia¹⁰ se nos abren nuevos cauces en los que se pueden plantear problemas en las relaciones de trabajo. El acoso “in situ” en el centro de trabajo ha ocurrido desde siempre, pero al disponer de medios telemáticos también se abre una nueva vía a que este fenómeno surja utilizando los medios electrónicos de la empresa como puede ser por ejemplo a través del correo electrónico profesional. Por ello, dicho Real Decreto contempla que las empresas deben tener en cuenta las peculiaridades del trabajo a distancia.

⁹ Mención a la violencia y acoso por razón de género del Convenio 190 de la OIT ver más en Pons Carmena, María *“Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio 190 de la OIT”*.Revista Labos, Vol.1, No.2, pp.30-60

¹⁰ Real Decreto Ley de Trabajo a distancia <https://www.boe.es/eli/es/rd/2020/09/22/28/dof/spa/pdf>

7. Conclusiones

Este artículo ha tratado de mostrar una aproximación hacia el fenómeno del ciberacoso en el trabajo propiciado por el avance de las nuevas tecnologías de las que emergen nuevas tendencias en el mercado de trabajo, nuevos problemas, nuevos desafíos, en un escenario líquido, intangible como es Internet, que a veces se torna oscuro al hacer un uso indebido de los medios tecnológicos en el lugar de trabajo, pudiendo dar lugar a situaciones de acoso laboral. Teniendo en cuenta, las características recogidas en el fenómeno del ciberacoso, podemos decir que con la tecnología se amplifica, se potencia, existe mayor posibilidad de actuación, y asimetría de poder entre las partes implicadas pudiendo ser cualquier persona de cualquier categoría profesional. Este medio facilita las conductas anónimas.

Se trata de más de lo mismo, lo único que cambia es la rapidez de las actuaciones que en Internet se propaga rapidísimamente.

Una vez hecha la aproximación al concepto y a los elementos configuradores que describen tal conducta, así como a sus consecuencias, el Convenio 190 de la OIT ha supuesto o va suponer disponer de un instrumento normativo muy favorable en cuanto a la prevención del acoso y una novedad en cuanto a la alusión del ciberacoso.

Por tanto, se trata de tener “medios” pero también de concienciar sobre esta lacra que supone el acoso en cualquiera de sus manifestaciones, y vislumbrar soluciones en este tema de considerable enjundia, bajo el yugo de las tecnologías.

8. Bibliografía

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (2019). *La protección de datos como garantía en las políticas de prevención del acoso: recomendaciones de la AEPD*. <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/recomendaciones-sobre-acoso-digital-aepd.pdf>

ALVAREZ DEL CUVILLO, A. (2021). *El ciberacoso en el trabajo como categoría jurídica*. *Temas Laborales* num.157/2021, pp.167-192.

BELSEY, B. (2005). *Cyberbullying: An emerging Threta to the always on generation* Disponible en: <http://www.cyberbullying.ca> Recuperado 1 junio 2021.

ECIJA BERNAL, A (2017). *Principales conductas antisociales de Internet .Análisis y propuestas de solución*. *Diario la ley* num 3. Editorial Wolter Kluwer.

ECHEVERRÍA, J (1999). *Los señores del aire: Telépolis y el tercer entorno*. Editorial Destino. Barcelona.

FERNÁNDEZ GARCÍA, I. (1998). *Prevención de la violencia y resolución de conflictos: El clima escolar como factor de calidad*. Madrid, Narcea.

FERRO, VEIGA J. (2013). *Acoso escolar a través de las nuevas tecnologías. Cyberacoso y grooming*. Formación Alcalá.

GARAIGORDOBIL, M. (2011). *Prevalencia y consecuencias del cyberbullying: una revisión*. International Journal of Psychology and Psychological therapy, vol. 11, núm. 2, junio, 2011, pp. 233-254.

GORANSSON, S. et al, (2011) "Psykologiska perspektiv på hot och våld i arbetslivet – Kunskapsöversikt", *Arbetsmiljöverket Rapport 2011:7*. Citado en Violence and harassment in European workplaces: Extent, impacts and policies. Fuente EUROFOUND 2015 Disponible en: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_comparative_analytical_report/field_ef_documents/ef1473en.pdf Con acceso 1 junio 2021

INCIBE (2017). *Decalogo Ciberseguridad para empresas*.

Disponible en: https://www.incibe.es/sites/default/files/contenidos/guias/doc/guia_decalogo_ciberseguridad_metad.pdf Recuperado 29 junio 2021.

LEYMANN H. (1996). *Contenido y desarrollo del acoso grupal/moral ("Mobbing") en el trabajo*. European Journal of work and organizational psychology, 5 (2): 165-184.

MOLINA NAVARRETE, C (2001) .*La tutela frente a la violencia moral en los lugares de trabajo entre prevención e indemnización*. Revista Aranzadi Social núm.18/2001.

MOLINA NAVARRETE, C (2019). *Redes sociales digitales y gestión de riesgos profesionales: prevenir el ciberacoso sexual en el trabajo, entre la obligación y el desafío*. Diario la ley, nº 9452,2019 Wolter Kluwer.

MOLINA NAVARRETE, C (2019). *El Ciberacoso en el trabajo, como identificarlo, prevenirlo, y erradicarlo en las empresas*. Editorial La ley.

OIT. La Violencia en el trabajo. Ginebra 2000. Disponible en: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_008502/lang--es/index.htm. Recuperado 30 junio 2021.

PARÉS SOLIVA, M (2007). *Ciberacoso, un tema de reflexión*. Disponible en: <http://www.acosomoral.org/pdf/ciberacoso.PDF> Recuperado el día 20 de junio de 2021

PARKS, M & FLOYD, K (1996). Making Friends in Cyberspace. Journal of communication, 46(1): 80-97.

PONS CARMENA, M. (2020). *Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio OIT 190*. Labos, Vol.1, nº 2, pp 30-60.

ROYAKKERS, L. (2000). *The Dutch Approach to Stalking Laws*, California Criminal Law Review, 3, pp.12-23.

SMITH, P.K(2008), MAHDAVI, J., CARVALHO, C., FISHER, S., RUSELL, S., y TIPPET, N. (2008). *Cyberbullying: Its nature and impact in secondary school pupils. Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 49, pp.376-385.

VICENTE PACHÉS, F (2017). *El ciberacoso: un fenómeno de violencia emergente en el ámbito de las relaciones de trabajo*. Revista de información Laboral num. 2/2017.Editorial Aranzadi.

VICENTE PACHÉS, F (2018).*Ciberacoso en el trabajo*. Editorial Atelier. Barcelona.

VICENTE PACHÉS, F (2020).*El Convenio 190 de la OIT y su trascendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y el ciberacoso en el trabajo*.Revista trabajo y Seguridad social CEF, nº 448/julio 2020.

DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA EN MATERIA DE TELETRABAJO, SEGÚN LA LEY 10/2021 DE 9 DE JULIO, DE TRABAJO A DISTANCIA¹.

Dr. Francisco Pérez Amorós²

RESUMEN: Se comentan las aportaciones más novedosas de la Ley 10/2021 sobre el derecho de información de los representantes de los trabajadores. Tras unas referencias internacionales, se estudian los sujetos emisores y receptores de la información, se precisa el objeto de la misma (contenido o materia y alcance), y, finalmente, se comentará su objetivo.

ABSTRACT: The most innovative contributions of Law 10/2021 on the right to information of workers' representatives are discussed. After some international references, the subjects emitting and receiving the information are studied, the object of the same is specified (content or subject and scope), and, finally, its objective will be discussed.

ÍNDICE: 1. Introducción.- 2. Fuentes internacionales y comunitarias sobre teletrabajo y derecho de información.- 3. El derecho de información en cuestión según la Ley 10/2021: sujetos, objeto y objetivos.

INDEX: 1. Introduction.- 2. International and community sources on teleworking and the right to information.- 3. The right to information in question according to Law 10/2021: subjects, object and objectives.

1. Introducción

El binomio “relaciones laborales colectivas *versus* nuevas tecnologías”, tiene sus antecedentes, ha ocupado un lugar destacado en el debate más amplio sobre los

¹ Comunicación presentada al XI Congreso Internacional de la Academia Brasileña de Derecho Laboral -Universidad de Sevilla. Sevilla, 7 y 8 de octubre 2021.

² Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona (jubilado). Vicepresidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social “Guillermo Cabanellas” (AIDTSS).

efectos de las nuevas tecnologías de la información y comunicación y el Derecho del Trabajo, y sigue siendo de incuestionable actualidad.

Caídos en el olvido los pretéritos posicionamientos -también algunos sindicales- que dudaban o incluso refutaban la laboralidad del teletrabajo, y superadas las vacilaciones sobre su diferenciación del trabajo a domicilio, se pasó a reclamar su condición de trabajo voluntario por cuenta ajena asalariado, que obtenido por medio de unos primeros convenios, o por leyes en situaciones extraordinarias por razones de emergencia (Covid-19), pasó a serlo de forma genérica, y, finalmente, se promulgó una legislación propia del teletrabajo, tanto en el sector de las administraciones públicas³ como en el sector privado (Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia⁴).

Este estudio, que se constriñe al sector privado, parte de la idea que el teletrabajo es una subespecie del “*trabajo a distancia*”, prestado con carácter voluntario por cuenta ajena de régimen común que, por atenderse mediante el uso exclusivo o prevalente de medios TIC, tiene sus singularidades de orden individual y colectivo (arts. 1 y 2 Ley 10/2021), y es un estudio que se centra en el derecho de información aludido en su título.

Se trata de un ensayo de tono discursivo, que sólo versa sobre las aportaciones de la reciente Ley 10/2021 sobre dichos derechos de información, no tiene pues otras pretensiones, planteamiento que justifica la documentación y bibliografía -muy puntual y muy actual- que se cita.

³ Para el sector de las Administraciones Públicas, y por todos, ver: el Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 (BOE, 30); y, la Resolución de 15 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. Y, ver art. 47 bis (sobre “*Teletrabajo*”) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

⁴ Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (BOE, 10), de consulta en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-11472>. Entrada en vigor 1 de julio de 2021 y, para la disposición final 1.2, el 1 de octubre de 2021.

Es resultado de la **convalidación** del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (BOE, 23), según Acuerdo de convalidación, por Resolución de 15 de octubre de 2020 (BOE, 22). El texto de tal Real Decreto-ley fue resultado de un **acuerdo en la mesa de diálogo social** (gobierno e interlocutores sociales) celebrada en septiembre de 2021, tras larga negociación, cuya documentación -borradores, versiones y propuestas- ofrece referencias sobre la elaboración de su art. 19 (“*Derechos colectivos*”) que aquí no se pueden ni citar.

La **Ley 10/2021** contiene disposiciones transitorias sobre su aplicación en situaciones de trabajo a distancia reguladas por convenios existentes en el momento de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera), y sobre la vigencia de la normativa sobre trabajo a distancia derivada de la COVID-19 dictada en 2020 (Disposición transitoria tercera), **escenarios ambos que no se tratan en estas páginas**.

Para facilitar la exposición se anticipa que seguirá un esquema clásico: tras unas referencias internacionales, se recordarán con concisión los sujetos emisores y receptores de la información, se precisará con más detalle el objeto de la misma (contenido o materia y alcance), y, finalmente y por razones de unidad, se recordará muy sucintamente, su objetivo.

2. Fuentes internacionales y comunitarias sobre teletrabajo y derecho de información

El tema objeto de debate reclama la atención de las fuentes de dicha condición debido a varios motivos: porque así lo aconseja la propia naturaleza del teletrabajo, y porque así lo impone el ordenamiento.

El teletrabajo, -sin *fronteras* por definición- tiene un hábitat idóneo en el escenario internacional (globalización económica y laboral), y más que es así, si se conviene que es una nueva forma de organizar el trabajo al socaire de las nuevas tecnologías (informáticas, telemáticas y de telecomunicación) de cuyo potencial globalizador nadie puede dudar. El retraso y cierta parquedad de la normativa estatal -legal y convencional- reguladora del teletrabajo han concedido más protagonismo a las normas supraestatales, y/o a la negociación colectiva, alternativas que no siempre cumplen las expectativas generadas, y que, en muchos casos, no han excitado suficientemente el celo del legislador nacional que, en ocasiones, reacciona algo tarde y poco.

2.1. Convenio 177 OIT (1996): teletrabajo como subespecie del trabajo a domicilio

El Convenio OIT 177 (1996), sobre el trabajo a domicilio, 1996⁵, escueto en su contenido, establece que la política nacional en materia de trabajo a domicilio deberá “*promover la igualdad de trato...y no discriminación*” entre los trabajadores a domicilio (y teletrabajadores) y los otros trabajadores presenciales (en el mismo centro) (art. 4.1).

Así pues, en el teletrabajo, rige la igualdad de trato, respecto de una lista abierta de materias, la primera de la cuales es, precisamente, “*el derecho de los trabajadores a domicilio a constituir o a afiliarse a las organizaciones que escojan y a participar en sus actividades*”, y las restantes: la protección de la discriminación en el empleo y en la ocupación; la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo; la remuneración; la protección por regímenes legales de seguridad social; el acceso a la formación; la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo; y, la protección de la maternidad (art. 4.2). Si la lista que prioriza los temas significativos del teletrabajo, incluye la

⁵ Adopción: Ginebra, 83ª reunión CIT 20 junio 1996; entrada en vigor: 22 abril 2000, en estados que lo han ratificado, según https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312322

información en cuestión, y lo hace en primer lugar, y de manera reforzada –“*en particular*” (art. 4.2, *in prius*)-, la está realzando a todos los efectos.

La referida exigencia de igualdad de trato y no discriminación entre los trabajadores presenciales y los teletrabajadores, en materia sindical -a pesar que su formulación es mejorable- debe entenderse planteada en sentido amplio (libertad sindical: un derecho de derechos), que abarca, tanto la creación y afiliación a un sindicato, como a cualquier actividad sindical (participación, negociación y conflicto), incluidas las informativas. Los repetidos y sonoros llamados a la libertad sindical de los trabajadores a domicilio que constan en el Convenio, denotan que la realidad la desconoce en muchas ocasiones.

Tan relevante preocupación de la OIT por la libertad sindical de los trabajadores a domicilio, compromete la legislación de los estados y a la negociación colectiva (art. 5), cuestión distinta -pero no ello menos criticable-, es que el Convenio OIT 177 (1996) haya recibido pocas ratificaciones hasta la fecha, olvido del que participa España según listado referenciado *supra*. La ratificación del Convenio obliga a previas consultas entre los sindicatos y las patronales del estado (art. 3), reactivando así los derechos de información de los representantes de los trabajadores en la empresa, no haberlo ratificado los mantiene *inactivos*.

La Recomendación OIT 184 (1996), sobre trabajo a domicilio⁶, algo más *expresiva* que el Convenio OIT, dedica un apartado propio a tratar de “*Derecho de sindicación y derecho a la negociación colectiva*” (apartado V)⁷, circunstancia que se resalta positivamente sin desconocer que tal instrumento no es normativo, sino interpretativo.

La Recomendación, auspicia el ejercicio –“*sin restricciones*”- de los derechos de creación -federación y confederación- y afiliación sindical de los trabajadores a domicilio, incluidos los teletrabajadores (electores y elegibles), y “*a participar en las actividades de esas organizaciones*” (derechos de participación) entre las que se debe incluir el ejercicio del derecho de información de los teletrabajadores y el de sus representantes en la empresa; y, en la misma línea la Recomendación también reclama la negociación colectiva para regular las condiciones laborales de dichos teletrabajadores.

⁶ Adopción: Ginebra, 83ª reunión CIT, 20 junio 1996.

⁷ Cuyo literal es el siguiente:

<<11. *Las restricciones legislativas o administrativas u otros obstáculos:*

(a) *al ejercicio del derecho de los trabajadores a domicilio a constituir sus propias organizaciones o a afiliarse a las organizaciones de trabajadores que escojan y a participar en las actividades de esas organizaciones;*(b) *al ejercicio del derecho de las organizaciones de trabajadores a domicilio a afiliarse a federaciones o confederaciones sindicales, deberían ser identificados y suprimidos.*

12. *Deberían adoptarse medidas destinadas a fomentar la negociación colectiva como medio para fijar las condiciones de empleo y de trabajo de los trabajadores a domicilio>>*

En este contexto -libertad sindical- tienen cabida los derechos de información de los representantes de los teletrabajadores, especialmente, sobre las materias que se mencionan en otros apartados de la Recomendación (v. gr.: “Remuneración”; “Seguridad y salud en el trabajo”, “Horas de trabajo, períodos de descanso y licencias”).

El hecho que el Convenio OIT 177 de 1996 considere el teletrabajo como una subespecie del trabajo a domicilio, suscita interrogantes sobre si no sería conveniente habilitarle un espacio propio en el ámbito de las fuentes de la OIT, pues según como su apego al “trabajo a domicilio” podría ser una rémora para su emergencia y plena autonomía, dicho sea, sin mayor precisión a efectos de reflexión.

A continuación, se comprobará y subrayará un hecho interesante en orden al tema que se comenta: dos de los -no muy numerosos- acuerdos suscritos hasta la fecha entre los interlocutores sociales europeos tratan del teletrabajo y de los derechos individuales y colectivos de los teletrabajadores.

2.2 El Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo (2002) y el Acuerdo Marco Europeo de los interlocutores sociales sobre digitalización” (2020): el diálogo social como origen de la información

En el ámbito de la Unión Europea, se ha suscrito el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (AMET, 2002), que es el primero convenido en Europa por los propios interlocutores primarios y sociales⁸. Presenta un marco general a escala europea de las condiciones de laborales, incluidas las colectivas o sindicales, de teletrabajadoras y teletrabajadores. No es un texto directamente aplicable sin más.

Un escueto repaso del Acuerdo ya permite adelantar que la mayoría de los aspectos peculiares del teletrabajo que trata, coinciden, en lo principal, con los que contempla el Convenio OIT 177 y la Ley 10/2021, coincidencia que justifica una comparativa entre tales fuentes a los efectos de conocer y valorar mejor el estado actual de la cuestión objeto de comentario en materia de derechos de información de los teletrabajadores.

Por razones obvias, aquí y ahora se debe enfatizar que dicho Acuerdo de 2002, partiendo de la idea general que los teletrabajadores tienen los mismos derechos que los trabajadores que realizan su tarea en los locales de la empresa (equiparación de trato), dedica un apartado rubricado “*Derechos colectivos*” para establecer que “*los teletrabajadores tienen los mismos derechos colectivos que los trabajadores que realizan su*

⁸ Firmado el 16 de julio el año 2002 (revisado en 2009), por Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE), la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP).

Su texto consultado en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10131>

tarea en los locales de la empresa”, y para puntualizar, con un tono *defensivo* altamente expresivo, que “*No deberá obstaculizarse la comunicación con los representantes de los trabajadores*”. Por lo que posteriormente se comentará, se destaca que el Acuerdo de 2002 utiliza la expresión “*derechos colectivos*” cuya amplitud es manifiesta, y que no se limita a procurar mejoras, sino también a evitar y criticar entuertos (remover obstáculos), dando así prueba de un oportuno realismo.

La referida igualdad entre los “*derechos colectivos*” de los teletrabajadores y los de los trabajadores presenciales planteada en el AMET según los términos transcritos, se debe tener como una equiparación de la libertad sindical de ambos colectivos de trabajadores entendida como un derecho de derechos, circunstancia que, desde un punto de vista más teórico, coadyuva a configurar mejor los sujetos, el objeto y el objetivo de dichos derechos de información de los representantes de los trabajadores en concreto. Y, desde un punto de vista más práctico, el Acuerdo, al establecer que los derechos de información entre el empresario, los trabajadores y/o los representantes de los trabajadores en el ámbito de la empresa deben ser fluidos (sin obstáculos), está incidiendo en punto a las denominadas garantías para el ejercicio efectivo de tales derechos.

El AMET 2002, además de dicha referencia expresa y particular sobre los derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de teletrabajo, contiene otras cuestiones que los afectan, indirecta y/o complementariamente. Cuando identifica los aspectos peculiares del teletrabajo que reclaman una regulación propia –v. gr.: voluntariedad y temporalidad, protección de datos, formación, seguridad y salud, equipos para teletrabajar, y organización del trabajo-, está señalando materias objeto de la información que el empresario debe facilitar a los representantes de los trabajadores en la empresa. Además, el Acuerdo, al referir, de forma expresa, que el empresario debe facilitar al teletrabajador la información escrita pertinente sobre su trabajo (de acuerdo con las previsiones de la Directiva 91/533/CEE), también está ofreciendo pistas para identificar el contenido de dicha información entre tal empresario y los representantes de los teletrabajadores. Y así mismo, el reiterado Acuerdo de 2002, cuando, repetidamente, se remite a los convenios colectivos, está potenciando la consulta y la información de dichos representantes por activa y por pasiva, cuestión distinta es que los convenios colectivos no hayan prosperado suficientemente al respecto, y que se requiera un nuevo esfuerzo del diálogo social para conseguirlo.

El Acuerdo Marco Europeo de los interlocutores sociales sobre digitalización (2020)⁹, se aplicará a toda la Unión Europea, tratando de lograr, “*la integración de*

⁹ Suscrito por Business Europe, SMEUnited, CEEP y la CES (y el comité de enlace EUROCADRES/CEC) el 16 de junio de 2020.

la tecnología digital en el mundo laboral, a fin de apoyar/ayudar a los trabajadores y mejorar la productividad”¹⁰, y se implementará en un periodo de tres años a partir de su firma. No es un instrumento directamente aplicable.

Tal Acuerdo de 2020, contiene múltiples consideraciones sobre la participación, consulta e información de los representantes de los trabajadores “para hacer frente a los retos de la digitalización en el mundo laboral”, la mayoría de las cuales se pueden proyectar sobre la información en el ámbito del teletrabajo en particular. Al respecto valgan, por todas, las siguientes citas literales del referido Acuerdo:

“Es fundamental que la tecnología digital se introduzca en consulta oportuna con los trabajadores y sus representantes, en el marco de los sistemas de relaciones laborales, para generar confianza en el proceso”.- “En todas las fases del proceso...debería promoverse la participación de los interlocutores sociales al nivel que corresponda, ...y los representantes de los trabajadores y los comités de empresa europeos...”; “...la creación de marcos basados en la comunicación abierta y en la información, consulta y participación, de conformidad con los sistemas nacionales de relaciones laborales”.

Se puede concluir este subapartado remarcando que la ordenación del derecho de información en materia de teletrabajo tiene su origen en la autonomía colectiva supraestatal (Acuerdo 2002 *cit*), vía en la que -tras dieciocho largos años- se vuelve a deposita la confianza (Acuerdo 2020 *cit*), con el objetivo que el diálogo social estatal, la legislación y los convenios colectivos internos desarrollen tal regulación internacional.

Se recuerda que dichos dos Acuerdos no son normas directamente aplicables, como tampoco lo es el Convenio OIT 177 donde no se haya ratificado (art. 96.1 CE).

No sabemos si realmente el AMET 2002 fue un texto “clarividente”, como se ha apuntado desde un foro institucional europeo, en todo caso es de esperar que el Acuerdo de 2020 no resulte ser un intento “tardío”. El Comité Económico y Social Europeo (2021), tomando en consideración ambos Acuerdos, llama la atención sobre la necesidad de que los Estados miembros persistan en garantizar la participación de los interlocutores sociales en la configuración de un marco laboral para los teletrabajadores,

Texto consultado en: <https://www.ccoo.es/3ec9e3ddff84034c1a796cb52ac84c09000001.pdf>; y, en https://www.business europe.eu/sites/buseur/files/media/reports_and_studies/2020-06-22_agreement_on_digitalisation_-_with_signatures.pdf

¹⁰ “...es.. resultado de las negociaciones entre los interlocutores sociales europeos como parte de su sexto programa de trabajo plurianual para 2019-2021. En el contexto del artículo 155 del TFUE, este acuerdo marco europeo independiente compromete a los miembros (firmantes) a promover e implementar instrumentos y medidas, cuando sea necesario a nivel nacional, sectorial y/o empresarial, de conformidad con los procedimientos y prácticas propios de la gestión y el trabajo en los Estados miembros y en los países del Espacio Económico Europeo...”.

y remarca la significación de los derechos de participación e información de los mismos y de sus representantes¹¹.

2.3 La identificación de los aspectos objeto de información más relevantes en experiencias internacionales

Para centrar y avanzar en el debate sobre los derechos de información de los representantes de los trabajadores en la empresa en materia de teletrabajo, se comenta como se han planteado y plantean algunos aspectos de la cuestión en una organización sindical internacional cualificada (ITUC, ver reseña bibliográfica in fine).

Dicha organización sindical plantea que para asegurar la regulación del teletrabajo se deben respetar varios derechos laborales (que enumera y califica de “*principios claves*”), entre los cuales incluye en particular los derechos colectivos, previendo expresamente al respecto que “*Se debe garantizar el respeto de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva de los teletrabajadores*”.

Dicha previsión monográfica sobre derechos colectivos -que es la más extensa de todas las contempladas en el texto sindical (ITUC, citado) se formula en unos términos que se dan por reproducidos íntegra y literalmente aquí por lo ilustrativos que resultan ahora, e incluye referencias de varios aspectos puntuales de los derechos de información objeto comentario en estas páginas, tales, como ejemplo, los siguientes: 1º) “*Para posibilitar la representación sindical equitativa de los teletrabajadores, los empleadores deberían proporcionar, a petición de una organización sindical, los nombres y los cargos de los teletrabajadores para asegurarse de que todos tienen la oportunidad de recibir información sobre el sindicato*”; 2º) “*Los empleadores también deberían proporcionar oportunidades de comunicación entre los trabajadores y los representantes sindicales sin la presencia ni la supervisión del empleador...*”; 3º) “*El empleador debería poner a disposición de los trabajadores la tecnología que utiliza para comunicarse con ellos para que estos realicen sus propias actividades de organización, sin supervisión ni vigilancia por parte de la dirección*”; y, 4º) “*Los empleadores deberían ofrecer a los teletrabajadores espacios de reunión digitales seguros donde llevar a cabo actividades sindicales... en los lugares de trabajo físicos*”.

Resulta fácil identificar los aportes sobre el contenido y el alcance los derechos de información contemplados en las anteriores transcripciones; como fácil resulta convenir que tales contribuciones enriquecen el debate, a pesar que se formulan de

¹¹ EL CESE puntualiza: “*los trabajadores en régimen de teletrabajo no pueden verse perjudicados en el ámbito laboral por el hecho de trabajar a distancia, en especial en lo que respecta... la participación y representación sindicales, los derechos laborales específicos...*” (**Dictamen del Comité Económico y Social Europeo**, aprobado en el pleno del 24.3.2021, sobre «Los retos del teletrabajo: organización de la jornada de trabajo, equilibrio entre vida privada y vida laboral y derecho a desconectar», Dictamen exploratorio solicitado por la Presidencia portuguesa, 2021/C 220/01).

manera genérica en un documento sindical interno sin valor normativo ninguno. Los espacios y los instrumentos tradicionales ceden terreno a los espacios virtuales y las técnicas virtuales: el ordenamiento laboral vigente ¿está preparado y adecuado para atender a dichas novedades y para satisfacer los derechos de información de los teletrabajadores y de sus representantes?

3. El derecho de información en cuestión según la Ley 10/2021: sujetos, objeto y objetivos.

3.1 El punto de partida normativo y su contexto: el artículo 19 Ley 10/2021 y los artículos 13 y 64 LET

Desde que se publicó el AMET 2002 hasta que ha entrado en vigor la Ley 10/2021 han transcurrido, diecinueve años; desde que se dictó la Sentencia del TC 281/2005, de 7 de noviembre (BOE 13 de diciembre), hasta que ha entrado en vigor la Ley 10/2021, se han sucedido dieciséis.

El pasaje más relevante de la Ley 10/2021 a los efectos de comentar el derecho de información de los representantes de los trabajadores en la empresa en materia de teletrabajo es el artículo 19 novedoso por su contenido: así se deduce de la estructura de tal Ley, del propio contenido del ordinal 19, y de sus concordancias (internas y externas).

El Capítulo III de la Ley 10/2021 bajo el título “*Derechos de las personas trabajadoras a distancia*” (incluidos los teletrabajadores ex art. 2 Ley 10/2021), se configura y ordena así: comprende y clasifica los derechos de los tales trabajadores en seis (secciones), las cinco primeras compendian derechos individuales, que se dan por transcritos (arts. 9 a 18), y la sexta y última trata de “*Derechos colectivos*” (un único artículo: el 19, cuya cabecera reza “*Derechos colectivos de las personas que trabajan a distancia*”) entre los que se incluyen los derechos de información objeto de comentario en estas páginas.

En punto al contenido del ordinal 19 Ley 10/2021, se visualizan dos apartados, y se adelanta que el primero reza así:

<<Artículo 19.- 1. Las personas trabajadoras a distancia tendrán derecho a ejercitar sus derechos de naturaleza colectiva con el mismo contenido y alcance que el resto de las personas trabajadoras del centro al que están adscritas.-A estos efectos, la negociación colectiva podrá establecer las condiciones para garantizar el ejercicio de los derechos colectivos de las personas trabajadoras a distancia, en atención a las singularidades de su prestación, con respeto pleno al principio de igualdad de trato y de oportunidades entre la persona trabajadora a distancia y la que desempeñe tareas en el establecimiento de la empresa>>.

Y, se subraya el literal de su segundo punto:

<< 2. La empresa deberá suministrar a la representación legal de las personas trabajadoras los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa, entre ellos, el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa y la implantación del tablón virtual, cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia.- Deberá asegurarse que no existen obstáculos para la comunicación entre las personas trabajadoras a distancia y sus representantes legales, así como con el resto de personas trabajadoras.- 3. Deberá garantizarse que las personas trabajadoras a distancia pueden participar de manera efectiva en las actividades organizadas o convocadas por su representación legal o por el resto de las personas trabajadoras en defensa de sus intereses laborales, en particular, su participación efectiva presencial para el ejercicio del derecho a voto en las elecciones a representantes legales>>.

Interesa observar que dicho pasaje 19, primero reconoce tales derechos colectivos, incluidos los informativos, y después los garantiza: reconoce imperativa (“tendrán”) e individualmente (a los “trabajadores a distancia”, incluidos los teletrabajadores) los “derechos colectivos” (ex rúbrica del ordinal 19 y ex art. 19.1, primer párrafo), que disfrutarán de acuerdo con el “principio de igualdad...” referido; e, inmediatamente después, faculta potestativamente (“podrá”) a la “negociación colectiva” a “garantizar” el ejercicio de tales derechos colectivos, a cuyo fin el empresario facilita a los representantes de los (tele)trabajadores los “elementos precisos”, deberá asegurarse que “no existen obstáculos para la comunicación” entre ambos (art. 19.1, segundo párrafo). El reconocimiento del derecho es inapelable (constitutivo), es su ejercicio -real y efectivo- el tema que resulta controvertido en la práctica tal y como trasluce el propio literal del repetido ordinal 19 cuando actúa a la defensiva.

Y siguiendo el orden previsto, se anota que el derecho de información previsto en el pasaje 19 referido se debe concordar con otras aportaciones de la propia Ley 10/2021), y también con los artículos 13 (“Trabajo a distancia”, incluido el teletrabajo) y 64 de la LET (“Derechos de información y consulta y competencias”)¹². La remisión

¹² El Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET), de consulta en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

El artículo 13 LET (“Trabajo a distancia”) previene, sin mayor detalle, que “Las personas trabajadoras podrán prestar trabajo a distancia en los términos previstos en la Ley 10/2021 de trabajo a distancia”; esta versión tan breve del actual 13 LET responde al mandato de la **Disposición final 3 uno de la repetida Ley 10/2021**, de 9 de julio.

A los efectos del estudio del vigente artículo 19 Ley 10/2021, conviene tener presente el siguiente detalle. La versión anterior del **art. 13 LET** (introducida en su momento por el art. 6 de la Ley 3/2012 de reforma laboral y derogada por dicha Disposición final precitada; su texto en <https://www.boe.es/>

al modelo de participación general previsto en la legislación laboral (LET y LOLS), y, en particular, al derecho de información de los representantes (ex artículo 64 LET y concordantes, y homónimos en LOLS) es obligado y necesario, pero tiene un hándicap de partida: es un modelo que está pensado para trabajadores que laboran en un mismo centro, no para teletrabajadores (deslocalizados y/o descentralizado) y menos para *empresas virtuales*.

Una visión completa del artículo 19 IEY 10/2021, obliga a recordar el Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo (2002) y el Acuerdo Marco Europeo de los interlocutores sociales sobre digitalización” (2020), y a tener en cuenta que el primero de los dos se ha proyectado en al Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 31 de enero de 2003 (BOE, 24 febrero), y en los siguientes y otros acuerdos que se dan por citados.

Así considerado y contextualizado el artículo 19 Ley 19/2021, a continuación, se tratará de los derechos de información de los representantes de los trabajadores en la empresa en materia de teletrabajo, siguiendo un esquema clásico: tras identificar sucintamente los sujetos emisores y receptores de la información, se precisará con más detalle el objeto de información (contenido o materia y alcance), y, finalmente, se recordará sucintamente el objetivo de la misma¹³ a los simples efectos de orden en la exposición.

Este primer repaso del artículo 19 Ley 10/2021 permite anticipar que sus aportaciones sobre derechos de información no son numerosas, cuestión distinta es que la Ley, en su conjunto y debidamente concordada, ofrezca un panorama algo más generoso.

buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430&b=24&tn=1&p=20151024#a13), contemplaba con algunos detalles la regulación del teletrabajo, pero no se refería a los derechos colectivos de los teletrabajadores, únicamente señalaba que los trabajadores a distancia (y teletrabajadores) podían ejercer “*los derechos de representación colectiva*”, una expresión que en la Ley 10/2021 se sustituye por “*derechos colectivos*” (rúbrica Sección 6ª y art. 19 *cits* Ley 10/2021), un cambio que ofrece argumentos e favor de los derechos de información de los teletrabajadores porque así calificados -colectivos por sindicales- los identifica con la libertad sindical como derecho de derechos.

En la extensísima versión actualmente vigente del **artículo 64 LET** (“*Derechos de información y consulta y competencias*”) -que se da por transcrita en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>- se ha añadido la letra d) al apartado 4 (información sobre algoritmos en plataformas digitales), con efectos de 12 de agosto de 2021, por el art. único.1 del Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo; y, se ha modificado el apartado 3 y el párrafo tercero de la letra a) del apartado 7 por el art. 2.15 del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, pero no se han introducido novedades sobre el trabajo a distancia ni el teletrabajo en particular.

¹³ Aquí es el lugar adecuado para reiterar que no se trata hacer un estudio general de la Ley 10/2021, ni siquiera un estudio monográfico sobre tales derechos de información, simplemente se pretende identificar las principales aportaciones de la Ley 10/2021 sobre tales derechos de información de los representantes de los trabajadores en la empresa en materia de teletrabajo, novedades que, como se comprobará, afectan más a las materias objeto del derecho de información, que a los sujetos y a la finalidad del misma, materias estas dos que siguen reguladas por la normativa anterior a la que cabrá remitirse (*v.gr.*, art. 64 LET *cit*).

3.2 Los sujetos del derecho de información en la empresa: emisores y receptores

El sujeto *emisor* de la información debida sobre teletrabajo es la “*empresa*” (*sic*) y el receptor “*la representación legal*” de los trabajadores en la empresa (art. 19.2, primer párrafo, *in prius*): es decir, el empresario es el sujeto obligado, y los representantes legales unitarios (delegados o comités de empresa) y sindicales (delgados y secciones sindicales) son los sujetos beneficiarios¹⁴.

Se recuerda que los teletrabajadores siempre son electores y elegibles en términos de representación y participación. Se obvia toda consideración sobre el hecho que la información del empresario se transmita por una doble vía, la unitaria y la sindical, pero parece necesario acentuarlo, añadiendo para debate que la vía más sindicalizada -el sindicato- parece ser la más idónea para la puesta en práctica de los derechos de participación e información en tiempos y espacios virtuales; y así mismo se obvia -por sabida- cualquier referencia sobre la dimensión constitucional de los derechos de libertad sindical en general y de los de participación e información en particular.

La Ley de 2021, no sólo identifica el sujeto emisor de la información -“*la empresa*” (*sic*) por el empresario o empleador- (art. 19.2), sino que le atribuye obligaciones – suministrar “*elementos precisos*” *cit supra*- para asegurar el buen fin de la información debida a los representantes legales de los trabajadores y teletrabajadores. Una carga empresarial que no es de uso corriente en las normas generales sobre participación e información de los trabajadores, una *obligación de hacer* también sirve así, para caracterizar el derecho de información glosado.

En ocasiones tasadas, en la empresa podrían existir otras representaciones legales que también reciben información sobre la cuestión del teletrabajo por parte del empresario: por ejemplo, comités de seguridad y salud laboral y delegados de prevención¹⁵, y los comités de empresa europeos¹⁶; instancias de participación ambas cuyas competencias -incluidas las informativas- fácilmente se pueden relacionar con el teletrabajo; e, instancias de participación de muy distinta índole que se citan para dejar constancia de las distintas dimensiones de los derechos de información tomados en consideración.

El hecho que estas páginas se centren en el derecho de los representantes a recibir información del empresario, no es óbice para dejar anotado que, tanto el

¹⁴ Representantes unitarios según LET *cit*, y representantes sindicales, según Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS), y normas de desarrollo.

¹⁵ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (LPRL), y normas de desarrollo (por todos, arts, 34 y 36).

¹⁶ Ley 10/1997, 24 abril, Ley 44/1999, y Ley 10/2011, de 19 mayo, y la Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009.

empresario como los representantes de los trabajadores están obligados, en ocasiones, a transmitir información a los trabajadores de la empresa o a los representados, respectivamente, en materia que afecta al teletrabajo en concreto, y en ocasiones tienen derecho a transmitir a los trabajadores información sindical en general (*vid infra*, tablón de avisos y locales). Son tres circuitos de información distintos, pero estrechamente interrelacionados (superpuestos), y que, sin duda, se pueden retroalimentar. Como también es necesario se deja anotado, que tales circuitos informativos, especialmente el establecido entre el empresario y los representantes de los trabajadores -unitarios y sindicales- explica que los sindicatos como tales, como sujetos que son la participación según las previsiones constitucionales, sean receptores de información (arts. 1, 7, 9.2 y 129.2 CE de 1978, según *infra*).

Merece una mención, la conocida problemática que suscita la ausencia de representación de los trabajadores en la empresa (o en el centro), por razones de hecho o de derecho, porque es una realidad que adquiere unas especiales características cuando se trata de consultar o informar a teletrabajadores.

3.3 Objeto de la información en materia de teletrabajo: contenido y alcance

El objeto de la información se delimita concretando su contenido (materias informadas), y su alcance (facilidades y *garantías*).

3.3.1 Contenido: materias objeto de información

Pocas son las materias que se citan expresa y particularmente como objeto de información en el pasaje 19 de la Ley 10/2021: “*acceso a las comunicaciones ...de uso en la empresa*”, y “*acceso a las direcciones electrónicas de uso en la empresa*” (art. 19.2 Ley 10/2021), aspectos que en ocasiones más que materias objeto de información podrían parecer garantías. Es una lista lacónica, pero no cerrada pues es meramente ejemplificativa (“*entre ellos*”), y como tal ampliable por concordancias internas y externas; y es una lista lacónica, pero, las materias que introduce expresamente -comunicaciones y direcciones electrónicas *cits*- son *nuevas y controvertidas* doctrinal y judicialmente.

Otros pasajes de la propia Ley 10/2021 colaboran a identificar, indirectamente, a otros aspectos del teletrabajo que son objeto de la información prevista, como por ejemplo los siguientes:

1º) El articulado de la Ley de 2021 enumera muchas materias de teletrabajo que se podrían regular en los convenios colectivos, previsión que -directa e indirectamente-

promociona la información entre empresarios y representantes de los trabajadores, a la vez que ayuda a identificar las materias objeto de tal información¹⁷.

2º) El propio artículo 19.1 Ley de 2021, *in prius*, al establecer que las teletrabajadoras y teletrabajadores tienen derecho a “*ejercitar sus derechos de naturaleza colectiva con el mismo contenido y alcance*” que los trabajadores presenciales del centro al que estén adscritos, está concluyendo que ambos colectivos podrán disfrutar de los mismos derechos colectivos de información previstos en el artículo 64 LET (“*Derechos de información y consulta y competencias*”) y concordantes precitados, siendo así que las materias objeto de información previstas en general *ex* artículo 64 LET, son las mismas que las previstas para el teletrabajo.

Resulta pues, que el artículo 64 LET -una clave del derecho de información de los trabajadores en general- es básico, por remisión, para los derechos de información de sus representantes en materia de teletrabajo, aunque, como se ha apuntado, existe un desajuste porque dicho pasaje no ha incorporado expresamente la figura del teletrabajador (no está pensado para el teletrabajo).

3ª) Las materias que deben constar en la “*copia*” de los acuerdos de teletrabajo que el empresario debe entregar a “*la representación legal*” de los trabajadores a distancia en la empresa (artículos 6, 7 y 8 Ley 10/2021), resultan ser materias objeto de la información en cuestión (art. 19). Así pues, y, por ejemplo, el horario, la protección de datos, y la seguridad de la información (art. 7 c, j y k Ley), como también la preferencia de los teletrabajadores a ocupar puestos presenciales en la empresa (art. 8 Ley), son materias objeto de la información comentada¹⁸.

Que el empresario deba informar a cada teletrabajador, lo compromete y condiciona cuando informa a sus representantes.

4ª) Y, por último, la Ley de 2021 contempla otra vía indirecta que permite identificar las materias objeto de la información comentada: las materias que dan cuerpo a los derechos individuales más singulares de los teletrabajadores previstos en los artículos 9 a 18 de la Ley 10/2021 (que recuerdan los del AMET 2002), se pueden considerar objeto de la información en cuestión.

Así, por ejemplo, el derecho de los teletrabajadoras o teletrabajadores al horario flexible y el derecho al registro horario (arts. 13, 14 Ley 10/2021) permiten argumentar

¹⁷ Para identificar las materias negociables: primero se parte de la Disposición adicional primera de la Ley de 2021 (“El trabajo a distancia en la negociación colectiva; y después, se pasa revista al articulado de la Ley 2021 constatando las numerosas materias regulables por la negociación colectiva. La lista de materias negociables así obtenida, resulta ser más que orientativa de las materias objeto de tal información.

¹⁸ A recordar aquí la obligación del empresario de facilitar a los representantes de los trabajadores “*copia básica del contrato*” (art. 8.4 LET y art. 64.4 *in fine* LET, y 10 LOLS), una carga del empresario a cohonestar con la entrega de la referida “*copia*” de los acuerdos de teletrabajo.

que el horario y tal registro son materias objeto de la información que el empresario debe facilitar a la representación legal de los trabajadores en la empresa, afirmación que corrobora la normativa laboral general sobre tales materias (arts. 20 bis y 34.9 LET); como también es objeto de la participación e información del ordinal 19 de la Ley de 2021, “*el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia...vinculado al uso...de herramientas tecnológicas*” (teletrabajadores) (art. 18 Ley 10/2021), previsión que la Ley formula con énfasis (“*En particular*”, ex art. 18,2, primer párrafo, último inciso *in prius*). De la misma manera, también se concluye que la prevención de riesgos profesionales es una materia más objeto del contenido del derecho de información de los representantes de los trabajadores (ex arts. 15, 16 y 19 Ley 10/2021; Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores -LET- y Ley 31/1995, LPRL).

Así concretadas algunas de las materias objeto de la información debida por el empresario a los representantes de los trabajadores en la empresa, se formulan otras dos consideraciones y/o recordatorios generales. La fijación de tales materias por la Ley de 2021 sigue las pautas de los acuerdos supraestatales de 2002 y 2020 comentados, y en algún caso, de alguna otra fuente europea (Directiva 91/533/CEE). Y, sobre la forma (escrita o documentada), momento y límites (sector y sigilo) de tales informaciones entre el empresario y los representantes de los trabajadores, muy poco añade expresamente la Ley digno de mención, solo cabe pues una remisión a las pautas generales, que como se ha adelantado, no se pueden comentar en este ensayo.

3.3.2 Alcance: facilidades y garantías para asegurar la información

Perfilado el contenido material del objeto del derecho de información referido, se toma en consideración su alcance (facilidades y garantías, en términos más doctrinales), teniendo en cuenta las aportaciones expresas de la Ley 10/2021 al respecto, y teniendo presente que “*la negociación colectiva podrá establecer las condiciones para garantizar el ejercicio de los derechos colectivos*” de los teletrabajadores (art. 19.1, segundo párrafo *in prius*).

La Ley en cuestión, impone en términos genéricos que “*la empresa deberá suministrar a la representación legal de las personas trabajadoras los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa,...direcciones electrónicas... tablón virtual...*” (art. 19.2, primer párrafo Ley 2021); y, en términos ilustrativos -formulados en negativo- y dirigidos, en particular, a los teletrabajadores, estipula que “*la empresa....deberá asegurarse que no existe obstáculos para la comunicación entre las personas trabajadoras a distancia y sus representantes legales, así como con el resto de personas trabajadoras*” (art. 19.2, segundo párrafo). Bien o mal expresado, la Ley está pensando en las dificultades que pueden tener los “trabajadores sin centro real” (los teletrabajadores) para ejercer ciertos derechos colectivos, y entra tales los

informativos: es por ello el ordinal 19 Ley 10/2021, tras *criticar* que existan obstáculos informativos (art.19.2), insiste, y concluye que “*Deberá garantizarse que las personas trabajadoras a distancia pueden participar de manera efectiva en las actividades organizadas o convocadas por su representación legal o por el resto de las personas trabajadoras en defensa de sus intereses laborales...*” (art. 19.3), un mandato final, que a diferencia de los anteriores (art. 19.2), no se atribuye sólo a los empresarios.

Como en otras ocasiones, la Ley 19/2021, al tratar de las facilidades y las garantías de los derechos colectivos y de derechos de información de los teletrabajadores y de sus representantes, no agota la casuística, sólo centra sus esfuerzos en las garantías que mejor responden a las especificidades del teletrabajo. Créditos horarios, asamblea, reunión, tablón de avisos, información sindical, locales, y otros, han sido y son “*elementos precisos*” para facilitar o garantiza los derechos colectivos e informativos de los trabajadores, pero su formato tradicional (ex LET y LOLS) ha quedado obsoleto para los teletrabajadores -dispersos por centros *virtuales* o sin centro-, y es por eso, que la referida Ley de 2021, como se ha dicho, pergeña que tales facilidades instrumentales y garantías sean “*virtuales*”, es decir debidamente informatizados y suficientemente dotados de “comunicaciones-direcciones electrónicas” (art. 19.2, segundo párrafo). Parte del tablón de avisos y del local se puede sustituir por la página web del comité y o del sindicato que informa a los trabajadores, dicho sea, por ejemplo.

Esta llamada de la Ley de 2021 al *espacio virtual* es su aporte -mejorable- sobre el contenido y alcance del objeto del derecho de información glosado, y es un intento para superar conocidos problemas, de todo tipo (por todas, ver la sentencia TC 281/2005, de 7 noviembre)-, que se presentan desde hace tiempo con el ejercicio de los derechos de negociación, consulta e información en estos *tiempos digitales*.

Resumido que ha sido el contenido y el alcance de los derechos colectivos, con especial referencia de los informativos, se comprueba que Ley 10/1020 ha tenido en cuenta las normas, instrumentos y acuerdos internacionales y supraestatales citados, actualiza el contenido y virtualiza el alcance de dichos derechos: la doctrina, desde hace tiempo, se ha referido a los <<derechos *on line* de los representantes de los trabajadores>>, entre los que tienen cabida los derechos de información; y actualmente, los estudiosos del tema reclaman una norma que actualice el marco legal de los instrumentos de comunicación e información de los trabajadores y que permita a sus representantes utilizar instrumentos empresariales de información digital, con tal objetivo se da dictado la Ley 10/2021.

3.4. Objetivos inmediatos y mediatos del derecho de información

Los derechos de información de los representantes de los trabajadores en la empresa en materia de teletrabajo en particular, tienen una finalidad inmediata, y otra

mediata, que son dos caras de una misma moneda. Ambas cuestiones se exponen por razones de unidad del discurso, y con la brevedad debida.

Con carácter inmediato, pretenden asegurar el ejercicio real de los derechos laborales de los teletrabajadores individuales y especialmente colectivos (información *versus* participación, negociación y huelga, por ejemplo). En esta línea, se reitera que la repetida Ley 10/2021, mandata que “*Deberá garantizarse que las personas trabajadoras a distancia pueden participar de manera efectiva en las actividades organizadas o convocadas por su representación legal o por el resto de las personas trabajadoras en defensa de sus intereses laborales...*” (art. 19.3).

Y su finalidad medita es facultar que los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyan a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios, y a que colaboren con los poderes públicos en la labor de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, todo ello según los mandatos constitucionales (arts. 1, 7, 9.2 y 129.2 Constitución española de 1978).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS (RESUMEN)

AA.VV. (Coordinación, Pérez Capitán) (2020), El teletrabajo en la encrucijada. Análisis y Propuestas. Servicio de Estudios de la Confederación UGT.

CCOO (2020): Sindicatos, empresario y Gobierno firman el acuerdo que regula el trabajo a distancia. Teletrabajar con derechos y garantías. Gaceta Sindical. Edición núm. 437.-

Esteban Legarreta, R (2021), El ámbito de las representaciones sindicales. *Editorial Bomarzo*.

ITUC-CSI-IGB (2020): Guía jurídica de la CSI sobre el teletrabajo, de consulta en: https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/ituc_legal_guide_-_telework_es.pdf

Moraru, GF. (2020), Los derechos de comunicación de los representantes de los trabajadores. Nuevas dimensiones a la luz de las TIC. *Editorial Bomarzo*.

OIT (2021), El trabajo a domicilio. De la invisibilidad al trabajo decente (informe, resumen ejecutivo). Ginebra.

OIT (2020), Definición y medición del trabajo a distancia, el teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo basado en el domicilio. Ginebra.

Pastor Martínez, A. (2021a), La normativa internacional como instrumento de articulación de políticas legislativas nacionales en materia de representación de los trabajadores en el contexto del trabajo a distancia y del teletrabajo. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y de Derecho del Empleo*, núm. 9(1), p. 474-498.

Pastor Martínez. A. (2021b), Los derechos colectivos de los teletrabajadores en el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, en: “*Solà i Monells, X. y Esteban Legarreta, R. (dirs.) (2021), La representación laboral en las empresas dispersas y en red. Problemas, disfunciones y propuestas correctoras. Editorial Comares*”, p. 59-82. [También, “Trabajo a distancia y derechos colectivos en el Real Decreto-ley 28/2020 de trabajo a distancia. *Anuario de trabajo y relaciones laborales (IET)*, vol. 7, p. 101-121”].

Rodríguez-Piñero Royo, M y Todolí Signes, A. (dirs) (2021), Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente. Thomsom Reuters. Aranzadi

Rojo Torrecilla, E. (2020). Blog, entrada de sábado, 5 de septiembre de 2020 (“Texto comparado, y anotaciones, de la primera versión del Anteproyecto de Ley de trabajo a distancia (20 de junio) y del último documento presentado a los agentes sociales (1 de septiembre). Mucho más que meros retoques: del derecho de la persona trabajadora a la potenciación de la intervención empresarial y la regulación pactada”, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/09/texto-comparado-y-anotaciones-de-la.html>); y, Blog, entrada de martes 22 de septiembre de 2020 (“Acuerdo sobre la regulación del teletrabajo. Texto comparado, y anotaciones, del anteproyecto de ley, la versión de 1 de septiembre, y el acuerdo alcanzado en la Mesa de Diálogo Social el 21 de septiembre”, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/09/acuerdo-sobre-la-regulacion-del.html>).

Romagnoli, U. (2021), Hacia la normalización del trabajo a distancia. *Revista de Derecho Social*, núm. 93, p. 17-24.

Rosebaum Coli, F. (2020), Blog, entrada 10 mayo 2020 (“El teletrabajo una regulación justa con adecuada proyección”), en, <https://federicosenbaum.blogspot.com/2020/05/el-teletrabajo-una-regulacion-justa-con.html?m=1>

Solà i Monells, X. (2021), El acceso a las TIC para el desarrollo de la actividad representativa laboral en la empresa. *Anuario de trabajo y relaciones laborales (IET)*, vol.7, p. 153-170.

Solà i Monells, X. y Esteban Legarreta, R. (dirs) (2021), La representación laboral en las empresas dispersas y en red. Problemas, disfunciones y propuestas correctoras. *Editorial Comares*.

-USO (2020): Guía sindical sobre teletrabajo. Análisis de los RD-Ley 28/2020 de trabajo a distancia y RD-Ley 29/2020 de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las AAPP

Valle Muñoz, FA. (2020). El control empresarial del uso de dispositivos digitales con fines sindicales, *IUSLabor*, núm. 3, p. 101-122.

Ysàs Molinero, H. (2021), La representación de los intereses del trabajo (¿En transformación?). Congreso Interuniversitario OIT sobre el futuro del trabajo / *Congreso Interuniversitario OIT sobre el futuro del trabajo (2019. Sevilla)* Universidad de Sevilla. Facultad de Ciencias del Trabajo otros (aut.), Judith Carreras Garcia (comp.), Sabrina Haboba (comp.), Julieta Lobato (comp.), Vol. 1, 2021, p. 341-351.

A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E SUBSIDIÁRIA DE COOBRIGADOS TRABALHISTAS NOS CONTEXTOS DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL: *QUID IURIS?*

Guilherme Guimarães Feliciano¹

RESUMO: A despeito da constitucionalidade do regime jurídico da Lei 11.101/2005 para os créditos trabalhistas, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, deve-se compreender que o amparo legal da pessoa falida ou em recuperação judicial, naquilo que validamente relativiza a tutela jurídica do trabalhador - e, por extensão, a própria competência da Justiça do Trabalho -, prevalece sempre em caráter de excepcionalidade. Em outras palavras, não admite extensões ou desdobramentos que não tentam literal previsão legislativa. Tal lógica aplica-se à interpretação que os juízes e tribunais do trabalho devem dar ao artigo 6º, §2º, da citada Lei 11.101/2005 e, bem assim, às novidades recentemente introduzidas pela Lei 11.412/2020, quanto à desconsideração da personalidade jurídica, quanto à responsabilidade dos sócios e quanto à responsabilidade das várias empresas de um mesmo grupo econômico.

ABSTRACT: Despite the constitutionality of the legal regime of Act 11.101/2005 for labor claims, as the Supreme Court has already decided, it should be understood that the legal protection of the bankrupt person or in judicial recovery, in what validly relativizes the legal guardianship of employees - and, by extension, the competence of the labor courts -, always prevails on an exceptional basis. In other words, it does not allow extensions or developments that do not have literal legislative prediction. This logic applies to the interpretation that judges and labor courts must give to article 6, §2 of the aforementioned Act 11.101/2005 and to the novelties recently introduced by Act 11.412/2020, about the disregard of legal entity, the liability of the partners and the liability of the various companies of the same economic group.

¹ Professor Associado II do DTBS/FDUSP. Juiz Titular da 1ª VT de Taubaté. Titular da cadeira nº 53 da ABDT.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Falência. 2. Recuperação judicial. 3. Responsabilidade dos sócios. 4. Créditos trabalhistas.

KETWORDS: 1. Bankruptcy. 2. Judicial recovery. 3. Liability of partners. 4. Labor credits.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O art. 6º, § 2º, da Lei nº 11.101/2005: limites do razoável. 2. A jurisprudência dos tribunais superiores. 3. O advento da Lei nº 11.412, de 24 de dezembro de 2020: o que mudou? Considerações finais. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. Article 6, § 2, of Law No. 11,101/2005: limits of the reasonable. 2. The case-law of the higher courts. 3. The advent of Law No. 11,412 of December 24, 2020: what has changed? Final considerations. References.

Introdução

Tem se tornado cada vez mais frequente, no âmbito da Justiça do Trabalho – e especialmente em sede de agravos de petição (CLT, art. 897, “a”) –, discussões densas e intermináveis sobre a possibilidade de se dirigir a execução trabalhista aos sócios da empresa falida ou em recuperação judicial, uma vez que já não será possível excutir o patrimônio da própria pessoa jurídica, mercê do que dispõe o art. 6º, §§ 2º e 3º, da Lei nº 11.101/2005 (dita Lei de Recuperação Judicial e Falência – LRF).

Há, com efeito, inúmeras decisões no sentido de que, uma vez concluído o accertamento dos créditos exequendos – *i.e.*, após a liquidação dos títulos objeto da condenação –, estando a empresa em regime falimentar, todas as decisões relacionadas à falência, inclusive aquelas relacionadas à existência de sucessão empresarial (CLT, arts. 10 e 448) ou de grupo econômico (CLT, art. 2º, § 2º), deveriam ser tomadas pelo juízo universal da falência. Nessa direção, veja-se, p. ex., TRT-15, Processo n. 0010140-68.2016.5.15.0106 (AP), 3ª T., 6ª Câm. (na espécie, a 6ª Câmara reformou decisão do Juízo *a quo* que caminhava precisamente naquele sentido). Outras similares, em relação a empresas cuja recuperação judicial já havia sido deferida nos autos próprios, são igualmente contraditórias.

O argumento central, em casos dessa natureza, é que a competência material da Justiça do Trabalho terminaria com a expedição da certidão do crédito a ser habilitado, *ex vi* do previamente citado art. 6º, § 2º, da Lei nº 11.101/2005; e essa premissa alcançaria, a rigor, todas as ações oriundas de relações de trabalho mantidas com a empresa falida ou em recuperação, independentemente da pessoa a se executar (e não apenas aquelas ações/execuções havidas em face do ex-empregador). Daí que,

uma vez expedida a referida certidão, caberia ao credor promover a sua habilitação para obter, no juízo falimentar ou da recuperação, uma possível satisfação, observando-se a classificação do artigo 83 da Lei de Falências e Recuperação Judicial e, bem assim, e os limites do privilégio trabalhista na falência (150 salários mínimos: art. 83, I).

Não raro, os arestos do próprio Tribunal Superior do Trabalho são coligidos em abono da tese restritiva, nem sempre da maneira mais adequada. Veja-se, p. ex., o de ementa a seguir transcrita, evocado no processo anteriormente reportado (e que não corroborava a tese então pretendida pela parte):

RECURSO DE REVISTA. 1. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. EMPRESA SUBMETIDA A PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SUCESSÃO DE EMPREGADORES. 1.1. Prevalece, nesta Corte, o entendimento de que os processos coletivos de execução, com concurso de credores, a exemplo da falência, recuperação judicial e insolvência civil, *podem se processar perante a Justiça do Trabalho até a liquidação, momento, a partir do qual, o credor deve se habilitar perante o Juízo Universal para a percepção dos créditos*. 1.2. Nessa esteira, decorrendo o pedido da relação de emprego, manifesta é a competência da Justiça do Trabalho, nos termos do art. 114, I, da Constituição Federal. Recurso de revista não conhecido. 2. SUCESSÃO TRABALHISTA. EMPRESA SUBMETIDA A PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ALIENAÇÃO DE BENS. ARREMATACÃO JUDICIAL. LEI Nº 11.101/2005. Nos termos do art. 60 da Lei nº 11.101/2005, não haverá sucessão do arrematante quando da alienação da unidade produtiva de empresa em processo de recuperação judicial. Neste contexto, a VRG LINHAS AÉREAS S.A. é parte ilegítima para figurar no polo passivo da reclamação trabalhista. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido". (TST - RR: 438003120085040012, Relator: ALBERTO LUIZ BRESCIANI DE FONTAN PEREIRA, Data de Julgamento: 04/03/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/03/2015) – g.n.

Qual seria, com efeito, o melhor entendimento a propósito do tema?

1. O art. 6º, § 2º, da Lei nº 11.101/2005: limites do razoável

Como é cediço, dispõe o art. 6º da Lei nº 11.101/2005 (já na redação da Lei nº 14.112/2020) que, com a decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial, dá-se:

[...] I - suspensão do curso da prescrição das obrigações do devedor sujeitas ao regime desta Lei;

II - suspensão das execuções ajuizadas contra o devedor, inclusive daquelas dos credores particulares do sócio solidário, relativas a créditos ou obrigações sujeitos à recuperação judicial ou à falência;

III - proibição de qualquer forma de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens do devedor, oriunda de demandas judiciais ou extrajudiciais cujos créditos ou obrigações sujeitem-se à recuperação judicial ou à falência.

Como se extrai da própria literalidade do texto, o preceito *não afeta e nem poderia afetar a competência material da Justiça do Trabalho*, ínsita ao art. 114, I, da CRFB – que, a propósito, não poderia mesmo ser “redimensionada” por lei ordinária –, para apreciar a responsabilidade patrimonial solidária ou subsidiária de *outras empresas*, sucessoras (CLT, arts. 10 e 448) ou pertencentes ao mesmo grupo econômico por subordinação ou coordenação (CLT, art. 2o, §§2o e 3o), desde que *essas outras empresas não estejam falidas ou em recuperação judicial*. Simples assim.

Noutras palavras, os juízos universais engendrados pela Lei de Recuperação Judicial e Falência restringem-se, em princípio, às *próprias pessoas físicas e jurídicas falidas*; não a todas as que acaso mantenham com elas relações jurídicas de qualquer natureza (civil, comercial, societária etc.), *a não ser que os efeitos da falência estendam-se textualmente a tais pessoas* (caso do sócio solidário, referido no inciso III, e como dispunha o art. 82 da Lei nº 11.101/2005, na redação da Medida Provisória nº 881/2019, que depois caducou).

Por outro lado, não havendo tal hipótese de extensão, é certo que a descon sideração da personalidade jurídica pode ter lugar na própria Justiça do Trabalho, *mesmo porque o magistrado trabalhista será o juiz natural da causa, por imperativo constitucional, à vista do que dispõe o art. 114, I, da CRFB. É o que vinha entendendo, a propósito, o próprio Tribunal Superior do Trabalho, antes das recentes alterações introduzidas pela Lei nº 11.412, de 24 de dezembro de 2020.*

Veja-se, com mais vagar.

2. A jurisprudência dos tribunais superiores

Até 2020, já era jurisprudência dominante no TST a que reconhecia a possibilidade de se estender a execução trabalhista, no âmbito da própria Justiça do Trabalho, aos sócios da pessoa jurídica falida ou em recuperação. Mesma tese, aliás, estabeleceu-se, de modo dominante, com relação às outras empresas do mesmo grupo econômico – passivamente solidárias (CLT, art. 2º, § 2º) ou responsáveis subsidiárias

(e.g., TST, Súmula 331, IV; Lei nº 6.019/1974, art. 5º-A, § 5º) –, caso também não estivessem falidas ou em recuperação. Leia-se:

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. EXECUÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA EXECUTADA. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA EMPRESAS SUPOSTAMENTE INTEGRANTES DE GRUPO ECONÔMICO E SÓCIOS DA EXECUTADA. Agravo a que se dá provimento para examinar o agravo de instrumento em recurso de revista. Agravo provido. *A jurisprudência desta Corte tem entendido que o redirecionamento da execução contra os integrantes do grupo econômico da empresa em recuperação judicial não retira a competência da Justiça do Trabalho, porquanto a constrição não recairá sobre bens da massa falida, mas contra os bens do sócio da executada principal.* Recurso de revista conhecido e provido.” (TST, RR 24.473-2013.5.06.0003, Relator: BRENO MEDEIROS, Data de Julgamento: 22.4.2020, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/04/2020) - g.n.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. BENEFÍCIO DE ORDEM. FALÊNCIA. TRANSCENDÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. NÃO PROVIMENTO. *Esta Corte Superior tem adotado posição de que, decretada a falência da devedora principal e, portanto, demonstrada a sua insolvência, a execução deve ser redirecionada contra o devedor subsidiário. Tal entendimento decorre da aplicação da Súmula nº 331, IV, da qual se extrai que a execução prosseguirá contra o responsável subsidiário desde que, configurado o inadimplemento do devedor principal, tenha participado da relação processual e conste do título executivo judicial.* Na hipótese, o Tribunal Regional deu provimento ao agravo de petição do reclamante para autorizar o prosseguimento da execução contra a agravante, condenada em caráter subsidiário, em razão de ter sido decretada a falência da devedora principal. Desse modo, não se vislumbra a indicada afronta ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, na medida em que, diferentemente do que alega a recorrente, o Tribunal Regional, ao redirecionar a execução, amparou-se no fato de essa ter sido responsabilizada de forma subsidiária e não solidária, observando o título executivo judicial. Com relação à denunciada afronta ao artigo 97 da Constituição Federal, também não se verifica a sua ocorrência, uma vez que não houve a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por órgão fracionário do Tribunal Regional. Nesse contexto, não se vislumbra a transcendência política,

social, jurídica ou econômica, nos termos do artigo 896-A, § 4º, da CLT. Agravo de instrumento de que não se nega provimento.” (TST, AIRR 237.016-2012.5.02.0465, Relator: GUILHERME AUGUSTO CAPUTO BASTOS, Data de Julgamento: 18/09/2019, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/09/2019) - g.n.

Também assim se pacificou, ademais, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

PROCESSO CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA DO TRABALHO E JUSTIÇA CÍVEL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PENHORA ONLINE. 1. O processamento de pedido de recuperação judicial não paralisa as reclamações trabalhistas ainda não julgadas. Entretanto, o deferimento de antecipação de tutela para pagamento de verbas incontroversas, com ordem de constrição de bens, consubstancia ato de execução. 2. *A desconsideração da personalidade jurídica da empresa, contudo, pode ser decidida pela justiça do trabalho não obstante o pedido de recuperação judicial. Precedentes.* 3. Conflito de competência não conhecido.” (STJ, CC 108721-DF, Proc. 2009/0220027-3, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 25.8.2010, Segunda Seção, Data de Publicação: DJe 6.9.2010) - g.n.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PENHORA DO FATURAMENTO DE EMPRESA PERTENCENTE AO MESMO GRUPO ECONÔMICO DA RECUPERANDA. EXECUÇÃO TRABALHISTA. 1. *Se os ativos da empresa pertencente ao mesmo grupo econômico da recuperanda não estão abrangidos pelo plano de recuperação judicial, não há como concluir pela competência do juízo da recuperação para decidir acerca de sua destinação.* 2. A recuperação judicial tem como finalidade precípua o soerguimento da empresa mediante o cumprimento do plano de recuperação, salvaguardando a atividade econômica e os empregos que ela gera, além de garantir, em última *ratio*, a satisfação dos credores. 3. Conflito de competência não conhecido.” (STJ, CC 90477-SP, Proc. 2007/0237632-4, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 25.6.2008, Segunda Seção, Data de Publicação: DJ 1º.7.2008 p. 1) - g.n.

E, já por isso, é como também vinham decidindo os tribunais regionais do trabalho. Na condição de juiz convocado junto à 6ª Câmara da 3ª Turma do E. TRT 15, p. ex., relatei processo em que se entendeu, à unanimidade, pela possibilidade da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica falida para alcançar outras empresas do mesmo grupo econômico (devedoras solidárias, nos termos do art. 2º,

§ 2º, da CLT), como também os sócios alcançados pela via da desconsideração da personalidade jurídica (CLT, art. 855-A). Compreendeu-se, ademais, que eventual disputa paralela entre os próprios sócios e as outras empresas do grupo econômico – inclusive em sede de direito de regresso, como se insinuava na espécie – deveria, *esta sim*, ser decidida pelo juízo recuperacional (e não pela Justiça do Trabalho), tendo em vista a própria natureza da “precedência” que se pretendia discutir (estritamente mercantil, sem qualquer laivo de caráter alimentar). Veja-se:

AGRAVO DE PETIÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PARA DIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO TRABALHISTA ÀS PESSOAS DOS SÓCIOS. DIRECIONAMENTO ÀS DEMAIS EMPRESAS DE GRUPO ECONÔMICO. POSSIBILIDADE. 1. Tratando-se de empresa executada em relação à qual já houve o deferimento do processamento da recuperação judicial pelo juízo competente, não é mais possível a liberação dos seus dinheiros, em favor do exequente, ainda que depositados ou constritos anteriormente àquele deferimento, a despeito do que dispõe o art. 877 da CLT, consoante jurisprudência pacificada no âmbito do C. STJ (ut art. 105, I, “d”, da CRFB) e também no âmbito do C. TST (SBDI-II). Se já não houver alternativa de execução, restará ao exequente a habilitação tardia de seus créditos no Juízo da Recuperação Judicial, *ex vi* do art. 46 da Lei nº 11.101/2005. 2. Por outro lado, a execução poderá prosseguir, na Justiça do Trabalho, *em face dos sócios, desde que presentes os pressupostos legais para a ‘disregard of legal entity’, porque o art. 82 da Lei 11.101/2005 aplica-se aos casos de “sociedade falida”, não de sociedade em recuperação judicial, não se tratando de disposição comum à falência e à recuperação (seções I a IV do capítulo II da LFRJ)*. 3. *Da mesma forma, não há óbice à continuidade da execução trabalhista em face de empresas do mesmo grupo econômico (CLT, art. 2º, § 2º), solidariamente responsáveis, desde que tais empresas não estejam também em recuperação judicial, em nome próprio*. 4. No caso de se estabelecer, entre os sócios da pessoa jurídica executada ou entre as empresas de um mesmo grupo econômico, disputa quanto à responsabilidade patrimonial principal pelos créditos trabalhistas sonogados - que detêm caráter alimentar presuntivo -, *poderão agir regressivamente, no momento e foro próprios (inclusive no próprio Juízo da Recuperação Judicial, habilitando-se no quadro de credores, se for o caso; afinal, não estarão reclamando créditos alimentares e supostamente poderão esperar)*. 5. Agravo de petição a que se dá parcial provimento, para determinar o prosseguimento da execução em face dos demais

sujeitos do polo passivo da execução.” (TRT 15, AP 0000422-69.2014.5.15.0089, Relator: GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO, 6ª Câmara, Data de Publicação: 20.6.2020). - g.n.

Cite-se, ainda, a remansosa jurisprudência do maior tribunal regional trabalhista brasileiro, desde pelo menos a primeira década deste século. Com efeito, da jurisprudência do TRT da 2ª Região extraem-se, emblematicamente, os seguintes julgados:

AGRAVO DE PETIÇÃO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - A FALÊNCIA DA DEVEDORA PRINCIPAL. *No caso de a responsável principal ser representada pela massa falida, como ocorre na hipótese sub judice, resta evidente que esta não possui bens livres e desembaraçados para responder pelas obrigações trabalhistas, considerando que todos eles foram arrecadados no processo falimentar.* Em tal contexto, conclui-se que a execução em face daquele devedor não surtirá qualquer efeito, sequer havendo garantias de que todos os habilitados tenham os seus direitos devidamente adimplidos. Por esse modo, *não prospera a pretensão de que, em razão da decretação da falência da 1ª reclamada, deve o reclamante, primeiramente, habilitar o seu crédito perante o Juízo Universal da Falência, nos termos do artigo 6º, da Lei nº 11.101/05, para que, então, concorra com os demais credores.* Por essa forma, *diante da natureza alimentar dos créditos devidos ao trabalhador, bem como dos princípios da economia e celeridade processuais, com vistas a evitar a realização de atos processuais inúteis, em evidente prejuízo ao credor trabalhista, imperioso é o redirecionamento da execução em face da responsável subsidiária, aqui representada pela Telefônica S/A, de modo a dar efetividade ao comando da coisa julgada. Agravo de petição a que se nega provimento.”* (TRT 2, AP 000015351-2013.5.02.0372, Relator: SONIA MARIA LACERDA, Data de Julgamento: 24/02/2015, 5ª TURMA, Data de Publicação: 27/02/2015) – g.n.

MANDADO DE SEGURANÇA – TERCEIRIZAÇÃO – FALÊNCIA – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. *Configurada a ilegalidade no ato judicial que, diante da insuficiência patrimonial da devedora principal, inclusive em processo falimentar, indefere o prosseguimento da execução contra a 2ª reclamada, responsável subsidiária.* No caso, *sujeitar o exequente ao longo, e, em muitas vezes inútil, processo de arrecadação de bens no juízo universal falimentar, é renegar, equivocadamente, o fato de que a contratação terceirizada, embora legítima, confere responsabilidade subsidiária ao tomador de serviços, com a finalidade de tornar mais eficaz a execução, notadamente quando ocorre a quebra da 1ª reclamada.* O posicionamento adotado contrapõe-

-se à norma constitucional recentemente introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, inserta no artigo 5º, inciso LXXVIII, que elevou à condição de direitos fundamentais do cidadão os princípios da razoável duração e da celeridade processuais. Segurança concedida.” (TRT 2, MS 12472.2005.000-02-007, rel. Des. WILMA NOGUEIRA DE ARAÚJO VAZ DA SILVA, DOE: 26/09/2006) – g.n.

EXECUÇÃO – FALÊNCIA DA DEVEDORA PRINCIPAL EXECUÇÃO – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA TOMADORA. *Não caracteriza violação ao devido processo legal o redirecionamento da execução em desfavor da devedora subsidiária, em face da falência da principal, quando evidente a dificuldade de, pelos meios ordinários, bloquear dessa, bens suficientes para quitar o débito.* O patente estado de insolvência da empresa executada (Comunicação CR nº 02/2007, de 22/02/2007-DOE/SP 01/03/2007) e a condenação subsidiária prevista em título judicial transitado em julgado compõem o suporte jurídico para afastar a habilitação do crédito trabalhista no Juízo da Falência.” (TRT 2, RO 00431.2006.471.02.00-9, 8ª Turma, rel. Des. ROVIRSO APARECIDO BOLDO, DOE 28.08.2007) – g.n.

AGRAVO DE PETIÇÃO – FALÊNCIA DO DEVEDOR PRINCIPAL – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. A falência nada mais é que o reconhecimento judicial do estado de insolvência do devedor, o que, por óbvio, demonstra sua condição de inadimplente perante seus credores. Recorde-se que é a *inadimplência do devedor principal o requisito que permite ao credor redirecionar a execução de seu crédito trabalhista diretamente contra o devedor subsidiário, nos termos da Súmula nº 331, item IV, do TST, não sendo necessário que proceda a habilitação de seu crédito perante o Juízo Falimentar e aguarde a finalização do concurso de credores.* Agravo de petição a que se dá provimento.” (TRT 2, AP 00208-2003-049-02-00-5, rel. Des. MARIA DORALICE NOVAES, 3ª Turma, DOE-SP 13/01/2009) – g.n.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – FALÊNCIA DO DEVEDOR PRINCIPAL. A falência da primeira executada é prova cabal de sua incapacidade para satisfazer o crédito do obreiro. *A habilitação do crédito no Juízo Falimentar implicaria na submissão a um processo longo, e de resultado incerto, diante do concurso de credores e do limite legal ao crédito trabalhista. A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços objetiva a garantia da quitação do crédito trabalhista de maneira célere, tendo em vista sua natureza alimentar. Uma vez demonstrada a insolvência da devedora principal, deve a execução prosseguir contra o responsável subsidiário.* O fato de o responsável

subsidiário ser uma autarquia em nada altera sua obrigação como garantidor do cumprimento da condenação.” (TRT 2, RO 03897007620065020080, rel. Des. IVANI CONTINI BRAMANTE, 4ª Turma, DOE 10/06/2011) – g.n.

Até dezembro de 2020, portanto, pouca ou nenhuma dúvida havia a esse propósito: os coobrigados trabalhistas, em regime de subsidiariedade ou de solidariedade passiva, poderiam ser executados na própria Justiça do Trabalho, desde que – no caso dos solidários – já não estivessem também alcançados pelos efeitos da falência ou da recuperação judicial.

Essa platitude abala-se, porém, com o alvedrio legislativo havido em finais de 2020, ao se editar, após reduzido debate parlamentar, a Lei nº 11.412/2020. A *novatio legis* teria o condão de determinar a superação (*overruling*) da jurisprudência antes consolidada (CPC, art. 489, §1º, VI, *in fine*)? Afinal, nos termos do Enunciado nº 324 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), “lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução do texto”. Caberia então, a partir de agora, mudar o entendimento acima, praticamente consolidado à altura?

Entende-se que não. Diga-se o porquê.

3. O advento da Lei nº 11.412, de 24 de dezembro de 2020: o que mudou?²

Entrou em vigor, em 26 de março de 2021 (com republicação em 30 de março de 2021), a Lei nº 11.412, de 24 de dezembro de 2020, que “altera as Leis nos 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária”. Teve por finalidade, no campo da recuperação judicial e da falência, aperfeiçoar os respectivos procedimentos e redimensionar alguns dos efeitos jurídicos materiais e processuais ligados a tais institutos.

Não, porém, sem polêmica.

Basta ver que, na Mensagem nº 752, de 24 de dezembro de 2020, o Exmo. Sr. Presidente da República, ouvido o Ministério da Economia, vetava o novo teor do parágrafo 10 do art. 6º da LRF, sob o corretíssimo argumento de que:

² Registro, nesta parte, os meus efusivos agradecimentos ao Prof. Vinicius Taveira, com quem travei prévia e importante interlocução em torno das novidades introduzidas pela Lei nº 11.412/2020, quase à maneira de *brainstorm* que precedeu a redação do presente tópico.

[a] proposta legislativa dispõe que, na hipótese de recuperação judicial, *também serão suspensas as execuções trabalhistas contra responsável, subsidiário ou solidário, até a homologação do plano ou a convalidação da recuperação judicial em falência.*

Entretanto, e embora se reconheça o mérito da proposta, o *dispositivo contraria o interesse público por causar insegurança jurídica ao estar em descompasso com a essência do arcabouço normativo brasileiro quanto à priorização dos créditos de natureza trabalhista e por acidentes de trabalho*, nos termos do art. 186 do Código Tributário Nacional - CTN, e da própria sistemática instituída pela Lei nº 11.101, de 2005, para a proteção desses créditos. (g.n.)

Com efeito, a literalidade do parágrafo 10 trazia consigo, no mínimo, imensa temeridade; e, no seu limiar crítico, um sentido retrocesso social, inclusive à vista da proteção constitucional dos salários (CRFB, art. 7º, *caput* e incisos IV, V, VI, VII, X, art. 100, § 1º etc.) e da duração razoável dos processos (CRFB, art. 5º, LXXVIII), especialmente em se tratando de créditos alimentares. O dispositivo rezava, com efeito, que, “na hipótese de recuperação judicial, também serão suspensas as execuções trabalhistas contra responsável, subsidiário ou solidário, até a homologação do plano ou a convalidação da recuperação judicial em falência”. E, conquanto o Congresso Nacional tenha derrubado alguns outros vetos (como, *e.g.*, o do art. 6º-B), esse – o do parágrafo 10 – felizmente foi preservado.

Nem por isso, todavia, as *novidades* da Lei nº 14.112/2020 deixaram de suscitar polêmicas – para não dizer perplexidades – em seara trabalhista. Duas delas, mais relevantes, merecem atenção neste momento. Ambas tratam da desconsideração da personalidade jurídica das empresas. Por um lado, o art. 6º-C passou a prever que:

[é] vedada atribuição de responsabilidade a terceiros em decorrência do mero inadimplemento de obrigações do devedor falido ou em recuperação judicial, ressalvadas as garantias reais e fidejussórias, bem como as demais hipóteses reguladas por esta Lei.

Por outro lado, o art. 82-A passou a estatuir o seguinte:

Art. 82-A. É vedada a extensão da falência ou de seus efeitos, no todo ou em parte, aos sócios de responsabilidade limitada, aos controladores e aos administradores da sociedade falida, admitida, contudo, a desconsideração da personalidade jurídica. Parágrafo único. A desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida, para fins de responsabilização de terceiros, grupo, sócio ou administrador por obrigação desta, somente pode ser decretada pelo juízo falimentar com a observância

do art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) e dos arts. 133, 134, 135, 136 e 137 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), não aplicada a suspensão de que trata o § 3º do art. 134 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

Pois bem.

Como transcrito acima, o art. 6º-C da Lei nº 11.101/2015 passa a proibir o redirecionamento da execução a terceiros por “mero inadimplemento”, tanto na recuperação judicial como na falência. Isso levaria à primeira conclusão – equivocada, a nosso ver – de que a mera inadimplência de verbas trabalhistas seria insuficiente para se executar os devedores trabalhistas subsidiários e os próprios sócios da empresa falida ou em recuperação, inclusive pela via da desconsideração da personalidade jurídica (que ficaria restrita, portanto, à *teoria maior* do art. 50 do Código Civil).

Não é, porém, o melhor entendimento.

A rigor, o referido art. 6º-C sequer se aplica às relações de trabalho. E não se aplica porque, a uma, *não há omissão legislativa* para os efeitos do art. 769 da CLT. Com efeito, há regra própria, para o processo laboral, quanto aos devedores subsidiários mais recorrentes; veja-se o art. 5º-A, § 5º, da Lei nº 6.019/1974, na redação da Lei nº 13.429/2017 (ao dispor, para os casos de terceirização de serviços, que “[a] empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços”), como ainda o art. 10-A da CLT (estatuindo que “[o] sócio retirante responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período em que figurou como sócio, somente em ações ajuizadas até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, observada a seguinte ordem de preferência: I - a empresa devedora; II - os sócios atuais; e III - os sócios retirantes”).

A duas, é importante compreender que não se trata, nesse caso, de *mero inadimplemento* de obrigação trabalhista, mas do uso de engenharias contratuais para a violação oblíqua ao valor social do trabalho (CRFB, art. 1º, IV, 1ª parte) e à própria finalidade alimentar das verbas de natureza alimentar (que é, afinal, a natureza jurídica prevalecente dos títulos exequendos perante a Justiça do Trabalho). Trata-se, até por isso, de responsabilidade patrimonial que surge *desde o momento em que o trabalho é prestado*, em desfavor do devedor trabalhista subsidiário em geral, independentemente da condição econômica ou da solvabilidade originária do devedor principal (sujeitando-se, porém, a uma condição suspensiva – v. CC, art. 125, *per analogiam* –, a saber, a capacidade/possibilidade de pagamento do empregador; eis o que se manifesta, na dimensão processual, como *benefício de ordem* em favor do devedor subsidiário).

E, para mais, o art. 10-A da CLT, combinado com o art. 28 do CDC (*teoria menor*), prevalece, pela especialidade, sobre a regra geral do art. 6º-C. Aliás, assim já decidido alhures, com a adesão dos pares na 6ª Câmara do TRT da 15ª Região:

[...] Na espécie destes autos, cuida-se de se aplicar a chamada “teoria menor” da desconsideração da personalidade jurídica (expressão originalmente utilizada pelo comercialista FÁBIO ULHÔA COELHO e depois “renunciada” por ele próprio), que deixa raízes no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor (também aplicável ao processo e à execução trabalhista, *ut* arts. 769 e 889 da CLT, como “direito processual comum”, como se dirá melhor adiante); era *desnecessário*, portanto, identificar (ou provar) os pressupostos mais rigorosos do art. 50 do Código Civil (especialmente após a Lei nº 13.874/2019), que dizem com a chamada “teoria maior”: confusão patrimonial, desvio de finalidade, abuso de personalidade jurídica em sentido estrito etc. Também perde relevância, nesse caso, o fato de o agravante não ter sido formalmente administrador da empresa. Bastava, para a *disregard of legal entity*, o mero encerramento das atividades da empresa (que é incontroverso nos autos, até porque documentado pelo próprio agravante) em condição de relativa insolvência (na espécie, em relação aos créditos trabalhistas já reconhecidos ao exequente, até hoje sem a devida satisfação).

Com efeito, mercê dos arts. 50 do Código Civil e 28 do Código de Defesa do Consumidor, de aplicação subsidiária ao Direito do Trabalho (como “direito comum”, *ut* art. 8º, § 1º, CLT), como ainda à vista dos artigos 133 a 137 do CPC e do próprio art. 855-A da CLT, não se vislumbra qualquer impedimento a que a desconsideração da personalidade jurídica se dê na fase de execução, ainda que os sócios não constem do título executivo judicial. E, na mesma alheta, considero que, *do ponto de vista jurídico-material, o art. 28 do CDC - que consagra a chamada “teoria menor” da desconsideração da personalidade jurídica - tem maior pertinência axiológica à circunstancialidade da esfera processual-trabalhista, inclusive à vista das relações materiais subjacentes (tanto nas relações de trabalho como nas relações de consumo há típicos vínculos econômicos assimétricos, em que o hipossuficiente econômico figura num dos polos contratuais), podendo o juiz do Trabalho aplicá-lo às execuções trabalhistas, direta e subsidiariamente, em detrimento do art. 50 do Código Civil. Tal pertinência acentua-se ainda mais se se compreende que tanto a legislação trabalhista quanto a consumerista não admitem a transferência dos riscos da atividade empresarial a terceiros (no caso trabalhista, aos empregados; no caso con-*

sumerista, aos consumidores), placitando o chamado *princípio da alteridade*. [...]” (TRT15, AP 0011087-91.2017.5.15.0105, Relator: GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO, 6ª Câmara, Data de Publicação: 20/06/2020) - g.n.

Em direção similar, na melhor doutrina (TAVEIRA, U. M.; TAVEIRA, V. M. *Manual estratégico de recuperação judicial: impactos no direito e no processo do trabalho*. Cuiabá: VersoReverso, 2021. p.159-160), leia-se:

[...] Importante esclarecer que o artigo 6º-C da Lei nº 11.101/05, incluído pela Lei nº 14.112/05, ao vedar a atribuição de responsabilidade a terceiros em razão do mero inadimplemento da devedora, em nada altera esse entendimento cristalizado na jurisprudência. [...] Isso porque o devedor subsidiário não é terceiro na relação de direito material, nem mesmo na relação jurídico-processual trabalhista, mas sim parte. Ademais, sua responsabilidade não decorre do “mero inadimplemento”, mas do fato de se beneficiar do trabalho alheio, o que se constitui como fundamento lógico-jurídico dos artigos 5º-A, § 5º, da Lei nº 6.019/74, ambos instituídos pela Lei nº 13.467/2017.

Adiante (p. 230):

[...] Não se pode deixar de registrar que a responsabilidade subsidiária na terceirização e no trabalho temporário não decorre do “mero inadimplemento de obrigações do devedor falido ou em recuperação judicial”, mas do fato de os tomadores se beneficiarem do trabalho de outrem, fundando-se nos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e da empresa.

É, com efeito, como se pensou.

O art. 82-A da Lei nº 11.101/2015, por sua vez, estatui que o juiz da falência somente pode desconsiderar a personalidade jurídica da empresa falida com base no art. 50 do Código Civil (logo, à luz da dita *teoria maior*), após a tramitação do incidente de desconsideração (CPC, arts. 133 a 137). É algo problemático, como se vê, para os casos de empregador falido. Há quem o compreenda como uma *norma de competência*, de modo que apenas o juízo universal da falência poderia decretar a desconsideração da personalidade jurídica de empresas falidas, inclusive em relação a credores trabalhistas. Ledo engano. Tal interpretação restritiva violaria, inclusive, a regra competencial do art. 114, I, da Constituição da República; e, logo, à luz da necessária interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonformen Auslegung*), impende compreender que a regra do art. 82-A da LRF não é uma norma de competência material, mas uma *norma de procedimento* (que, como tal, obviamente só vincula o juiz da falência no processo/procedimento próprio(s), como regido(s) pela Lei nº 11.101/2005).

Em relação ao *sócio solidário*, enfim, o equacionamento jurídico segue sendo aquele estabelecido antes da Lei nº 11.412/2020: a sua responsabilidade patrimonial é *limitada*, ressalvadas as hipóteses legais expressas em que respondem ilimitadamente com seu patrimônio pessoal (e.g., sociedades em comandita e sociedades em comum, *ut CC*, art. 1.045, *caput* – para os sócios comanditados – e art. 990, respectivamente). Em todos os demais casos, caso se pretenda ir além dos próprios patrimônios afetados para a sociedade e alcançar os patrimônios pessoais de sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e/ou dos administradores, será mesmo necessária a descon sideração da personalidade jurídica (pela via do art. 50 do Código Civil, como visto).

Já naquelas restritas hipóteses de solidariedade passiva integral de sócios, pouco encontradas nos processos trabalhistas (e na própria jurisprudência empresarial), é certo que a recuperação judicial e a falência promovem efeitos jurídicos abrangentes: o sócio solidário termina abrangido pelos respectivos efeitos processuais e materiais, inserindo-se no âmbito da competência material do juízo recuperacional e falimentar (Lei nº 11.101/2005, art. 6º, II). O mesmo fato jurídico ocorrerá quando houver a prévia descon sideração da personalidade jurídica pelo próprio juízo universal da falência (Lei nº 11.101/2005, art. 82-A). Diante dessas hipóteses, a competência material da Justiça do Trabalho realmente não poderá ser exercida.

Se, por outro lado, essas hipóteses não estiverem presentes – *i.e.*, *se não se tratar de sócio solidário e não houver decreto prévio de descon sideração da personalidade jurídica no juízo universal* –, os respectivos patrimônios não estarão alcançados pela recuperação judicial ou pela falência, cabendo aplicar a inteligência das Súmulas 480 e 581 do STJ e, bem assim, a tese firmada no Tema Repetitivo nº 885 do mesmo Sodalício. Vejam-se:

Súmula 480/STJ: Competência. Conflito de competência. Juízo universal. Juízo da recuperação judicial. Penhora. Bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa. Lei nº 11.101/2005, art. 6º, Lei nº 11.101/2005, art. 47 e Lei nº 11.101/2005, art. 76. CPC/1973, art. 655. O juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa.

Súmula 581/STJ: A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória.

Quanto ao Tema Repetitivo n. 885, eis a tese firmada a partir do REsp 1.333.349/SP (rel. Min. LUÍS FELIPE SALOMÃO, j. 26.11.2014, afetado em 23.9.2014 e com trânsito em julgado em 11.3.2015):

A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, *caput*, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, *caput*, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei nº 11.101/2005.

Na questão específica da desconsideração da personalidade jurídica, enfim, confirma-se, por todos, o que foi decidido no Conflito de Competência nº 155.003/RS, em sede de agravo interno em embargos declaratórios (rel. Min. M. A. BELLIZZE, 2ª Seção, DJe 28.2.2018), ou ainda no Conflito de Competência nº 160.384/SP, em sede de agravo interno (não se admitindo sequer a figura do conflito positivo de competência, já que se trata de juízes distintos decidindo sobre a destinação processual de patrimônios distintos). *In verbis*:

AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXECUÇÃO DE CRÉDITO TRABALHISTA. INCLUSÃO DE COOBRIGADOS NO POLO PASSIVO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. COMPETÊNCIA INDISTINTA DA JUSTIÇA COMUM E DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AUSÊNCIA DE INVASÃO DE ATRIBUIÇÕES JUDICIAIS. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. Nos termos da iterativa jurisprudência desta Corte, a *Justiça do Trabalho tem competência para decidir acerca da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade em recuperação judicial, bem como para, em consequência, incluir coobrigado no polo passivo da execução, pois tal mister não é atribuído com exclusividade a um determinado Juízo ou ramo da Justiça*. 2. *Nas hipóteses em que bens de terceiros, de sócios, de coobrigados, de devedores solidários ou de sociedade do mesmo grupo econômico, não submetidos ao plano de recuperação judicial, são chamados para responder à execução ajuizada contra a sociedade em recuperação judicial, a jurisprudência desta egrégia Corte firmou o entendimento de não reconhecer a existência de conflito de competência, porquanto não há dois juízes decidindo acerca do destino do mesmo patrimônio*. 3. Em casos assim, a sociedade em recuperação judicial é até mesmo beneficiada com a continuidade da execução contra os sócios ou coobrigados, pois em um primeiro momento fica desonerada daquela obrigação, que somente depois lhe será exigida, se for o caso, regressivamente. 4. Incidência da Súmula 480 desta Corte: “O juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa.” 5. Agravo interno desprovido.”(STJ,

AgInt no CC 160.384/SP, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 23/10/2019, Segunda Seção, Data de Publicação: DJe 30/10/2019) – g.n.

Logo, em todos os casos alheios às hipóteses do 6º, II, e 82-A da LRF – como, por excelência, os de devedores coobrigados em caráter subsidiário e/ou por desconsideração da personalidade jurídica decretada na esfera trabalhista –, o juiz do Trabalho segue autorizado a prosseguir com as respectivas execuções na própria Justiça do Trabalho. E, no segundo caso (*disregard*), poderá inclusive levantar o véu da personalidade jurídica na própria ação trabalhista, pela via do art. 28 do CDC, em sede cognitiva ou executiva (CPC, art. 134, *caput*), inclusive *inaudita altera parte* (assim, *e.g.*, em caráter cautelar: CLT, art. 855-A, § 2º, *in fine*, c.c. CPC, art. 301), sem prejuízo do estabelecimento ulterior do contraditório diferido (CLT, art. 855-A, *caput*, c.c. CPC, art. 135).

Aliás, o próprio veto presidencial ao novel parágrafo 10 do art. 6º, como vazado na Mensagem nº 752/2020 (*supra*), é a evidência hermenêutica inexorável de que, na perspectiva da *mens legis* (e, portanto, em autorizada interpretação histórica), prevaleceu institucionalmente, no esquema republicado de freios e contrapesos, a *primazia da proteção dos salários no âmbito da própria Justiça do Trabalho*, ao menos no que toca aos codevedores subsidiários ou mesmo aos coobrigados solidários não alcançados nominalmente pela recuperação judicial ou pela falência.

Nada disso muda, afinal, com o advento da Lei nº 11.412/2020. E nem deveria.

Considerações finais

Ao decidir a ADI nº 3.934-2/DF, o Supremo Tribunal Federal compreendeu que a Lei nº 11.101/2015 andava bem ao estabelecer, para os créditos trabalhistas, restrições creditícias que não existiam sob a égide do revogado Decreto-Lei nº 7.661/1945. Nas palavras do relator, Min. Ricardo Lewandowski, “o estabelecimento de um limite quantitativo para a inserção dos créditos trabalhistas na categoria de preferenciais, do ponto de vista histórico, significou um rompimento com a concepção doutrinária que dava suporte ao modelo abrigado no Decreto-Lei nº 7.661/1945, cujo principal enfoque girava em torno da proteção do credor e não da preservação da empresa como fonte geradora de bens econômicos e sociais”.

Pessoalmente, tem-se outro entendimento. À altura da derradeira tramitação do PL nº 4.376/1993 na Câmara dos Deputados (que redundou na Lei nº 11.101/2005), em parecer técnico produzido para a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (amplamente referenciado, aliás, durante os debates parlamentares ulteriores, pelo então Senador Eduardo Suplicy e por outros vários congressistas), eram

registradas todas as reticências jurídicas, econômicas e sociais, mercê do Direito Internacional do Trabalho (Convenção OIT n. 173), da jurisprudência estrangeira e do próprio princípio da vedação do retrocesso social. A partir de 27.5.2009, porém, já não havia dúvida possível no âmbito do Poder Judiciário: a proeminência principiológica, em sede falimentar e recuperacional, passara à *empresa* – a sua preservação e a sua *função social* (para a geração de bens econômicos e sociais) –, sendo que a preservação dos postos de trabalho (e o próprio privilégio dos créditos trabalhistas) seria assegurada apendicularmente, *tanto quanto possível*.

Se é certo que as conclusões do STF admitiriam um longo debate doutrinário sobre acertos e desacertos, cabe aqui ser pragmático. O que foi dito em maio de 2009 está agora definitivamente dito, por quem poderia dizer por último. Isto, porém, não significa que o regime jurídico da Lei nº 11.101/2005, com todas as suas “prelações”, deva contaminar tudo o que de algum modo se conecte com a empresa falida ou em recuperação, nem que o regime jurídico-constitucional de proteção dos salários e dos trabalhadores possa ser derogado ou amesquinhado sempre que se identifique, em alguma ponta contratual, a figura do falido ou do recuperando.

Bem ao revés, deve-se compreender que o amparo legal da pessoa falida ou em recuperação, naquilo que validamente ressalva ou relativiza a tutela jurídica laboral (e, por extensão, a própria competência da Justiça do Trabalho), opera sempre em caráter de *excepcionalidade*; e, sendo excepcional, não admite extensões ou desdobramentos que não tentam literal chancela legislativa. A máxima exegética aqui aplicável, aliás, decerto não é nova: *exceptiones sunt strictissimae interpretationis*. Deita prováveis raízes no direito medieval. Ou quiçá bem antes, caso se queira ser mais criativo e bíblico: “Quem é fiel nas coisas pequenas também será nas grandes; e quem é iníquo nas coisas pequenas, também será nas grandes” (Lucas, 16: 10-11).

A iniquidade, com efeito, pode vir nos pequenos tropeços. Inclusive hermenêuticos.

ESTADO AUTORITÁRIO E LIBERALISMO ECONÔMICO: A CRÍTICA DE SCHMITT À CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E AOS DIREITOS SOCIAIS DA CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR DE 1919

João Alexandre Menegassi¹

RESUMO: O presente trabalho enfrenta a seguinte questão-problema: Qual o papel dos direitos sociais e da constituição econômica na teoria de Carl Schmitt? A hipótese formulada é a de que Schmitt defendia, ao mesmo tempo, um Estado autoritário e uma economia liberal, o que implicaria em um ataque aos direitos sociais e ao Estado social. O objetivo do presente trabalho é demonstrar como as ideias autoritárias de Schmitt condizem com as elaboradas na atualidade em defesa do liberalismo econômico e da mitigação, ou até mesmo o fim, dos direitos sociais. Ao final, a hipótese inicialmente formulada foi confirmada. The aim of this work is to demonstrate how Schmitt's authoritarian ideas are in line with those currently elaborated in defense of economic liberalism and the mitigation, or even the end, of social rights. At the end, the hypothesis initially formulated was confirmed.

ABSTRACT: The present work faces the following problem question: What is the role of social rights and economic constitution in Carl Schmitt's theory? The hypothesis formulated is that Schmitt defended, at the same time, an authoritarian state and a liberal economy, which would imply an attack on social rights and the social state.

Palavras-Chave: Direitos sociais. Constituição econômica. Constituição de Weimar. Carl Schmitt.

Keywords: Social rights. Economic constitution. Weimar Constitution. Carl Schmitt.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Constituição de Weimar, constitucionalismo social e constituição econômica: a ascensão dos direitos sociais e a mudança dos

¹ Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Escola Paulista de Direito. Pós-Graduado em Advocacia Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Advogado.

objetivos da constituição econômica: 1.1. Os direitos sociais na Constituição de Weimar; 1.2. A constituição econômica na Constituição de Weimar. 2. A crítica de Carl Schmitt à Constituição de Weimar: estado total e a neutralização e despolitização da economia. Conclusão. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. Weimar Constitution, social constitutionalism and economic constitution: the rise of social rights and the change of the objectives of the economic constitution: 1.1. Social rights in the Weimar Constitution; 1.2. The economic constitution in the Weimar Constitution. 2. Carl Schmitt's criticism of the Weimar Constitution: total state and the neutralization and depoliticization of the economy. Conclusion. References.

Introdução

Com a eleição de Jair Bolsonaro à Presidência da República no ano de 2018, o Estado brasileiro parece enfrentar um misto de autoritarismo convergido com o liberalismo econômico. Ao mesmo passo que o discurso presidencial possui nítida afinidade com o fascismo (MÜLLER, 2020, *online*), o atual Ministro da Economia, Paulo Guedes, desde antes da eleição se empenha na defesa das privatizações e desestatização da economia (GASPAR, 2018, *online*).

Especificamente com relação ao Direito brasileiro, pesquisadores investigam um processo de “liberalização da Constituição de 1988” (SOUZA NETO, 2006, p. 122-123). Os atos vão desde reformas constantes na Constituição de 1988 para desfigurar a constituição econômica brasileira (BONAVIDES, 2001, p. 19-31; COMPARATO, 1998, p. 58-61), até a defesa de uma “fundamentalização” da livre iniciativa: a sobreposição da livre iniciativa frente aos princípios e fundamentos da ordem econômica (SOUZA NETO; MENDONÇA, 2006, p. 721-722). O processo foi acelerado – quiçá concluído – com a promulgação da Emenda Constitucional nº 95/2016, esgarçando os direitos sociais e econômicos prescritos na Constituição de 1988 e até mesmo levando a própria suspensão da Constituição (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019, p. 1795-1801; CLARK; NOCE, 2017, p. 1228-1235).

Com base nessas premissas, o trabalho parte da seguinte questão-problema: Qual o papel dos direitos sociais e da constituição econômica na teoria de Carl Schmitt?

A partir de uma visão inicial do tema, a hipótese formulada é de que Schmitt defendia, ao mesmo tempo, um Estado autoritário e uma economia liberal, o que implicaria em um ataque aos direitos sociais e ao Estado social.

De início pode aparentar que os temas não possuem correlação entre si. Porém, ao longo do trabalho, também se busca demonstrar a atualidade do pensamento de Schmitt e como suas ideias que ao mesmo tempo defendem um Estado autoritário e uma política econômica baseada nos princípios do liberalismo econômico são difundidas na atualidade.

O presente trabalho se justifica por dois motivos essenciais. A um porque ele trabalha também com um contexto de crise dos direitos sociais existente na Alemanha da República de Weimar que, inclusive, levou à ascensão nazista no país. E a dois porque refletem, como já tratado alhures, a própria atualidade de discursos que se dizem democráticos, mas, na realidade, são cobertos por véus autoritários.

Para enfrentamento do tema e testagem da hipótese que se apresenta, será utilizado o método hipotético-dedutivo, empregando-se como fontes de pesquisa a revisão literária das obras de Carl Schmitt, de textos sobre direitos sociais, constituição econômica, Estado social e sobre a própria Constituição de Weimar, com a revisão de artigos científicos, ensaios e demais obras acadêmicas que se situem nos flancos da pesquisa. Também será analisada a própria Constituição de Weimar em uma versão em inglês fornecida pela Universidade de Cornell.

O presente estudo está fracionado em dois capítulos distintos, mas interdependentes. O primeiro objetiva conceituar direitos sociais, Estado social e constituição econômica, bem como apontar como esses conceitos foram positivados na Constituição de Weimar. O segundo busca analisar as ideias de Schmitt sobre referidos conceitos e sobre a própria Constituição de Weimar e quais as propostas por ele lançadas.

1. Constituição de Weimar, constitucionalismo social e constituição econômica: ascensão dos direitos sociais e mudança dos objetivos da constituição econômica

1.1. Os direitos sociais na Constituição de Weimar

Segundo Lucia Barbosa Del Picchia (2012, p. 326-327), é no período entre-guerras que se desenvolve o cenário de radicalização das divergências e a ruptura com a tradição do pensamento liberal. A transformação da sociedade após a segunda Revolução Industrial, a organização dos trabalhadores e as teorias políticas críticas ao capitalismo e ao liberalismo abalam as estruturas da tradição do pensamento liberal oitocentista.

A resposta será a elaboração das constituições compromissos do século XX, com conteúdos concorrentes dentro de um quadro pluralista. Essas constituições são consideradas como fruto de um novo constitucionalismo, denominado constitucionalismo social (BERCOVICI, 2020, p. 293). O constitucionalismo social é o movimento que incorpora cláusulas programáticas de conteúdo econômico e social dentro dos textos constitucionais (HERRERA, 2003, p. 80). É a positivação dos direitos sociais, direitos esses ligados ao princípio da igualdade material e que dependem de prestações do Estado para serem efetivos (BERCOVICI, 2003, p. 11). Dessa maneira,

Não há mais constituições monolíticas, homogêneas, mas sínteses de conteúdos concorrentes dentro de um quadro de compromisso deliberadamente pluralista, como de Weimar. A constituição é vista como um projeto que se expande para todas as relações sociais. O conflito é incorporado aos textos constitucionais, que não representam mais as concepções da classe dominante: pelo contrário, tornam-se um espaço onde ocorre a disputa político-jurídica (BERCOVICI, 2020, p. 295).

A Constituição de Weimar de 1919 é, quicá, a constituição mais importante do século XX. Ao passo que uma nova forma de Estado e constituição já foi estabelecida pela Constituição Mexicana de 1917, o constitucionalismo social progride com a Constituição de Weimar, tornando-se o norte das constituintes para a elaboração de suas constituições ao longo do século XX (COMPARATO, 2003, p. 188-190). Para Gilberto Bercovici (2003, p. 13), a Constituição de Weimar “[...] buscou legitimar a República por meio de uma democracia e do Estado Social”. A Constituição de Weimar intenta responder à crise liberal oitocentista e, com isso, transformar a sociedade. A partir de um ponto de vista histórico e em comparação com as demais constituições do século XX, é a Constituição de Weimar que contém todos os elementos próprios e específicos do constitucionalismo social (BERCOVICI, 2020, p. 294-295; FIORAVANTI, 2007, p. 149-150).

Para Carlos Miguel Herrera (2003, p. 83-84), a Assembleia de Weimar desenvolve o Estado social primeiramente como uma forma de concatenar os direitos sociais soviéticos – que não trazem um catálogo de direitos, mas princípios de organização política e econômica; ou seja: é a fusão de direitos sociais com a organização social – com o individualismo ocidental do liberalismo. Contudo, o projeto de Hugo Preuß não continha capítulo a respeito dos direitos fundamentais, sob a justificativa de que seria uma ameaça à unidade nacional e à organização do povo alemão. Somente com o projeto de Friedrich Naumann é que se acrescenta ao texto constitucional a segunda parte da Constituição, que trata dos direitos e deveres dos alemães (BERCOVICI, 2003, p. 14-15; HERRERA, 2003, p. 84; VITA, 2018, p. 572-573).

O Livro II contava com cinco capítulos: A pessoa individual; A vida social; Religião e agrupamentos religiosos; Educação e Escola e A vida econômica (PINHEIRO, 2006, p. 116). Dentre os diversos direitos sociais garantidos na Constituição de Weimar, destacam-se: i) a função social da propriedade (art. 153, § 2º); (ii) a possibilidade de desapropriação de terras para satisfação da coletividade (art. 153, § 1º); (iii) direito ao trabalho (art. 157 e art. 162); (iv) proteção à maternidade, à velhice, às debilidades e aos acasos da vida, mediante sistema de seguros (art. 161); (v) direito à classe trabalhadora de garantia dos direitos sociais (art. 162); (vi) seguro-desemprego (art. 163, § 1º); e (vii) direito à participação nos Conselhos (art. 165) (PINHEIRO, 2006, p. 117; CORNELL, *online*).

Com a incorporação dos direitos sociais aos direitos fundamentais de primeira dimensão, houve, segundo expõe Gilberto Bercovici (2003, p. 15-16), três diferentes

reações dos juristas: (i) a primeira, logo após promulgada a Constituição, crítica aos dispositivos, argumentando ser meras expressões políticas; (ii) após 1923, passam a defender que se tratavam de direitos públicos subjetivos que necessitariam de concretização pela via legislativa; e (iii) após 1930, tornaram-se o “campo de batalha” dos conflitos políticos em meio as decretações de estado de emergência.

A Constituição de Weimar aparentava organizar conjuntamente três programas políticos distintos: o social-liberalismo, o social-catolicismo e o socialista. E essa integralização estava presente, principalmente, na constituição econômica da Constituição de Weimar (HERRERA, 2003, p. 85).

1.2. A constituição econômica na Constituição de Weimar

Vital Moreira (1979, p. 35) conceitua a constituição econômica como um conjunto de preceitos e instituições jurídicas que visam garantir elementos definidores do sistema econômico do Estado. Para isso, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia. De maneira não muito distinta, Washington Peluso Albino de Souza (2002, p. 16) define constituição econômica como uma parte integrante da totalidade da constituição. A constituição econômica caracteriza-se pelo conteúdo econômico dentro do texto constitucional, assimilada pela ideologia constitucionalmente adotada. Essa incorporação, vale dizer, não precisa obedecer a uma estrutura rígida; havendo regulação da política econômica dentro de uma constituição, há, ali, uma constituição econômica (DE SOUZA, 2002, p. 25-27).

O grande debate em torno das constituições econômicas surge com as constituições elaboradas após o final da Primeira Guerra Mundial (BERCOVICI, 2003, p. 23). Isso não quer dizer, porém, que a constituição econômica é uma inovação do constitucionalismo social. Toda teoria constitucional está composta por uma constituição econômica (TAVARES, 2011, p. 76). A existência de uma ordem econômica sempre esteve presente no texto constitucional do Estado liberal. A constituição econômica liberal existia para garantir os fundamentos do sistema econômico vigente, versando em seu texto sobre a autonomia contratual, direitos de propriedade, liberdade de comércio e liberdade de indústria. O que difere a constituição econômica presente nas constituições do século XIX para as dos séculos XX é que essas buscam não mais somente receber as estruturas vigentes, mas transformá-las (BERCOVICI, 2005, p. 31-33; GRAU, 2018, p. 57-60; MOREIRA, 1979, p. 95-99).

Carlos Miguel Herrera (2002, p. 33-35) destaca que a constituição econômica de Weimar era dividida em três diferentes níveis: (i) os primeiros com os direitos fundamentais sociais e econômicos; (ii) o segundo com o controle da ordem econômica capitalista pela função social da propriedade; e (iii) o terceiro com o mecanismo de colaboração entre as classes por meio dos conselhos estabelecidos no artigo 165 da Constituição de Weimar.

Os Conselhos surgem de um acordo firmado entre empresários e sindicatos. É uma tentativa de se conter a radicalização dos movimentos de esquerda, com a influência do SPD. A proposta foi a criação de dois Conselhos: o Conselho dos Trabalhadores, com a representação pública dos trabalhadores para o interesse desses nas políticas públicas; e o Conselho Econômico, que estabeleceria a comunhão de interesses entre classes (BERCOVICI, 2003, p. 27-30). Os Conselhos não foram devidamente concretizados pela política do Reich, ficando meramente circunscritos no texto constitucional. Todavia, conquanto o artigo 165 da Constituição de Weimar jamais tenha se materializado, a busca era a ampliação da cidadania política dos trabalhadores para a cidadania econômica (BERCOVICI, 2003, p. 34-35).

Entender a figura dos Conselhos, da constituição econômica e dos direitos sociais na Constituição de Weimar passa por entender, também, a virada teórico-política socialista e social-democrata austro-alemã ocorrida à época. Segundo Giacomo Marramao (1990, p. 25-26), há uma mudança significativa da teoria marxista ligada à social-democracia austro-alemã. A transição para o socialismo se daria pelo Estado Democrático. Nasce dali a teoria do capitalismo organizado, formulada por Rudolf Hilferding, com a reforma do sistema capitalista e a estatização da economia rumo ao socialismo (BERCOVICI, 2003, p. 38-39).

Rudolf Hilferding argumentava que a livre concorrência havia sido substituída pela concentração de capital. Consequentemente, há uma modificação do papel do Estado e de sua relação com a burguesia: o Estado deveria garantir o mercado nacional e expandir os mercados pelas práticas imperialistas (BERCOVICI, 2003, p. 40-41; HILFERDING, 1985, p. 312-314 e 318). Hilferding, então, defende que há uma nova tarefa ao proletariado, que é desapropriar os capitalistas do Estado. Isso porque a organização do capitalismo pelo Estado é hierárquica, não democrática. Conquistar o poder político, assim, dependeria da emancipação econômica (HILFERDING, 1985, p. 343-344).

Para se chegar ao socialismo, a consequência necessária do capitalismo organizado era a democracia econômica (BERCOVICI, 2003, p. 44-45). A democratização do âmbito político dependeria dos partidos para a continuação da luta de classes dentro do Estado, mas sua concretização dependeria da democracia econômica, que somente seria alcançada via cogestão, por meio dos Conselhos, com o desenvolvimento de políticas públicas e do intervencionismo estatal, com o intuito de controlar e subordinar as atividades econômicas para o interesse geral (BERCOVICI, 2003, p. 45-46; MARRAMAIO, 1990, p. 166-168; VITA, 2018, p. 583-585). Com isso, “a economia deixaria de ser um assunto privado dos empresários, tornando-se um tema público para todo o povo” (BERCOVICI, 2003, p. 46).

Para Gilberto Bercovici (2003, p. 48), o papel do Estado era fundamental para a política econômica alemã na Constituição de Weimar. O aumento ou a diminuição das políticas públicas e prestações pelo Estado interferiria sobremaneira no núcleo do sistema constitucional weimariano, porquanto os conflitos sobre gastos públicos

ou sociais condicionavam as discussões acerca da própria legitimidade da República. Ou seja: o papel dos direitos sociais na Constituição de Weimar dependia diretamente da efetivação, também, da constituição econômica. Tanto que, com a crise econômica pós-1929, a crítica será destinada ao Estado Social e a solução encontrada passará pelo combate ao aumento de salários, as garantias trabalhistas e ao próprio Estado Social (BERCOVICI, 2003, p. 48-49). E como será melhor demonstrado doravante, um dos grandes críticos do Estado Social Weimariano é Carl Schmitt, com suas teses sobre o Estado total e a relação entre Estado e economia.

2. A crítica de Carl Schmitt à Constituição de Weimar: Estado total e a neutralização e despolitização da economia

Carl Schmitt não desenvolveu em seus textos uma teoria do Estado, mas uma teoria da constituição (BERCOVICI, 2003, p. 60; SEITZER & THORNHILL, 2008, p. 3).

A questão da teoria constitucional schmittiana é a unidade política e a homogeneidade. O Estado deve ser a conjunção da unidade e do político. O Estado é a unidade política de um povo em um território (BERCOVICI, 2003, p. 54-55; BÖCKENFÖRDE, 1998, p. 37-38; GALLI, 2015, p. 1-2; SCHMITT, 2009, p. 46-47). O conceito de Estado pressupõe o próprio conceito de político. E, para Schmitt, o político é a relação amigo/inimigo. O inimigo é a ameaça da existência de um povo. O político só se manifesta nas situações de ameaça à unidade política. O objetivo do Estado é a pacificação completa, com a extinção do inimigo (BERCOVICI, 2003, p. 55-58; DYZENHAUS, 1997, p. 40-42; GALLI, 2015, p. 11-12; SCHMITT, 2009, p. 51-57).

A constituição é o resultado de uma unidade política. Ela é uma decisão consciente adotada pela unidade política, através do titular do poder constituinte (SCHMITT, 2008, p. 75-77).

Para Schmitt (2005, p. 5), “soberano é quem decide o estado de exceção”. Nesta célebre frase, a soberania é entendida por Schmitt como uma função politicamente indispensável para a afirmação da ordem (BERCOVICI, 2003, p. 51). Também, é a partir dessa frase que Schmitt apresenta as três categorias para se pensar o direito: a soberania, a exceção e a decisão (BIGNOTTO, 2008, p. 407; CÂMARA, 2010, p. 61).

A exceção schmittiana é um conceito-limite: sua definição não se encaixa na normalidade, mas somente em casos limites. A decisão sobre a exceção é uma decisão proeminente. Para Schmitt, a exceção não pode ser codificada numa tipificação jurídica; a constituição pode, no máximo, prescrever sobre quem pode tratar de tal questão. E se o estado de exceção não é subordinado a controles, conseqüentemente ele não é distribuído entre as instâncias do Estado. O controle estará sempre a encargo somente do soberano. O soberano decide sobre a existência do estado emergencial, bem como o que deve ser feito para eliminar a exceção. Ou seja: o soberano situa-se externa-

mente à ordem legal, mas ainda assim pertence a ela, porquanto é ao soberano que compete decidir sobre a suspensão dessa própria ordem (SCHMITT, 2005, p. 5-8).

Na análise de Schmitt, a Constituição de Weimar possuía inúmeras obscuridades e compromissos sem decisão. A Constituição de Weimar, com seus dois programas distintos – a primeira parte vinda do Direito burguês; e a segunda parte derivada do Direito bolchevique – trazia compromissos dilatatórios que adiavam a decisão sobre temas que necessitavam ser decididos pela unidade política (BERCOVICI, 2003, p. 16-19; SCHMITT, 2008, p. 82-86).

Em suas críticas ao liberalismo e ao parlamentarismo, Schmitt elabora a tese do Estado total. O Estado total seria o Estado nascido a partir da distinção entre Estado-sociedade, no qual todos os problemas se converteriam em questões políticas. Para Schmitt, a distinção Estado-sociedade teria desaparecido com o triunfo do parlamento. O Estado teria se tornado a auto-organização da sociedade. Os partidos políticos passaram a buscar somente a maioria para governar e os conflitos políticos passam a ser solucionados somente a partir da negociação e do debate (BERCOVICI, 2003, p. 61-62; GALLI, 2015, p. 18-20; SCHEUERMANN, 2020, p. 99-101 e 116-119; SCHMITT, 2007, p. 146-148; SCHMITT, 2009, p. 72-75).

William E. Scheuermann (2020, p. 111) detalha que Schmitt teria inclusive sugerido que as demandas políticas e sociais do século XX, caracterizadas pela equidade de oportunidades, teriam levado a uma nova forma de despotismo social e político, no qual o autoritarismo estaria entrelaçado com o Estado Social. A democracia de massas desenvolvia, também, uma contradição entre o individualismo liberal e a homogeneidade do Estado. O parlamentarismo teria se tornado uma disputa de blocos antagônicos pelo poder. Não havia mais, para Schmitt, uma decisão política presente na Constituição de Weimar (BERCOVICI, 2003, p. 64-65; DYZENHAUS, 1997, p. 59-61).

Carl Schmitt entende que, durante a história, o Estado passou por várias etapas: o Estado absoluto do século XVII, o Estado neutro do século XVIII e parte do século XIX e o Estado total do século XX. O Estado neutro, por ser não-intervencionista e ter neutralidade aos conceitos políticos vigentes, não possuía relação com as diversas dimensões da vida social. É autônomo frente à sociedade. Por isso, era um Estado com plena capacidade política. Era a própria definição do político (BERCOVICI, 2003, p. 77; SCHEUERMAN, 2020, p. 78-79; SCHMITT, 2007, p. 116-117).

Porém, no Estado total, com a dissipação da divisão Estado-sociedade, o Estado se torna o grande âmbito dos conflitos da vida social. Com efeito, o Estado torna-se politicamente fraco, pois não distingue o que há de político nele (Schmitt, 2009, p. 47). Na síntese de Jean-François Kervégan (2006, p. 70-71), o Estado total é um Estado debilitado, que surge da conjunção entre: (i) Estado social, em razão de sua função estatal e administrativa na vida social; (ii) Estado de partidos, dominado pela autorreali-

zação partidária; e (iii) Estado administrativo, uma vez que se baseava diretamente na influência da burocracia e por medidas técnicas da Administração.

O Estado total também era entendido por Schmitt como um Estado econômico: os centros da decisão econômica são autônomos e dominados pela policracia, um conjunto de titulares autônomos da economia política, limitados politicamente (Schmitt, 2007, p. 133-135). Por isso, Schmitt entendia que a Constituição de Weimar não possuía uma constituição econômica, uma vez que as constituições econômicas só seriam as constituições estatais, como a bolchevique e a fascista. A Constituição de Weimar teria previsto um Estado econômico, não uma constituição econômica. Na interpretação schmittiana, ao mesmo tempo em que a Constituição de Weimar assumiu tarefas econômicas e sociais, tornou a administração dessas tarefas dependentes de interesses econômicos (BERCOVICI, 2003, p. 79-84; SCHMITT, 2007, p. 116, 141-144 e 153-156).

Assim, Weimar seria um Estado total quantitativo, que, segundo Schmitt, é

[...] o Estado *total* da identidade entre Estado e sociedade, o qual não é desinteressado em relação a nenhum âmbito de coisas e agarra potencialmente qualquer âmbito. Consequentemente, nele, *tudo* é político, pelo menos segundo a possibilidade, e a referência ao Estado já não está apta a fundar uma marca específica de diferenciação do “político” (SCHMITT, 2009, p. 46).

A saída, para Schmitt, é um Estado total qualitativo: um Estado forte, autoritário na política, mas que, ao mesmo tempo, garanta o livre mercado na esfera econômica. Desse modo, a solução schmittiana é um Estado forte e autoritário, mas que permita uma economia livre. A economia de Schmitt deve ser despolitizada, privada e liberal. O Estado deve coordenar a economia, mas só atuar diretamente no mínimo indispensável (BERCOVICI, 2003, p. 84-85; CRISTI, 1998, p. 189).

Segundo Schmitt, além do retorno da neutralidade, o Estado deveria ser despolitizado: ultrapassar o programa político-partidário e se posicionar acima da sociedade e dos partidos políticos (Schmitt, 2009, p. 59-64). Assim, somente com a despolitização das esferas não-estatais se retomaria a unidade política. Com isso,

O Estado Total Qualitativo subordina a esfera privada, não no sentido da politização da economia, mas para a neutralização dos conflitos econômicos. A economia, assim, é subordinada às instâncias estatais, mas é preservada como ordenamento social privado e autônomo (BERCOVICI, 2003, p. 83).

Isso não necessariamente implica que Schmitt defende o *laissez-faire*. O que Schmitt defende é um limite da atuação do Estado (SCHMITT, 2009, p. 136-139). Para isso, Schmitt propõe uma tripartição da gestão da economia: (i) uma esfera do Estado; (ii) uma esfera privada; e (iii) uma esfera intermediária. Essa última esfera seria denominada como a administração econômica autônoma, uma espécie de domínio público

não estatal, administrada pelos agentes econômicos (BERCOVICI, 2003, p. 85-86; CRISTI, 1998, p. 196-197).

A forma encontrada para neutralizar a economia dos conflitos políticos, para Schmitt, estaria na utilização dos poderes de exceção pelo Presidente do Reich. Pelo artigo 48, § 2º, da Constituição de Weimar, o presidente poderia instituir, inclusive, o estado de emergência econômico, diante de uma necessidade financeiro-econômica (SCHMITT, 2007, p. 169-172).

O desenvolvimento de um Estado de emergência e de exceção *especificamente econômico e financeiro*. Tanto a praxe do artigo 48, § 2º, da Constituição do Reich quanto, em especial, aquela do artigo 55 da Constituição prussiana reconheceu como admissível, sob a pressão do caráter essencialmente econômico e financeiro de atuais situações de emergência, a aplicação dos poderes extraordinários sobre situações de emergência e perigos de cunho econômico e financeiro. [...] a *condição* para os poderes extraordinários (estado de emergência, considerável ameaça da segurança e ordem públicas) pode estar fundamentada em uma situação de emergência econômica e financeira ou em um perigo que surge de circunstâncias econômicas e financeiras e o caráter primeiramente só econômico e financeiro da situação de partida não exclui a aplicação dos poderes extraordinários. Ademais, do *conteúdo* dos poderes extraordinários faz, também, parte o direito de publicar decretos do conteúdo e caráter econômico e financeiro, substitutivos deles (SCHMITT, 2007, p. 173-175).

As ideias autoritárias de Schmitt vão passar a ecoar na política alemã principalmente após 1932, com o gabinete de von Papen. As ideias schmittianas também já teriam sido previamente adotadas pelo fascismo italiano. Mussolini instaura o estado de emergência sob o argumento de solucionar a crise econômica no país, com a ideia de diminuição do Estado na atuação econômica. Embora o fascismo seja uma soberania de Estado, a forma de governo é qualificada. O discurso econômico fascista é favorável ao liberalismo econômico. O abandono do liberalismo econômico só ocorre em decorrência da Segunda Guerra Mundial (BERCOVICI, 2020, p. 308-312; HELLER, 2015, p. 295-297).

Desta forma, Gilberto Bercovici (2003, p. 88-89) delibera que, ao mesmo tempo em que Schmitt é contra o liberalismo político, é a favor do liberalismo econômico. Ele reforça o poder do capital ao despolitizar a economia e privilegiar as classes econômicas dominantes.

Na visão de Otto Kirchheimer (2019, p. 1542-1545) o que se busca na teoria de Schmitt é isolar a economia das influências dos órgãos de representação popular. Isso tornaria a economia também isolada da própria democracia. Franz L. Neumann (1964, p. 264-265), de forma semelhante, entende que isolar a economia levou também

ao próprio fascismo, porquanto os poderes econômicos buscavam justamente uma economia sem o controle do povo.

Já para Hermann Heller (2015, p. 299-301) o Estado autoritário é uma alternativa política escolhida pelo liberalismo. Esse liberalismo torna-se liberal somente na matéria de ordem econômica. Ao mesmo tempo que mantém políticas autoritárias, defende a não-intervenção do Estado da economia, como se fossem sumariamente separados um do outro. Na interpretação de Heller (2015, p. 300-301), o Estado total qualitativo nada mais é do que a própria destruição do Estado social. O que os grandes defensores do liberalismo econômico queriam não era a não-intervenção econômica do Estado: mantinham os subsídios aos bancos, indústrias e empresas agrícolas. A teoria era abandonar a política social acompanhada pela liberalização da economia, ao mesmo tempo que se crescia o autoritarismo militar do Estado na vida política (PONTES; VERBICARO, 2021, p. 415-416).

William E. Scheuerman (2020, p. 260) compara a teoria econômica schmittiana com o neoliberalismo radical de Hayek. Ambos formulavam críticas claras ao Estado Social e ao pluralismo político, acreditando ser motivo da crise econômica alemã. Renato Cristi (1998, p. 146-149, 193-194 e 198-199) também defende que, além do neoliberalismo, a teoria de Schmitt possui diversas similaridades com a ordo-liberal: principalmente pela despolitização da economia através do isolamento dela de influências político-sociais, até mesmo a defesa e elogios à política econômica adotada pelo Estado fascista.

Juliana Fonseca Pontes e Loiane Prado Verbicaro (2021, p. 421-423) defendem que a discussão entre Carl Schmitt e Herrmann Heller em muito se assemelha às análises formuladas acerca da Wendy Brown sobre o neoliberalismo na atualidade: ao pretender desregular os mercados e destronar a política, o neoliberalismo criou novamente um Estado suscetível aos ideais da extrema-direita: um Estado forte, nacionalista e autoritário.

As ideias de Schmitt também ecoam no fenômeno do *economic constitutionalism*, ou constitucionalismo econômico, defendido, principalmente, por Kanishka Jayasuriya. Para Jayasuriya (2001, p. 452-458), o constitucionalismo econômico se refere a uma tentativa de tratar o mercado como uma ordem constitucional própria, seguido de suas próprias regras, procedimentos e instituições. Toda essa ordem de mercado opera para protegê-lo de interferências políticas, pressões sociais, discussões populares e da própria intervenção estatal. Essa nova forma de constitucionalismo econômico exige a construção de um tipo específico de organização e estrutura de Estado: um Estado regulador e sua finalidade regulatória é a salvaguarda da ordem de mercado.

Por fim, para Domenico Losurdo (2004, p. 226-229), o Estado fascista é muito semelhante ao Estado liberal do século XIX: ambos buscaram violar e por fim à democracia de massas, ao sufrágio universal e garantir a propriedade privada. A teoria schmittiana é, assim, oposta ao Estado social e aos direitos sociais.

Conclusão

Após a revisão teórica sobre os conceitos centrais de Estado social, direitos sociais e constituição econômica, do conteúdo referente aos direitos sociais na Constituição de Weimar de 1919 e das teorias desenvolvidas por Carl Schmitt a respeito de referidos temas, ao final do presente artigo, a hipótese inicialmente formulada – a de que Schmitt defendia, ao mesmo tempo, um Estado autoritário e uma economia liberal, o que implicaria em um ataque aos direitos sociais e o Estado social – foi confirmada.

O que se demonstrou é que Schmitt se opõe à democracia de massas e à efetivação dos direitos sociais por meio da constitucionalização dos conflitos políticos. Os direitos sociais iriam contra sua ideia de constituição como unidade política e homogênea. Além do mais, Schmitt defende o liberalismo econômico e a neutralidade e despolitização do Estado na economia.

As conclusões do recorte da pesquisa, enfim, demonstram que Schmitt se opunha profundamente ao Estado social e, como resposta para o que ele considerava um *problema*, sugere um Estado total qualitativo: forte e autoritário na política e que se abstém na economia. Essa ideia é semelhantemente advogada na atual lógica neoliberal, com discursos que defendem o liberalismo econômico e se dizem democráticas, quando, na realidade, andam lado-a-lado com teorias autoritárias.

Referências

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O fim das ilusões constitucionais de 1988?. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, p. 1769-1811, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/37470>.

BERCOVICI, Gilberto. **Entre o estado total e o estado social: atualidade do debate sobre direito, estado e economia na República de Weimar**. 2003. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/2/tde-22092009-150501/pt-br.php>.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição: para uma crítica ao constitucionalismo**. 3. ed. Quartier Latin, 2020.

BIGNOTTO, Newton. Soberania e exceção no pensamento de Carl Schmitt. **Kriterion: Revista de Filosofia**, v. 49, p. 401-415, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0100-512X2008000200007>.

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CÂMARA, Heloisa Fernandes. **Estado de Exceção Entre o Direito e a Vida: soberania, biopolítica e campos**. 2010. Tese de Doutorado. Dissertação de Mestrado (Faculdades de Ciências Jurídicas), Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <https://acervodigital.ufrpr.br/bits->

tream/handle/1884/48195/R%20-%20T%20-%20HELOISA%20FERNANDES%20CAMARA.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

NOCE, Umberto Abreu; CLARK, Giovanni. A Emenda Constitucional n 95/2016 e a violação da ideologia constitucionalmente adotada. **REI -Revista Estudos Institucionais**, v. 3, n. 2, p. 1216-1244, 2017. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/194>.

COMPARATO, Fábio Konder. Réquiem para uma constituição. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, 51-63, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONSTITUTION of the German Reich. August 11, 1919. Disponível em: <http://lawcollections.library.cornell.edu/nuremberg/catalog/nur:01840>.

CRISTI, Renato. **Carl Schmitt and authoritarian liberalism: strong state, free economy**. Cardiff: University of Wales Press, 1998.

DEL PICCHIA, Lucia Barbosa. **Estado, democracia e direitos na crise do constitucionalismo liberal: uma comparação entre o pensamento jurídico francês e o brasileiro**. 2012. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-22042013-141125/pt-br.php>.

DYZENHAUS, David. **Legality and legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar**. Oxford: Oxford University Press, 1997.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Trotta, 2007.

GALLI, Carlo. **Janu's Gaze: essays on Carl Schmitt**. Duke: Duke University Press, 2015.

GASPAR, Malu. **O fiador**. 2018. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/o-fiador/>.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

HELLER, Hermann. Authoritarian liberalism. **Eur. LJ**, v. 21, p. 295-301, 2015.

HERRERA, Carlos-Miguel. **Les Juristes de Gauche sous la République de Weimar**. Paris: Kimé, 2002.

HERRERA, Carlos-Miguel. Estado, constitución y derechos sociales. **Revista Derecho del Estado**, 15, p. 75-92, 2003. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4276>.

HILFERDING, Rudolf. **O capital financeiro**. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

JAYASURIYA, Kanishka. Globalization, sovereignty, and the Rule of Law: From political to economic constitutionalism?. **Constellations**, v. 8, n. 4, p. 442-460, 2001.

KERVÉGAN, Jean-François. **Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade**. São Paulo: Manole, 2006.

KIRCHHEIMER, Otto. Weimar... e então? Formação e atualidade da Constituição de Weimar. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 2, p. 1500-1553, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/42606>.

LOSURDO, Domenico. **Democracia e bonapartismo**. São Paulo: UNESP, 2004.

MARRAMAO, Giacomo. **O político e as transformações: crítica do capitalismo e ideologia da crise entre os anos vinte e trinta**. Belo Horizonte: Oficina de Livros, 1990.

MOREIRA, Vital. **Economia e constituição**: para o conceito de constituição econômica. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

MÜLLER, Bruno Frederico. A radicalização de Bolsonaro e suas afinidades com o nazismo. **Dissidência**, 2020. Disponível em: <https://dissidenciablog.wordpress.com/2020/05/08/a-radicalizacao-de-bolsonaro-e-suas-afinidades-com-o-nazismo/>.

NEUMANN, Franz Leopold. **The democratic and the authoritarian state**: essays in political and legal theory. London: Collier-Macmillan, 1964.

PINHEIRO, Maria Claudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição mexicana de 1917. **Revista de Informação Legislativa**, v. 43, p. 101-127, 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/92449>.

PONTES, Juliana Fonseca; VERBICARO, Loiane Prado. Liberalismo autoritário: Carl Schmitt e Hermann Heller encontram Wendy Brown. **Suprema-Revista de Estudos Constitucionais**, v. 1, n. 1, p. 404-426, 2021.

SCHUEURMAN, William E. **The end of law**: Carl Schmitt in the Twenty-First Century. 2. ed. London: Rowman & Littlefield International, 2020.

Schmitt, Carl. **Political theology**: four chapters on the concept of sovereignty. Chicago: University of Chicago Press, 2005.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. **Constitutional Theory**. London: Duke University Press, 2008.

SCHMITT, Carl. **Dictatorship**: from the origin of the modern concept of sovereignty to proletarian class struggle. Cambridge: Polity Press, 2014.

SCHMITT, Carl. **O conceito de político**. Lisboa: Almedina, 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coord.). **A constitucionalização dos direitos: fundamentos teóricos e aplicações específicas** (p. 709-741). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de O dilema constitucional contemporâneo entre o neoconstitucionalismo econômico e o constitucionalismo democrático. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Orgs.). **Diálogos constitucionais**: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos (Cap. 5, p. 119-132). São Paulo: Renovar, 2006.

DE SOUZA, Washington Peluso Albino. **Teoria da constituição econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

VITA, Leticia. Constitucionalismo social como democracia econômica. Una relectura de la Constitución de Weimar a la luz del aporte de Hugo Sinzheimer. **Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional**, n. 19, p. 565-591, 2018. Disponível em: <http://www.unioviado.es/historiaconstitucional/index.php/historiaconstitucional/article/view/503>.

A POSSIBILIDADE DA DISPENSA POR JUSTA CAUSA DO TRABALHADOR URBANO E RURAL QUE RECUSAR A VACINA CONTRA A COVID-19

João Batista Martins César¹

Renata Prieto Furriel²

Guilherme Araújo Toledo³

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo analisar se é possível a dispensa por justa causa do trabalhador que recusa a vacinação contra o Covid19. Será feita uma análise do ordenamento jurídico trabalhista, especialmente voltada às questões de medicina e segurança do trabalho, analisando-se a vacinação como medida coletiva de prevenção do adoecimento e se há necessidade da adesão do trabalhador, como mecanismo para a eficácia da erradicação das pragas virulentas. A imposição da vacinação, nesse caso, seria uma possibilidade legal? O trabalhador recalcitrante poderia receber sanções ante a recusa, tendo-se como base critérios de razoabilidade e proporcionalidade?

ABSTRACT: The present study aims to analyze whether it is possible to dispense for just cause of the worker who refuses vaccination against Covid19. An analysis of the labor legal system will be made, especially focused on the issues of occupational medicine and safety, analyzing vaccination as a collective

¹ Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba. Especialista em Direitos Difusos pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Desembargador Federal do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Diretor da Escola Judicial do TRT15. Presidente do Comitê Regional e Gestor Nacional do Programa de Combate ao Trabalho Infantil e de Estímulo à Aprendizagem da Justiça do Trabalho. Professor da Faculdade de Direito de Sorocaba - Disciplina Estágio II - Processo do Trabalho. Palestrante e conferencista. Doutorando pelo Instituto Toledo de Ensino -Bauru-SP. Endereço eletrônico: jbmcesar@hotmail.com

² Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Verbo Jurídico Educacional. Autora de artigos publicados pela Editora LTr. Assessora de Desembargador – TRT/15. Endereço eletrônico: renatafurriel@yahoo.com.br

³ Graduando pela Faculdade de Direito do Sorocaba. Coautor do artigo: *O contrato de trabalho durante a pandemia do novo coronavírus e a autocomposição como forma adequada de solução dos conflitos laborais*. Endereço eletrônico: toledo.guilherme2000@gmail.com

measure to prevent illness and whether there is a need for worker's support, as a mechanism for the effectiveness of the eradication of virulent pests. Would the imposition of vaccination, in this case, be a legal possibility? Could the recalcitrant worker receive sanctions in the face of refusal, based on criteria of reasonableness and proportionality?

PALAVRAS-CHAVE: Pandemia. Covid-19. Vacinação. Medida coletiva. Despedida.

KEYWORDS: Pandemic. Covid-19. Vaccination. Collective measure. Farewell.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Saúde como dever do Estado. 2. A COVID-19 e o meio ambiente do trabalho: 2.1. Evolução do conhecimento científico e princípio da precaução. 3. Surgimento de imunizantes, avanço da imunização e recusa à vacina. 4. Vacinação compulsória e políticas empresariais de vacinação obrigatória no mundo: 4.1 Direito Comparado: 4.1.1. Portugal; 4.1.2. Espanha. 5. Vacinação compulsória no Brasil. 6. Consequências práticas da recusa injustificada de trabalhador à vacinação. 7. Expedição de ordem, pelo empregador, determinando a vacinação dos trabalhadores contra a Covid-19. 8. Justa causa. Ato de indisciplina e insubordinação. 9. Correntes doutrinárias: 9.1. Inexistência de justa causa; 9.2. Validade da dispensa por justa causa. 10. Recusa do trabalhador à vacinação como falta que enseja a aplicação de penalidades. 11. Possibilidade de caracterização da Covid-19 como doença do trabalho. 12. Hipóteses nas quais a imposição da vacinação não se justifica. 13. Jurisprudência sobre a aplicação de justa causa no caso de recusa à vacinação. 14. Proposições conclusivas. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. Health as a duty of the State. 2. COVID-19 and the labour environment: 2.1. Evolution of scientific knowledge and precautionary principle. 3. Emergence of immunizers, advancement of immunization and refusal to the vaccine. 4. Compulsory vaccination and mandatory vaccination business policies worldwide: 4.1 Comparative Law: 4.1.1. Portugal; 4.1.2. Spain. 5. Compulsory vaccination in Brazil. 6. Practical consequences of the worker's unjustified refusal to vaccinate. 7. Dispatch of order, by the employer, determining the vaccination of workers against Covid-19. 8. Just cause. Act of indiscipline and insubordination. 9. Doctrinal currents: 9.1. No just cause; 9.2. Validity of the waiver for just cause. 10. Refusal of the worker to vaccination as a lack of penalty. 11. Possibility of characterizing Covid-19 as work sickness. 12. Hypotheses in which the imposition of vaccination is not justified. 13. Case law on the application of just cause in the event of refusal to vaccinate. 14. Conclusive propositions. References.

Introdução

A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou, em 11 março de 2020, a pandemia de Covid-19, provocada pelo novo coronavírus (SARS-COV-2) e reconheceu a Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional – ESPII, o mais alto nível de alerta da Organização, conforme o Regulamento Sanitário Internacional.

É pública e notória a crise vivenciada em razão do avanço do vírus pelo mundo. A pandemia representa, no momento, ameaça ao futuro da humanidade.

Trata-se de doença com características jamais vistas, como pacientes assintomáticos e potencial exponencial de contágio, que ensejou o esgotamento dos sistemas de saúde de vários países, inclusive desenvolvidos, como os Estados Unidos, Itália e Espanha. Inicialmente, acreditava-se tratar de um vírus “pesado”, ou seja, de baixa contaminação, o que, infelizmente, não se confirmou. Cenas como a *Times Square* vazia; a cidade de São Paulo sem congestionamentos em dias de semana e a instalação de hospitais de campanha em pontos centrais das principais cidades do mundo, como o Central Park, em Nova York, ilustram a realidade que exsurgia e o iminente perigo que, em pouco mais de dois meses, deixou de ser restrito à China e à Coreia do Sul e passou a assolar o planeta.

O primeiro caso no Brasil, registrado no dia 26 de fevereiro de 2020, envolveu paciente oriundo da região da Lombardia, norte da Itália, primeiro país fora da Ásia em que a doença se disseminou. Em 16 de março de 2020, foi registrada a primeira morte por Covid-19. A vítima trabalhava como empregada doméstica e foi contaminada pela empregadora, que contraiu o vírus em viagem ao exterior. Em pouco mais de dois meses, o Brasil atingiu a marca de 500.000 casos e cerca de 30.000 óbitos.

Até o momento, a doença ocasionou a contaminação de 190.995.777 pessoas e 4.086.487 óbitos no mundo. No Brasil, registram-se 19.262.518 infecções e mais de meio milhão de pessoas mortas.

Os organismos internacionais têm dedicado esforços para combater o contágio e alastramento do vírus, a fim de evitar novo colapso nos sistemas de saúde, como o que ocorreu no estado do Amazonas. Objetiva-se, ademais, conter o surgimento de variantes do vírus, que expõem a comunidade internacional a novo risco de contágio.

Os protocolos de saúde foram alterados, com a determinação de isolamento social, fechamento do comércio, utilização de máscaras, ainda que em ambientes abertos e, principalmente, distanciamento social. Consequentemente, a sociedade teve de se reinventar com relação ao lazer, à comunicação, às relações pessoais e familiares. No campo das relações jurídicas laborais, não foi diferente.

Destacam-se, entre as diversas declarações e atos normativos centrados na proteção da saúde e da vida no contexto da pandemia de Covid-19: 1) a declaração pela Organização Mundial da Saúde do estado de pandemia mundial; 2) a classificação de risco de exposição de trabalhadores da entidade Americana de Saúde e Segurança Ocupacional (*Occupational Safety and Health Administration – OSHA*); 3) a Lei Federal nº 13.979/2020 (medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus); 4) a Portaria nº 454/2020 (reconhecimento, pelo Ministério da Saúde, do estado de transmissão comunitária do coronavírus em todo o território nacional); 5) o Decreto Legislativo nº 6/2020; 6) o Decreto Federal nº 10.282/2020; 7) a Portaria Conjunta nº 20, 18 de junho de 2020, do Ministério da Economia e do Ministério da Saúde; 8) a Nota Técnica nº 04/2020 GVIMS/GGTES/ANVISA (práticas em ambientes internos que minimizem a exposição a patógenos respiratórios, incluindo o novo coronavírus - Covid-19); 9) os decretos estaduais e municipais.

No bojo das reclamações trabalhistas sobre o tema, a Justiça do Trabalho determinou a adoção de medidas a fim de garantir a preservação da vida, das empresas e do emprego, inclusive no período anterior à edição de normas sobre o tema.

O Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020 enumerou os serviços públicos e atividades essenciais, cujo exercício e o funcionamento são indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, ressaltando que, na sua execução: “devem ser adotadas todas as cautelas para redução da transmissibilidade da covid-19”.

O Governo Federal editou as Medidas Provisórias 927 e 936 e esta deu origem à Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020, que tratou de temas como a redução proporcional e temporária da jornada e dos salários; a suspensão temporária do contrato de trabalho e o sistema de teletrabalho, no qual as atividades são desenvolvidas, quando possível, na residência do empregado, atendidas às orientações das autoridades sanitárias.

Neste contexto, o Estado, as organizações civis e as empresas devem cumprir as medidas de higiene e sanitárias que objetivam resguardar os direitos fundamentais à vida, à saúde, à integridade física e psíquica e, sobretudo, à dignidade da pessoa humana.

1. Saúde como dever do Estado

O artigo 196 da CRFB estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que objetivem a redução do risco de doenças e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção,

proteção e recuperação da saúde. O art. 197, por sua vez, ressalta a relevância pública das ações e serviços de saúde; determina que cabe ao Poder Público dispor sobre a sua regulamentação, fiscalização e controle e estabelece que a execução dos serviços de saúde deve ser feita diretamente, através de terceiros, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

O Brasil possui programa nacional de imunização elaborado pelo Ministério da Saúde (Lei nº 6.259, de 30 de outubro de 1975), que define as vacinações, inclusive as de caráter obrigatório, cuja observância deve ser comprovada por meio de Atestado de Vacinação (artigo 5º). Anualmente, para o pagamento do salário-família, será exigida do segurado a apresentação dos Atestados de Vacinação dos seus beneficiários, na forma estabelecida em regulamento (§ 3º do art. 5º). O artigo 6º, parágrafo único, estabelece as medidas que devem ser observadas pelas entidades federais, estaduais e municipais, públicas e privadas, no âmbito do respectivo Estado.

A Portaria nº 597, de 8 de abril de 2004, do Ministério da Saúde, estabelece o calendário de vacinação e determina que, para efeito de contratação trabalhista, as instituições públicas e privadas devem exigir a apresentação do comprovante de vacinação atualizado (artigo 5º, § 5º).

2. A Covid-19 e o meio ambiente do trabalho

O art. 7º, inciso XXII, CRFB, assegura o direito dos trabalhadores à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. A Constituição da República garante a todos o *direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*, que é essencial à sadia qualidade de vida (artigo 225, *caput*). O *meio ambiente do trabalho* é parte integrante do conceito constitucional de meio ambiente (art. 200, VIII, CRFB). Nessa linha, cabe ao empregador ofertar a seus empregados, inclusive aos terceirizados, quando houver, ambiente de trabalho hígido, regular, digno.

A dignidade humana (artigo 1º, III), o direito fundamental à saúde e, consequentemente, à vida (artigos 5º, 6º e 196) e o valor social do trabalho (artigo 1º, IV) são direitos fundamentais de primeira dimensão, albergados pela Constituição da República, que, *em uma ponderação de valores*, têm maior intensidade sobre os direitos de propriedade e da própria autonomia individual. Trata-se de opção axiológica adotada pelo constituinte de 1988. Pacífico o entendimento do STF nesse sentido. Cite-se a suspensão da eficácia da Lei nº 13.269/2016 e, por consequência, do uso da fosfoetanolamina sintética, conhecida como a ‘pílula do câncer’. A liberação do uso do medicamento - autonomia individual - foi considerada incompatível com direitos constitucionais fundamentais, como o direito à saúde (artigos 6º e 196), à segurança e à

vida (artigo 5º, *caput*). (ADI 5501, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2020, processo eletrônico DJe-283 divulgação 30-11-2020, publicação 01-12-2020).

No que se refere às normas internacionais, o viés preventivo da política nacional de gestão na área de segurança foi reforçado pela ratificação, pelo Brasil, da Convenção nº 155 da OIT (Decreto nº 1.254, de 29 de setembro de 1994), que dispõe acerca de diversas medidas que devem ser adotadas pelos empregadores com o fim de resguardar a saúde dos trabalhadores. A Convenção estabelece, no artigo 4º, o objetivo de:

[...] *prevenir* os acidentes e os danos para a saúde que sejam consequência do trabalho, guardem relação com a atividade de trabalho ou sobrevenham durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida em que seja razoável e factível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho. (g.n.)

O art. 19, alínea f, por sua vez, estabelece que:

[...] o trabalhador informará imediatamente o seu superior hierárquico direto sobre qualquer situação de trabalho que, a seu ver e por motivos razoáveis, envolva um perigo iminente e grave para sua vida ou sua saúde; *enquanto o empregador não tiver tomado medidas corretivas, se forem necessárias, não poderá exigir dos trabalhadores a sua volta uma situação de trabalho onde exista, em caráter contínuo, um perigo grave ou iminente para a vida ou à saúde.* (g.n.)

Acrescente-se que o princípio da precaução está presente na Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO 92): Princípio 15:

[...] Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

No âmbito infraconstitucional, o art. 157 da CLT estabelece que cabe às empresas cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; o art. 19, § 1º, da Lei nº 8.213/91 determina que a empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador; a NR 1, por fim, estabelece, no item 1.4.1, que cabe ao empregador cumprir e fazer cumprir as disposições legais e regulamentares sobre segurança e saúde no trabalho, bem como implementar medidas de prevenção, ouvidos os trabalhadores. Ressalte-se que, na ordem de prioridade estabelecida pelo item da 1.4.1, “e”, da NR 1, a *eliminação* dos fatores de risco vem em primeiro lugar, seguida pela *minimização* e *controle* desses fatores em suas fontes, com a adoção de *medidas de proteção*

coletiva, administrativas e/ou de organização do trabalho. Em último lugar na ordem de prioridades está a adoção de medidas de proteção individual. Trata-se de ordem de relevância constante das Convenções da OIT relativas à saúde e segurança do trabalhador. Apenas na impossibilidade de eliminar os riscos, surge o emprego dos equipamentos de proteção coletiva (EPC) e dos equipamentos de proteção individual (EPI) fornecidos pelo empregador.

Pontue-se que, no decorrer dos dias úteis, o período de convivência com colegas, no ambiente de trabalho, chega a ser maior do que o dedicado à família, de modo que, no contexto da pandemia, *as atividades desenvolvidas presencialmente envolvem exposição a risco superior àquele experimentado pelos demais membros da coletividade.* O perigo é significativamente majorado diante da confirmação de caso de infecção pelo vírus, notadamente em ambientes fechados, considerando que os cientistas reconhecem o contágio por aerossóis — partículas minúsculas exaladas por um doente, que ficam suspensas no ar e se condensam à medida que o tempo passa.

Portanto, é indispensável a adoção de medidas de controle de cunho administrativo e estrutural, com modificações na forma de organização do trabalho e de prevenção, a fim de evitar a exposição dos trabalhadores ao vírus. Cite-se, como exemplo a ser seguido, o Programa Trabalho Seguro da Justiça do Trabalho no biênio 2020/2022, do Tribunal Superior do Trabalho.

2.1. Evolução do conhecimento científico e princípio da precaução

É preciso observar a evolução do conhecimento científico a respeito das formas de transmissão do vírus SARS-CoV-2. Exemplificativamente, cita-se que, no primeiro momento, foi reconhecido apenas o contágio preponderante *de pessoa a pessoa*, a partir de gotículas respiratórias ou do contato próximo. A partir de julho de 2020, movida por carta aberta redigida por mais de 270 especialistas de renome científico (*Transmission of SARS-CoV-2: implications for infection prevention precautions, Scientific Brief*, 9 July 2020), a Organização Mundial de Saúde reconheceu a *possibilidade de transmissão pelo ar também por meio de aerossóis* (partículas microscópicas geradas a partir da evaporação de gotículas respiratórias). No documento intitulado *Mask use in the context of Covid-19*, a Organização Mundial da Saúde alertou que a transmissão da Covid-19 pode ocorrer *também* por meio de fômites, ou seja, pelo contato direto com a pessoa infectada ou com superfícies no ambiente e objetos usados pela pessoa infectada. Reconheceu, ademais, a possibilidade de transmissão pré-sintomática (situação em que a pessoa está infectada e transmitindo o vírus, mas ainda não desenvolve os sintomas) ou assintomática (a pessoa está infectada, não desenvolve qualquer sintoma, mas transmite o vírus).

Nesse contexto, é importante frisar que o *princípio da precaução* trabalha com a ideia básica de que, *na dúvida a respeito dos riscos presentes em determinado ambiente, devem ser tomadas todas as medidas de cautela possíveis de modo a evitar danos*. Vale dizer, enquanto o princípio da prevenção rege situações sabidamente perigosas ou insalubres para o trabalhador — como, *v.g.*, risco de explosões ou incêndios, bem como exposição à radiação ionizante, ao chumbo e outros —, *o da precaução considera o estado da ciência e da técnica atual quanto ao risco, ou não, de determinada atividade*. Acrescente-se que a prevenção, minimização, controle e eliminação do risco de contágio por Covid-19 não está voltada apenas aos trabalhadores, *mas também à população que utiliza os serviços daquele estabelecimento e àqueles que tenham contato, ainda que externo, com os empregados e terceirizados. Todos os vetores de transmissão devem ser evitados*.

Logo, diante de *dúvidas a respeito dos riscos de contaminação por Covid-19, devem ser adotadas todas as medidas de cautela possíveis para evitar o contágio, ainda que não haja pacificação com relação à indispensabilidade de sua implementação*.

3. Surgimento de imunizantes, avanço da imunização e recusa à vacina

Em abril de 2020, quando a Itália registrava mais de 700 óbitos por dia, não havia perspectiva de término da crise sanitária ou de surgimento de vacina para uma doença com características nunca vistas.

Em 13 de julho do mesmo ano, a Rússia anunciou o fim dos testes clínicos da *Sputnik V* e, no dia 02 de dezembro, o Reino Unido aprovou o uso emergencial da vacina da *Pfizer*, em parceria com o laboratório alemão *BioNTech*. Posteriormente, outros imunizantes mostraram-se seguros e eficazes e passaram a ser utilizados por diversos países, inclusive o Brasil (*CoronaVac* e *Astrazeneca*).

No pico pandêmico, o país chegou a registrar mais de 4.000 óbitos por dia e, na data de conclusão do presente trabalho, registra média móvel diária de 1.350 óbitos. A baixa é consequência do avanço da vacinação, que reduz a velocidade de propagação do vírus, evita os casos graves da doença e diminui o número de mortes. A ciência, mais uma vez, fez a sua parte, assim como a população. Na cidade de São Paulo, a maior da América Latina, 70% da população já recebeu ao menos uma dose do imunizante.

Nos Estados Unidos, embora 50% da população já tenha passado pelo ciclo completo de imunização, observa-se aumento no número de pessoas que não desejam se vacinar, conforme se extrai de reportagem da *BBC News Brasil*, de 28 de abril de 2021:

Em estudo publicado na última terça-feira (20/4), a organização sem fins lucrativos Kaiser Family Foundation afirma que o ritmo da mudança no entusiasmo em relação à vacina varia de estado para estado, mas estima que o país inteiro deve atingir um ponto crítico dentro de duas a quatro semanas.

A despeito das constantes iniciativas, que incluem a doação de valores aos vacinados, parcela da população resiste ao imunizante, o que pode gerar prejuízos à medida sanitária que, diferentemente do que alguns pensam, é coletiva, e não individual. Isso se corrobora com o recente aumento de casos nas regiões mais conservadoras, onde o percentual de vacinação ainda é reduzido.

A importância da vacinação para conter a propagação do vírus, evitar os casos graves da doença e a diminuição do número de mortes pode ser constatada pelos dados estatísticos dos diversos países, inclusive no Brasil. Infelizmente, o Governo Federal não adotou medidas de isolamento (*lockdown*), desdenhou do uso de máscaras e demorou para adquirir as vacinas, mesmo assim, conforme avança a vacinação, percebe-se a redução dos casos de contaminação, das doenças e das mortes, portanto, a conscientização sobre a importância da imunização vacinal é fundamental para se virar essa triste página da história da humanidade.

No Brasil, em paralelo à expansão do conhecimento científico, emerge o negacionismo às ciências. Exemplificativamente: enquanto a microbiologista Natália Pasternak enfatizava a necessidade de grande publicidade acerca da efetividade da vacina, ao lado do governador de São Paulo, João Doria, o Presidente da República orientava os brasileiros a não se vacinarem sob o risco de virarem jacarés.

No Brasil, as pesquisas apontam que 94% dos brasileiros pretendem tomar a vacina assim que disponibilizada, portanto, os negacionistas representam uma pequena parcela da população brasileira.

Entretanto, em um país com poucos imunizantes disponíveis, a tentativa de escolher a vacina pelo fabricante favorece a disseminação do vírus e compromete o controle da pandemia.

O desafio enfrentado pela ciência é vencer o medo, o negacionismo e a desinformação para alertar que a não imunização pode favorecer a mutação do vírus e o surgimento de novas variantes, que podem afetar a eficácia de resposta das vacinas já existentes, notadamente diante do elevado potencial de disseminação do vírus. A comunidade científica tem advertido, ademais, que a proteção da sociedade apenas será efetiva com a imunização de grande parte da população, pois o indivíduo vacinado permanece sujeito aos efeitos do vírus, a depender da forma de reação do seu organismo ao imunizante.

4. Vacinação compulsória e políticas empresariais de vacinação obrigatória no mundo

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) se pronunciou pela necessidade da vacinação obrigatória em uma sociedade democrática e já se discute, naquele continente, a implementação de passaporte de vacinação para empregados, consumidores e estudantes, objetivando viabilizar a retomada da atividade econômica.

A *Equal Employment Opportunity Commission* – EEOC, agência administrativa responsável por apreciar condutas ou políticas discriminatórias nas relações de trabalho nos EUA, reconheceu a validade da imposição, pelos empregadores, de políticas internas de vacinação obrigatória, pois a saúde pública se sobrepõe ao interesse particular imediato. Se o trabalhador possuir condição peculiar de saúde ou um sincero credo religioso que o incompatibilize com a vacina, a empresa deve, inicialmente, procurar uma possível solução acomodatória razoável (como o teletrabalho). Caso não seja possível e não reste alternativa, a EEOC entende que o desligamento do empregado pode ser feito de forma legal.

Diante da recusa de alguns enfermeiros e médicos à vacinação, o governo italiano promulgou o Decreto nº 44, de 1º de abril de 2021, cujo artigo 4º estabelece a vacinação obrigatória para médicos, enfermeiros públicos e privados e farmácias. As autoridades sanitárias verificarão as listas das vacinas e, caso descubram profissional não vacinado, solicitarão comprovação de razões clínicas que justifiquem o fato. Caso não as apresente, o empregado será suspenso e não poderá desempenhar funções em contato com pessoas. A suspensão perdurará até o cumprimento da obrigação da vacinação.

Na França, também se aprofunda a discussão sobre a obrigatoriedade da vacinação, especialmente para os profissionais da saúde. Para o jornal *Le Figaro*, um consenso está se instalando no país sobre a importância de imunizar todos aqueles que têm contato com doentes ou pessoas vulneráveis, especialmente devido ao aumento de casos da variante Delta.

4.1. Direito comparado

Passa-se à análise de direito comparado a respeito da admissibilidade da dispensa por justa causa na hipótese de recusa do empregado à vacinação.

4.1.1. Portugal

Em Portugal, as relações laborais são regidas pelo Código do Trabalho.

Assim como a CLT, o referido código define a justa causa como a razão de rompimento do vínculo empregatício por comportamento faltoso imputável ao empregado, estabelecendo, em rol exaustivo (tipicidade), as condutas que se enquadram no conceito.

A alínea a do artigo 351 do Código do Trabalho de Portugal relaciona a desobediência ilegítima às ordens dadas por responsáveis hierarquicamente superiores como justa causa para a dispensa.

O artigo 127 da referida norma traz o rol de deveres do empregador, dentre os quais se destaca a prevenção de riscos, nas alíneas g e i, *in verbis*:

- g) prevenir riscos e doenças profissionais, tendo em conta a protecção da segurança e saúde do trabalhador, devendo indemnizá-lo dos prejuízos resultantes de acidentes de trabalho
- i) fornecer ao trabalhador a informação e a formação adequadas à prevenção de riscos de acidente ou doença

Infere-se que a inadmissibilidade da dispensa por justa causa levaria o empregador ao descumprimento da lei, o que seria uma contradição. Assim como no ordenamento brasileiro, é indispensável a adoção de prévio diálogo informativo, completo e adequado acerca da segurança e eficácia dos imunizantes a serem aplicados nos trabalhadores. Posteriormente, prevalecendo a recusa, justifica-se a dispensa.

O artigo 128, alínea e, do Código do Trabalho de Portugal estabelece o dever do empregado de:

- [...] cumprir as ordens e instruções do empregador respeitantes a execução ou disciplina do trabalho, bem como a segurança e saúde no trabalho, *que não sejam contrárias aos seus direitos ou garantias.* (g.n.)

Nesta hipótese, faz-se necessário verificar mais a fundo, à luz do ordenamento português, se estariam sendo violados direitos dos empregados. Não obstante, em qualquer estado democrático de direito o interesse individual não pode prevalecer sobre o coletivo, de modo que não é dado ao trabalhador, por seu mero capricho, colocar em risco a saúde de outros colegas de trabalho, terceiros e do próprio empregador.

4.1.2. Espanha

No direito espanhol, o sistema de dispensas é dotado de maior severidade, em comparação ao brasileiro. Não se admite a dispensa arbitrária, sem nenhuma motivação ou razão objetiva, diante da incorporação do art. 4º da Convenção 158 da OIT pelo sistema jurídico espanhol, *in verbis*:

Art. 4º Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

Ao empregado é assegurado o direito ao contraditório, para que se contraponha aos fatos que lhe sejam imputados na hipótese de dispensa por justa causa.

Exige-se, portanto, a prévia informação do trabalhador acerca da natureza da imunização, assegurada oportunidade de defesa em procedimento próprio.

5. Vacinação compulsória no Brasil

No Brasil, além da pesquisa já mencionada no item 4 acima, outro estudo do instituto Ipsos – SP, de 16 de fevereiro de 2021, apontou que nove em cada 10 brasileiros querem ser vacinados. O país aparece em primeiro lugar em um ranking de intenção que apresenta 15 países, seguido por Reino Unido (87%), Itália (85%), Espanha e China (ambos 82%) e Coreia do Sul e México (80%). Após a aprovação da Coronavac – Butantan, o percentual aumentou 24 pontos percentuais, o que comprova a confiança da população brasileira no centenário instituto. O brasileiro tem a intenção de se vacinar o mais rápido possível (78%, assim que a vacina ficar disponível), embora as tentativas de escolher vacina, a depender do fabricante, venham retardando a vacinação e tenham gerado a necessidade de adoção de medidas a fim de desestimular a prática, bem como de divulgação de informações sobre a eficácia e segurança de todas as marcas existentes hoje no Brasil, de modo a convencer os recalcitrantes de que a vacina boa é aquela que estiver disponível.

Existem várias categorias que, obrigatoriamente, devem tomar vacina (saúde – NR32, portuários – a Portaria nº 1986/GM/MS, de 25 de outubro de 2001, trabalhadores transportes aéreo, marítimo e terrestre que transitam por áreas endêmicas, ex. febre amarela).

Em dezembro de 2020, o Plenário do STF reconheceu a validade da vacinação compulsória autorizada no artigo 3º da Lei nº 13.979/2020 (ADIs 6.586 e 6.587 e ARE 1.267.897) ao concluir que os entes federados a podem impor mediante a cominação de sanções e restrições para os indivíduos que não detiverem o certificado de imunização, vedadas medidas invasivas que violem direitos fundamentais. No julgamento, tese de repercussão geral foi fixada:

A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem,

dentre outras: a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei ou dela decorrentes e: tenham como base e evidência científica e análises estratégicas pertinentes; venham acompanhadas de ampla informação sobre eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes.

O ministro Ricardo Lewandowski enfatizou, em seu voto, que “a saúde coletiva não pode ser prejudicada por pessoas que deliberadamente se recusam a ser vacinadas, acreditando que, ainda assim, serão egoisticamente beneficiárias de imunidade de rebanho”.

E o ministro Luís Roberto Barroso ressaltou a predominância do interesse público sobre o interesse privado e convicções pessoais e afirmou que: “o direito à saúde coletiva, particularmente das crianças e dos adolescentes, deve prevalecer sobre a liberdade de consciência e de convicção filosófica”.

Denota-se que a vacinação obrigatória, ainda que por vias indiretas, representa a concretização da preponderância do interesse público da coletividade sobre o individual, pois *não é dado ao cidadão, em razão de convicção ou interesse próprio, retardar o fim da circulação da doença e facilitar o surgimento de variantes que coloquem em risco todo o esforço de imunização realizado.*

6. Consequências práticas da recusa injustificada de trabalhador à vacinação

A recusa injustificada de trabalhador à vacinação, além de expor os outros empregados a risco de agravo à saúde e até mesmo de morte, pode acarretar a paralisação parcial ou total da atividade desenvolvida, pois os demais trabalhadores poderiam, em defesa do direito fundamental à saúde, se recusar a trabalhar ao lado de colega não vacinado.

Acrescente-se que muitos empregadores desenvolvem atividades no mercado de consumo, como fornecedores (artigo 3º da Lei nº 8.078/90), motivo pelo qual estão sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece, em seu artigo 6º, inciso I, o dever de garantir a segurança do consumidor em qualquer etapa da relação, inclusive enquanto estiver em contato com os empregados do fornecedor, sob pena de incorrer na responsabilidade objetiva de indenização prevista no art. 14. Logo, ao tolerar a permanência de empregados não vacinados no estabelecimento, o empregador assume o risco de violação do direito à vida e à saúde de consumidores e pode ser objetivamente responsabilizado.

Nesse contexto, questiona-se: a proteção ao trabalhador hipossuficiente justifica a exposição da saúde de terceiros a perigo iminente?

7. Expedição de ordem, pelo empregador, determinando a vacinação dos trabalhadores contra a Covid-19

Denota-se que a manutenção de trabalhador não imunizado no ambiente de trabalho viola o artigo 157, *caput* e inciso I, da CLT.

Nesse contexto, cabe perquirir sobre as medidas que devem ser adotadas pela empresa para evitar a referida violação.

O inciso II do artigo 157 da CLT impõe o dever de instrução dos empregados, através de ordens de serviço, com relação às precauções que devem ser tomadas para evitar acidentes do trabalho e doenças ocupacionais. As ordens e diretrizes devem ser cumpridas pelos empregados, desde que dotadas de razoabilidade e legalidade (art. 158 da CLT).

O artigo 19 da Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, impõe a adoção e uso, pela empresa, das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador (§ 1º) e estabelece que o empregador deve prestar informações pormenorizadas sobre os riscos da operação (§ 3º).

Para fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho, o empregador faz uso do *poder diretivo*, gênero composto pelas seguintes espécies: (i) direção – determinar quais tarefas devem ser cumpridas; (ii) fiscalização – concernente à regularidade das atividades; (iii) organização – expedição de normas e diretrizes atinentes aos serviços; (iv) punição – repreensão de eventuais faltas perpetradas pelos trabalhadores. Na hipótese, importam os poderes de organização, fiscalização e punição.

Neste contexto, indaga-se: a emissão de ordens e diretrizes determinando a vacinação dos trabalhadores contra a Covid-19 é lícita e razoável? O seu descumprimento pode ensejar a aplicação de penalidades e até mesmo a caracterização de justa causa para a dispensa do empregado?

8. Justa causa. Ato de indisciplina e insubordinação.

Justa Causa é a falta grave, prevista legalmente, que autoriza a resolução do contrato de trabalho por culpa do empregado que cometeu ato capaz de comprometer a fides mínima necessária à continuidade do contrato de trabalho (MARTINS, 2009). A sua caracterização exige o preenchimento de alguns requisitos, a saber:

(i) Tipicidade: apenas as faltas que se enquadrem nos tipos previstos na CLT são consideradas justa causa para a rescisão do contrato de trabalho.

(ii) Culpa ou dolo: elemento subjetivo; somente há justa causa se houver, por parte do empregado, dolo (intenção de praticar a falta) ou culpa (ação imprudente, negligente ou imperita).

(iii) Gravidade: cerne da justa causa; ainda que a conduta se amolde a uma das hipóteses do art. 482 da CLT, é necessário verificar se a falta é suficientemente grave para justificar o rigor da punição (juízo de razoabilidade).

(iv) Nexo causal: a falta grave deve ser o motivo da dispensa, ou seja, deve haver relação direta de causa e efeito entre o fim do contrato e a violação perpetrada pelo empregado.

(v) Proporcionalidade: equilíbrio entre a penalidade aplicada e a gravidade do ato praticado.

(vi) Imediatidade: resposta rápida do empregador, que não deixe dúvida a respeito de tolerância do ato.

A dupla punição pela mesma falta é inadmissível (vedação ao *bis in idem*) e cabe ao empregador o ônus de demonstrar a prática da falta.

O principal dispositivo legal a tratar do tema é o artigo 482 da CLT, que apresenta rol taxativo das causas que justificam a rescisão pelo empregador.

No presente estudo, interessa analisar o enquadramento da recusa à vacinação na previsão constante da alínea “h” do art. 482 da CLT (ato de indisciplina ou de insubordinação).

O ato de indisciplina do trabalhador caracteriza-se pela inobservância das normas gerais da empresa, impostas a todos os trabalhadores, ou de diretrizes gerais de comportamento. A insubordinação consiste no descumprimento de ordem direta e pessoal emitida pelo empregador ou superior hierárquico, caracterizada, predominante, pela individualidade. Em ambos os casos, se a conduta estiver imbuída de gravidade, constituirá hipótese de resolução contratual por justa causa.

Deste modo, em regra, o desatendimento de ordens ou diretrizes emitidas pelo empregador tem o condão de ensejar a aplicação de penalidades, desde que o comando seja lícito e dentro de parâmetros razoáveis e aceitáveis.

9. Correntes doutrinárias

9.1. Inexistência de justa causa

Parte da doutrina defende a impossibilidade de aplicação da justa causa nos casos de recusa à vacinação. Esse é o posicionamento de Valdete Souto Severo e Jorge Luiz Souto Maior (Blog Valdete Souto Severo, 2021).

O professor afirma que a vacina não pode ser equiparada ao uso de equipamento de proteção individual, pois a responsabilidade por promover a vacinação não é do empregador, mas do Estado. Ressalta que não há lei trabalhista que imponha essa obrigação ao empregado (princípio da legalidade, artigo 5º, inciso II, CRFB) e alerta que, ainda que o STF tenha admitido a validade da vacinação compulsória, a inserção de autorização para a dispensa em leis estaduais e municipais violaria a competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho (CRFB, art. 22, inc. I). Diante da indispensabilidade de legislação *de cunho trabalhista* que preveja a recusa à vacinação como causa de falta grave ensejadora do rompimento do vínculo de emprego, sequer a imposição legal genérica, pela União, de vacinação obrigatória seria suficiente (Blog Jorge Luiz Souto Maior, 2021).

Para essa corrente, as medidas coercitivas devem ser indiretas, como multas e impedimento de frequentar determinados lugares, pois a dispensa não solucionaria a questão da recusa à vacinação e aprofundaria o quadro de miséria e de exclusão social.

9.2. Validade da dispensa por justa causa

Guilherme Guimarães Feliciano e José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva defendem a possibilidade da aplicação de penalidades e, em último caso, da dispensa por justa causa e questionam:

De que adiantaria a normativa prever a obrigatoriedade de fornecimento de vacinas pelo empregador, se o trabalhador pudesse se recusar à vacinação? De que adiantaria exigir-se comprovante de vacinação dos trabalhadores na sua contratação, se durante o contrato de trabalho, em meio a uma pandemia sem precedentes, eles pudessem se recusar a tomar uma vacina devidamente aprovada pelas autoridades sanitárias? (Jornal USP, 2021)

Prosseguem afirmando que, ao menos nas atividades nas quais o risco de contágio do próprio trabalhador, de seus colegas de trabalho e das pessoas em geral seja elevado (trabalhadores dos serviços de saúde, frigoríficos, portuários, aviários e outros), o empregador pode exigir a vacinação contra Covid-19, principalmente se o PCMSO da empresa o exigir. Os autores destacam que a exigência se estende aos trabalhadores de quaisquer meios de transporte (aviário, rodoviário, marítimo) que viajem a outros países e retornem ao Brasil, bem como aos que se ativem no transporte interurbano. (Jornal USP, 2021)

Carlos Américo Freitas Pinho considera válida e positiva a exigência de que os empregados se vacinem contra a Covid-19, ao tempo de sua inclusão no calendário de imunização, e afirma que:

[...] estabelecido o regulamento empresarial, o empregador, no uso do poder organizacional e disciplinar, poderá estabelecer medidas e impor sanções àqueles que, sem motivo justo, recusarem-se a cumpri-lo. (Portal Migalhas, 2021)

10. Recusa do trabalhador à vacinação como falta que enseja a aplicação de penalidades

Defende-se, no presente estudo, o equívoco de posicionamentos alicerçados na literalidade de dispositivos constitucionais. A Constituição da República deve ser analisada e interpretada como norma fundamental e base de validade do sistema, cuja interpretação deve ocorrer de forma harmônica e sistêmica, de modo a preservar a vida e a saúde coletiva.

Sobre o tema, o STF já decidiu que:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque, razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa –, permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois *nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros*. (RTJ 173/805-810, 807-808, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) g.n.

Deve-se ter em mente o princípio constitucional da supremacia do interesse público, segundo o qual nenhum interesse individual ou de classe prevalecerá sobre os interesses da coletividade. Assim, o interesse público da sociedade de controlar a pandemia sobrepõe-se ao interesse individual, conforme reconhecido pelo STF nas decisões acima mencionadas. No mesmo sentido, recente decisão do TST, de relatoria da ministra Delaíde Miranda Arantes (Dissídio Coletivo de Greve 1000761-51.2021.5.00.0000).

Levando-se em conta critérios de razoabilidade e proporcionalidade aliados aos fatores supra referidos, observa-se que a exigência de vacinação dos empregados é medida lógica e prudente para evitar, por exemplo, o contágio de outros empregados, como no caso da contaminação em massa ocorrida em um frigorífico (maio de 2020).

Como o empregador tem a obrigação de adotar todas as medidas preventivas para preservar a saúde e segurança de seus empregados, poderá, após a conscientização e havendo vacina gratuita, aplicar penalidades, pois a hipossuficiência dos trabalhadores não justifica a manutenção da relação de emprego que coloque em risco a sociedade.

Entretanto, se por um lado a proteção ao trabalhador hipossuficiente não justifica a exposição da saúde de terceiros a perigo iminente, por outro, a recusa à vacinação não pode servir como escusa para práticas abusivas por parte das empresas.

A aplicação de penalidades depende de prévio diálogo, coletivo ou individual, que traga as informações pertinentes e esclareça que a vacina aprovada pela Anvisa é segura e eficiente na prevenção da doença e, por consequência, das terríveis sequelas que afetam muitas pessoas. O empregador deve informar ao empregado, previamente, com clareza e precisão, sobre a necessidade e a importância da imunização para sua proteção e de terceiros.

A emissão de ordem de vacinação dos trabalhadores, pelo empregador, deve ser geral e genérica, dirigida indistintamente a todos os empregados, de maneira isonômica, com previsão no Programa de Prevenção de Riscos Ambientais – PPRA (NR-9) e no Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO (NR-7). Todos os empregados e prestadores devem ser cientificados da exigência da vacinação e esclarecidos de que é um meio seguro de imunização, de prevenção de doenças, de que não traz riscos à saúde, segundo a ciência.

Após a emissão de ordem de vacinação, algumas condições devem ser observadas: 1) não discriminação: a eventual recusa não pode ensejar a permanência de alguns indivíduos não vacinados nos quadros da empresa enquanto outros são dispensados por justa causa pela mesma razão; 2) respeito à condição dos trabalhadores que apresentarem justificativa que impeça a vacinação (documento médico que ateste inaptidão); 3) avaliação clínica prévia, a cargo do empregador, dos empregados que desejarem confirmar a aptidão ou inaptidão para tomarem a vacina.

No caso de recusa *justificada*, a empresa deve adotar solução acomodatória razoável, como o teletrabalho. Caso não seja possível, eventual dispensa não será justificada, mas tampouco discriminatória.

Caracterizada a recusa *injustificada*, o empregador deve escalonar as punições, mediante critérios de proporcionalidade e razoabilidade. A eventual dispensa por justa causa *deve ser precedida das sanções disciplinares legalmente previstas, com a progressão da advertência, suspensão e, por fim, a justa causa.*

Nesse sentido, o entendimento do Ministério Público do Trabalho, que tem defendido que os empregadores devem conscientizar os empregados sobre a importância

e a necessidade da imunização, bem como que a recusa pode ensejar a aplicação de penalidades e a dispensa por justa causa, pois a vontade do trabalhador não pode sobrepujar a segurança da coletividade. A determinação deve vir com orientação no sentido da apresentação do comprovante de recebimento do imunizante, sob pena de dispensa.

Ressalte-se os trabalhadores que recusem a vacina no intuito de escolher o fabricante (*sommeliers* de vacina) também se enquadram na hipótese, pois a atitude retarda desnecessariamente a imunização coletiva e mantém os demais empregados e consumidores expostos a risco por tempo superior ao necessário.

A inobservância das condições impostas para a emissão e/ou implementação da ordem de vacinação pode ensejar a reversão judicial das dispensas por justa causa, com a conseqüente condenação do empregador ao pagamento das verbas rescisórias correspondentes à dispensa imotivada, sem prejuízo de indenização pelos danos extrapatrimoniais decorrentes de perseguição ou assédio eventualmente constatados.

11. Possibilidade de caracterização da Covid-19 como doença do trabalho

É cediço que os direitos da personalidade, inerentes à qualidade da pessoa humana e que se destinam a proteger sua dignidade (artigo 1º, III e IV, artigo 5º e 7º, CR 88), são indisponíveis, de modo que *o trabalhador não pode renunciar ao seu direito à saúde* (MARTINS, 2019).

A responsabilidade do empregador por doenças e acidentes de trabalho é, em regra, subjetiva, exceto nas hipóteses em que a atividade normalmente desenvolvida pelo empregador esteja imbuída de um risco intrínseco.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 6.342, 6.344, 6.346, 6.348, 6.349, 6.352 e 6.354) em face da Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020, *decidiu pela possibilidade de caracterização da Covid-19 como doença do trabalho, independente da comprovação de nexo causal laboral*, afastando assim a eficácia do artigo 29 da Medida Provisória nº 927/2020.

Logo, a omissão na adoção de medidas de saúde e segurança do trabalho pode ensejar, inclusive, o reconhecimento da responsabilidade *objetiva* do empregador pelo contágio e por suas conseqüências.

A Justiça do Trabalho, recentemente, reconheceu a responsabilidade objetiva de empresa Transportadora pela contaminação de caminhoneiro que faleceu em decorrência de complicações da doença. A adoção da teoria do risco teve por base a atividade desenvolvida pela empresa, a função desempenhada pelo trabalhador e

a época em que foi exercida. O Tribunal concluiu que o trabalhador esteve exposto a risco de contaminação superior àquele enfrentado pelos demais trabalhadores (artigo 8º, *caput* e § 1º da CLT c/c artigo 927, parágrafo único, do CC).

Com relação ao ato de recusa à vacina, oportuno ressaltar que, para que o fato da vítima (denominado como culpa da vítima no art. 936 do CC) seja considerado fator excludente da reparação civil, por inexistência de nexo de causalidade do evento danoso com o exercício da atividade laboral, o acidente ou a doença deve ter como *causa única* a conduta do trabalhador, *sem ligação com o descumprimento das normas legais, contratuais, convencionais, regulamentares, técnicas ou do dever geral de cautela por parte do empregador, e sem qualquer ligação com os fatores objetivos do risco da atividade*. Nesse contexto e notadamente com relação às empresas que desenvolvem atividades de risco, a adoção das medidas de conscientização supramencionadas pode não ser suficiente para elidir a responsabilidade objetiva do empregador, especialmente se for constatado que, à época da contaminação do empregado, havia disponibilidade de vacina gratuita para ele.

Logo, ainda que o adoecimento possa ser imputado ao trabalhador negligente ou negacionista, remanescerá discussão a respeito do dever/possibilidade de o empregador exigir a vacinação.

Pelo exposto, considerando que o empregador tem a obrigação de adotar todas as medidas preventivas para preservar a saúde e segurança de seus empregados, poderá, após a conscientização e havendo vacina gratuita, aplicar penalidades ao empregado que se negar a tomá-la sem justa razão.

12. Hipóteses nas quais a imposição da vacinação não se justifica

Apresentadas justas razões clínicas para a negativa de vacinação, o empregador deve garantir o labor em ambiente que não exponha o trabalhador a risco de contaminação, colocando-o, por exemplo, em regime de trabalho remoto.

Com relação à convicção religiosa ou filosófica, reitere-se que o STF decidiu que os pais ou responsáveis não podem deixar de vacinar seus filhos com idade até 18 anos por esses motivos. O ministro Luís Roberto Barroso ressaltou, em seu voto, que o caso é diferente do que envolve as testemunhas de Jeová que não querem se submeter à transfusão de sangue, em que o impacto da escolha é individual, e não coletivo como no caso de uma doença que se espalha pelo ar. Logo, a tendência é de que escusas com base em convicção religiosa ou filosófica *não sejam aceitas como excludentes da obrigatoriedade da vacinação*.

Uma situação que chama a atenção é a dos trabalhadores que prestam serviços na modalidade de teletrabalho, até porque é comum a necessidade de realização de

diligências por ordem do empregador; labor presencial em algumas oportunidades deslocamento em busca de ferramentas de trabalho adequadas para viabilizar a prestação de serviços, por exemplo.

O *caput* do artigo 75-E da CLT, introduzido pela Lei nº 13.467/2017, determina que o empregador instrua os empregados que se encontram nesse regime, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho. Seu parágrafo único traz previsão no sentido de que o empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador. O *caput* do referido artigo praticamente reproduz a determinação constante do inciso II do artigo 157 da CLT, no sentido de que:

[...] compete às empresas instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais.

Entretanto, a responsabilidade em relação ao ambiente de trabalho não pode ser completamente transferida ao empregado. A análise conjunta dos artigos 156 a 158 da CLT demonstra que, na preservação do meio ambiente de trabalho, a obrigação do empregador é de prevenção, enquanto o empregado e o poder público têm obrigação de colaboração. A assinatura do termo previsto no parágrafo único do artigo 75-E da CLT não tem o condão de exonerar o empregador da responsabilidade primária por assegurar um meio ambiente de trabalho seguro, saudável e equilibrado.

Pelo contrário. No regime de teletrabalho, o empregador deverá ser ainda mais diligente para cumprir a obrigação de garantir um meio ambiente de trabalho seguro (art. 157), já que a prestação de serviço ocorre fora do estabelecimento empresarial. É nesse sentido a previsão do artigo 75-E no sentido de que o treinamento deverá ser feito de forma mais ostensiva.

Nesse sentido, a conclusão do dossiê elaborado pelo Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho – CESIT/IE em parceria com o Instituto de Economia da UNICAMP, que alerta que:

[...] não há qualquer garantia de que o ambiente será seguro e adequado ou que o empregado possuirá e despenderá os recursos eventualmente necessários à sua adaptação. Pelo contrário. A forma, o ritmo e a intensidade do trabalho estão sob controle do empregador, o que, por definição, torna essa transferência de responsabilidade um mero salvo conduto jurídico para a instalação de processos intrinsecamente mais onerosos.

Nos casos de teletrabalho *exclusivo*, a conscientização expressa e ostensiva sobre a importância e a necessidade da imunização é suficiente, pois não há contato

com outros empregados ou consumidores. Não há exposição da saúde de terceiros a perigo iminente *que possa ser imputada ao empregador*, motivo pelo qual a autonomia individual prevalece, obstando a aplicação de penalidades em razão da recusa à vacinação.

Nos casos de regime misto de trabalho (presencial e teletrabalho); nos sistemas em que haja necessidade de realização de diligências e não que envolvam necessidade de deslocamento para viabilizar a prestação de serviços, a conscientização dos trabalhadores sobre a importância e a necessidade da imunização *não é suficiente para garantir meio de ambiente de trabalho seguro*, pois a recusa à imunização expõe a vida de terceiros a risco *em razão e durante a prestação de serviços*. Nessa hipótese, a aplicação de penalidades ao trabalhador é medida válida, que viabiliza o cumprimento da referida obrigação.

13. Jurisprudência sobre a aplicação de justa causa no caso de recusa à vacinação

O Portal UOL noticiou, no dia 14 de maio de 2021, que uma auxiliar de limpeza de um hospital infantil de São Caetano do Sul, no ABC Paulista, foi dispensada por justa causa após se recusar a tomar a vacina contra o coronavírus. A trabalhadora postulou a reversão da dispensa por justa causa, pedido rejeitado pela juíza Isabela Flaitt, da 2ª Vara do Trabalho de São Caetano do Sul, que consignou que a empresa comprovou a realização de trabalho para a conscientização dos trabalhadores, notadamente dos que atuam em áreas críticas do ambiente hospitalar, a respeito da importância da vacinação. Comprovou também que advertiu a trabalhadora por duas vezes em razão da recusa à vacinação. A decisão fundamentou-se no entendimento do STF a respeito da validade da vacinação obrigatória estabelecida pelo artigo 3º da Lei nº 13.979/2020 (ADIs 6.586 e 6.587 e ARE 1.267.897), bem como no guia técnico do MPT, que sugere o afastamento do trabalhador e considera falta grave a recusa injustificada em não se vacinar.

Nos EUA, um restaurante do Brooklyn exigiu que os seus empregados se vacinassem contra a Covid-19 e dispensou uma garçonete que se recusou a fazê-lo.

No mesmo país, em recente decisão proferida em 12 de junho de 2021, a Justiça Federal no Texas, estado conhecido pelo exacerbado conservadorismo e, também, pelo posicionamento majoritariamente negacionista com relação à pandemia, decidiu pela obrigatoriedade da vacinação de 117 empregados do Hospital Metodista de Houston, julgando improcedente a ação por eles movida e reconhecendo a legalidade da ordem emanada pela empresa no exercício de seu poder diretivo. Em trecho da decisão, a juíza Lynn Hughes afirmou que a lei apenas servia de escusa a empregados que se

neguem a cometer uma infração penal, não se enquadrando nestes moldes o ato de se vacinar: “Receber uma vacina contra Covid-19 não é um ato ilegal e não acarreta penalidades criminais”.

De acordo com a decisão, os demandantes têm até o dia 07 de julho para apresentarem o comprovante de recebimento ao menos da primeira dose do imunizante, sob pena de serem dispensados.

Desses casos, infere-se que deve prevalecer o interesse público sobre o individual e a legitimidade dos comandos diretivos expendidos pelos empregadores. Assim, como corolário lógico, na maioria das vezes, irá prevalecer a imposição da imunização.

Ainda na seara internacional, interessante mencionar a recente decisão italiana de impor a vacinação obrigatória contra o SARS-COV-2 para profissionais da área da saúde. Consoante o artigo 4º do Decreto nº 44, de 1º de abril de 2021, a vacinação é obrigatória para médicos, enfermeiros públicos e privados e farmácias. As autoridades sanitárias verificarão as listas das vacinas e, caso descubram alguém não vacinado, solicitarão comprovação de razões clínicas que justifiquem o fato. Caso não as apresente, o empregado será suspenso e não poderá desempenhar funções em contato com pessoas. A suspensão perdurará até o cumprimento da obrigação da vacinação.

Na França, também se aprofunda a discussão sobre a obrigatoriedade da vacinação, especialmente para os profissionais da saúde. Para o jornal *Le Figaro*, um consenso está se instalando no país sobre a importância de imunizar todos aqueles que têm contato com doentes ou pessoas vulneráveis, especialmente devido ao aumento de casos da variante Delta.

Assim, fica patente o caráter coletivo das campanhas de vacinação e, como a necessidade de o indivíduo imunizar-se afeta não somente ele, mas a sociedade em que vive como um todo.

Do exposto, percebe-se que as dispensas já estão acontecendo, pois há grande arcabouço jurídico que impõe às empresas a adoção de medidas individuais e coletivas destinadas à proteção da saúde de seus trabalhadores, bem como o dever de prestar informações pormenorizadas sobre os riscos da atividade (art. 157, I), todavia também deve ser conjugada a necessidade da continuidade das atividades essenciais e não essenciais, assegurando o curso da humanidade, obviamente, com a preservação da vida humana, que é o bem maior a ser assegurado.

Deve ser mencionada, ainda, a questão econômica da pandemia, pois há relatos de casos de prejuízos à exportação da carne brasileira, já que a China confirma Covid-19 em embalagens de carne bovina exportada pelo Brasil e um lote de 27 toneladas foi impedido de entrar no mercado daquele país.

14. Proposições conclusivas

Os países e os organismos internacionais têm dedicado esforços para combater o contágio e o alastramento da pandemia, com o escopo de evitar doenças, mortes e o colapso nos sistemas de saúde. Objetiva-se, ademais, conter o surgimento de variantes do vírus, que podem colocar toda a comunidade internacional, novamente, em risco de contágio.

O Estado, as organizações civis e as empresas devem atuar a fim de inibir a proliferação da doença, cumprindo todas as medidas de higiene e sanitárias que objetivam resguardar os direitos fundamentais à vida, à saúde, à integridade física e psíquica e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana.

As pesquisas apontam que 94% dos brasileiros pretendem tomar a vacina assim que disponibilizada, portanto, os negacionistas representam uma pequena parcela da população brasileira, que deverá ser conscientizada sobre a importância da vacinação e, caso persista a recusa, nos casos mencionados neste estudo, poderão sofrer dispensa por justa causa.

A tentativa de escolher a “melhor” vacina favorece a disseminação do vírus e compromete o controle da pandemia, é importante atingir a imunização coletiva com qualquer vacina reconhecida pela Anvisa.

Os dados estatísticos vêm apontando a queda do número das pessoas infectadas, internadas e de mortes.

A fim de responder se a emissão de ordens e diretrizes determinando a vacinação dos trabalhadores contra a Covid-19 é lícita e razoável e se o seu descumprimento pode ensejar a aplicação de penalidades e caracterizar justa causa para a dispensa do empregado, o presente estudo passou pelos seguintes temas: (a) o dilema enfrentado pelo empregador diante da injustificada recusa à vacinação por parte de algum empregado; (b) a hipótese de manutenção do empregado nos quadros da empresa, que implicaria violação, ainda que indireta, de normas destinadas à tutela dos próprios trabalhadores, pois colocaria em risco a saúde dos demais empregados, de fornecedores, clientes e outros; (c) a possibilidade de dispensa sem justa causa oneraria o empregador que objetivasse, com a rescisão do contrato, garantir o cumprimento das normas de segurança e saúde dos trabalhadores; (d) a prevalência do interesse coletivo sobre o individual; (e) a validade da vacinação compulsória, que não significa vacinação forçada, no entendimento do STF, e pode ser implementada por meio de medidas indiretas como a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares; (f) a legitimidade da exigência, por parte da empresa, de que

os empregados se vacinem, desde que prevista no PPRA e PCMSO e precedida da conscientização sobre as evidências científicas a respeito da segurança da vacina, que deve ser fornecida sem custos aos trabalhadores; (g) a obrigação legal das empresas de orientarem e exigirem a adoção de todas as medidas de proteção da saúde de seus empregados e terceirizados; (h) a necessidade de que os empregadores informem os trabalhadores a respeito da importância da vacinação, por meio do SESMET (NR 4), da CIPA (NR5), do SIPAT, e-mails, aplicativos de comunicação instantânea, redes sociais, cartazes e outros, procurando educar, orientar, conscientizar sobre o risco da doença e de suas sequelas, bem como da possibilidade de aplicação de penalidades e da dispensa por justa causa, como última medida, já que a vacinação é de interesse coletivo; (i) as exceções à exigibilidade da vacinação dos empregados.

A proteção ao trabalhador hipossuficiente não justifica a exposição da saúde de toda a coletividade, ou seja, no conflito de direitos fundamentais, deve ser aplicada a ponderação com a consequente preponderância da saúde pública, da vida dos integrantes da sociedade, do interesse público primário em ser virada a página dessa pandemia. Nesse contexto, cumpridos os requisitos enumerados no corpo do artigo, é válida a emissão de ordens e diretrizes determinando a vacinação dos trabalhadores contra a Covid-19 e o seu descumprimento pode ensejar a aplicação de penalidades e caracterizar justa causa para a dispensa do empregado.

Apesar de o Governo Federal não ter adotado medidas de isolamento (*lockdown*), desdenhado do uso de máscaras e demorado para adquirir as vacinas, conforme avança a vacinação, percebe-se a redução dos casos de contaminação, das doenças e das mortes, portanto, a conscientização sobre a importância da imunização vacinal é fundamental para se virar essa triste página da história.

Referências

- (1) Cf. <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/03/19/primeira-vitima-d-o-rj-era-domestica-e-pegou-coronavirus-da-patroa.htm>. Acesso em 15.5.21.
- (2) Cf. http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2004/prt0597_08_04_2004.html. Acesso em 16.5.21.
- (3) Cf. <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/07/09/coronavirus-o-que-significa-o-alerta-da-oms-sobre-transmissao-aerea-da-covid-19.ghtml>. Acesso em 16.5.21.
- (4) Cf. http://www.csjt.jus.br/web/csjt/noticias3//asset_publisher/RPt2/content/id/7684420. Acesso em 16.5.21.

- (5) <https://www.who.int/publications/i/item/modes-of-transmission-of-virus-causing-covid-19-implications-for-ipc-precaution-recommendations> Acesso em 16.5.21.
- (6) [https://www.who.int/publications/i/item/advice-on-the-use-of-masks-in-the-community-during-home-care-and-in-healthcare-settings-in-the-context-of-the-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)-outbreak](https://www.who.int/publications/i/item/advice-on-the-use-of-masks-in-the-community-during-home-care-and-in-healthcare-settings-in-the-context-of-the-novel-coronavirus-(2019-ncov)-outbreak) Acesso em 16.5.21.
- (7) SADY, João José. Direito do meio ambiente de trabalho. São Paulo: LTr, 2000, p. 124-125.
- (8) Confira o acórdão prolatado nos autos do processo n. 0010981-36.2020.5.15.0102, publicação em 14.6.21, cuja ementa, dentre outros itens, menciona: PANDEMIA DE COVID-19. NOVO CORONAVÍRUS. SARS-COV-2. DEVER DE ATUAÇÃO DOS PODERES DA REPÚBLICA PARA INIBIR A PROLIFERAÇÃO DO VÍRUS E DA DOENÇA. MEDIDAS DE HIGIENE E SANITÁRIAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA, À SAÚDE, À INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA DAS PESSOAS. 1. A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou, em 11.3.2020, a pandemia de Covid-19, provocada pelo novo coronavírus (SARS-COV-2). É pública e notória a crise vivenciada em razão do avanço do vírus pelo mundo, que soma milhões de pessoas doentes e milhares de mortos. A pandemia representa, no momento, ameaça ao futuro da humanidade. 2. Os organismos internacionais têm dedicado esforços para combater o contágio e alastramento da doença, a fim de evitar o colapso nos sistemas de saúde, como, infelizmente, ocorreu recentemente no estado do Amazonas e em outros países do mundo. Objetiva-se, ademais, conter o surgimento de variantes do vírus, que podem colocar toda a comunidade internacional, novamente, em risco de contágio. 3. Os poderes da República devem atuar a fim de inibir a proliferação da doença, determinando o cumprimento de medidas de higiene e sanitárias que resguardem os direitos fundamentais à vida, à saúde, à integridade física e psíquica e, sobretudo, à dignidade da pessoa humana. (...) NORMAS DE SAÚDE, HIGIENE E SEGURANÇA DO TRABALHO. DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO. 1. O art. 7º, inciso XXII, da CR 88, assegura o direito dos trabalhadores à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. O art. 157 da CLT, por sua vez, estabelece que cabe às empresas cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho e o art. 19, § 1º, da Lei 8.213/91, determina que a empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador. A NR1, no seu item 1.4.1, estabelece que cabe ao empregador cumprir e fazer cumprir as disposições legais e regulamentares sobre segurança e saúde no trabalho e implementar medidas de prevenção, ouvidos os trabalhadores. Ademais, a CR 88 garante a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que é essencial à sadia qualidade de vida (art. 225, *caput*). O meio ambiente do trabalho é parte integrante do conceito constitucional de meio ambiente (art. 200, VIII). Nessa linha, cabe ao empregador ofertar a seus empregados, inclusive aos terceirizados, quando houver, ambiente de trabalho hígido, regular, digno. 2. O viés preventivo da

política nacional de gestão na área de segurança foi reforçado - pela ratificação, pelo Brasil, da Convenção n. 155 da OIT (Decreto n. 1.254, de 29.9.94), a qual dispõe acerca de diversas medidas que devem ser adotadas pelos empregadores com o fim de resguardar a saúde dos trabalhadores, os quais devem informar imediatamente o seu superior hierárquico direto sobre qualquer situação de trabalho que, a seu ver e por motivos razoáveis, envolva um perigo iminente e grave para sua vida ou sua saúde e o empregador não poderá; exigir a volta ao trabalho onde exista, em caráter contínuo, um perigo grave ou iminente para a vida ou saúde (art. 19, f). 3. Tratando-se do risco de contágio por Covid-19, a prevenção, minimização, controle e eliminação do risco não está voltada apenas aos trabalhadores, mas também à população que utiliza o serviço público prestado e àqueles que tenham contato com os empregados e terceirizados, ainda que externos. (...) ORDEM DE PRIORIDADES PARA A ADOÇÃO DE MEDIDAS COLETIVAS E INDIVIDUAIS DE PROTEÇÃO E SEGURANÇA DA SAÚDE DO TRABALHADOR. EMPREGO DOS EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAIS E COLETIVOS - EPC E EPI – COMO ÚLTIMA ALTERNATIVA, A SER ADOTADA APÓS A IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS DESTINADAS À ELIMINAÇÃO, MINIMIZAÇÃO E CONTROLE DOS FATORES DE RISCO EM SUAS FONTES. Na ordem de prioridade estabelecida pelo item da 1.4.1, e, da NR 1, a eliminação dos fatores de risco vem em primeiro lugar, seguida pela sua minimização e controle dos fatores de risco em suas fontes, com a adoção de medidas de proteção coletiva, administrativas ou de organização do trabalho. Em último lugar na ordem de prioridades está a adoção de medidas de proteção individual. Trata-se de ordem de relevância constante das Convenções da OIT relativas à saúde e segurança do trabalhador, que também vai ao encontro dos princípios da prevenção e da precaução.

- (9) <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/04/06/brasil-bate-marca-de-4-mil-mortes-por-covid-registrados-em-um-dia-e-soma-3376-mil-na-pandemia.ghtml>. Acesso em 16.7.21.
- (10) <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/07/16/cidade-de-sp-atinge-marca-de-70percent-dos-adultos-vacinados-com-a-1a-dose-da-vacina-contra-covid-19-diz-secretario.ghtml> Acesso em 16.7.21.
- (11) <https://fotografia.folha.uol.com.br/galerias/1698585698192735-o-negacionismo-da-vacina-em-areas-rurais-dos-eua> Acesso em 16.7.21.
- (12) <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2021/07/taxa-de-ocupacao-de-utis-para-covid-no-brasil-e-a-menor-de-2021.shtml>. Acesso em 16.7.21. Segundo a matéria: “A queda nos índices é reflexo da ampliação da vacinação.”
- (13) <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2021/01/18/pasternack-cobra-campanha-e-personalidade-menos-bundona-de-pazuello.htm>. Acesso em 16.7.21. “*Tem que deixar claro o recado de como as vacinas funcionam. Tem que se comunicar com a sociedade, mas deixando claro que demora para ter o efeito protetor na sociedade. Mesmo*

“você recebendo as doses, não liberou geral, porque nenhuma vacina protege 100% da população vacinada”, disse “A vacinação é uma estratégia coletiva, é mais uma arma...”.

- (14) <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2020/12/17/bolsonaro-diz-que-nao-tomara-vacina-e-chama-de-idiota-quem-o-ve-como-mau-exemplo-por-nao-se-imunizar-eu-ja-tive-o-virus.ghhtml> Acesso em 16.7.21.
- (15) <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2021/07/adesao-a-vacina-chega-a-94-e-atinge-recorde-no-brasil.shtml> Acesso em 16.7.21.
- (16) <https://www.bol.uol.com.br/noticias/2021/04/08/tribunal-europeu-julga-que-vacinacao-obrigatoria-e-necessaria-em-paises-democraticos.htm>. Acesso em 16.5.21.
- (17) https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/eua-debata-tem-passaporte-da-vacina-para-empregados-consumidores-e-estudantes-12042021?utm_campaign=jota_info_ultimas_noticias_destaque__12042021&utm_medium=email&utm_source=RD+Station&=1. Acesso em 16.5.21.
- (18) <https://valor.globo.com/mundo/noticia/2021/06/02/funcionarios-processam-hospital-no-texas-contra-a-vacina.ghhtml> Acesso em 16.7.21.
- (19) <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2021/04/01/21G00056/sg>. Acesso em 16.5.21.
- (20) <https://www.rfi.fr/br/fran%C3%A7a/20210705-governo-franc%C3%AAs-cada-vez-perto-de-impor-obrigatoriedade-da-vacina-anticovid-a-profissionais-de-sa%C3%BAde> Acesso em 5.7.21.
- (21) Com razão, já que a Coronavac se mostrou eficaz para reduzir os casos de doenças graves e de mortes. Por outro lado, lamenta-se o fato de que empregados que se recusaram a tomar a vacina, em hospital de Londrina, vieram a falecer. Cf. <https://g1.globo.com/pr/norte-noroeste/noticia/2021/04/29/hospital-de-londrina-registra-mortes-por-covid-19-de-funcionarios-que-se-recusaram-a-tomar-vacina.ghhtml>. Acesso em 16.5.21.
- (22) <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/07/02/cinco-cidades-do-estado-de-sp-a-dotam-medidas-contra-quem-quer-escolher-marca-da-vacina.ghhtml> Acesso em 16.7.21.
- (23) <https://exame.com/bussola/que-vacina-antes-que-um-sommelier-opine-responda-rapido-qualquer-uma/Acesso> em 16.7.21.
- (24) Gustavo Filipe Barbosa Garcia, Manual de direito do Trabalho. Editora Juspodivm. 2021. São Paulo.
- (25) <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juizo-de-valor/vacina-contra-a-covid-19-nas-relacoes-de-trabalho-25012021?amp=1> – acesso em 17.05.2021.

- (26) Artigo “A impossibilidade de justa causa por recusa à vacinação”, Cf. <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/a-impossibilidade-de-justa-causa-por-recusa-a-vacinacao>. Acesso em 15.6.2021.
- (27) Artigo “Trabalhador que se recusar a vacinar não pode ser dispensado por justa causa” Cf. <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/trabalhador-que-se-recusar-a-vacinar-nao-pode-ser-dispensado-por-justa-causa> acesso em 15.6.2021.
- (28) Cf. Artigo “Avacina contra a Covid-19 nas relações de trabalho”.<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juizo-de-valor/vacina-contr-a-covid-19-nas-relacoes-de-trabalho-25012021?amp=1>. Acesso em 15.6.2021.
- (29) <https://www.conjur.com.br/2021-mar-10/carlos-pinho-vacinacao-poder-diretivo-empregador#:~:text=Diante%20disso%2C%20%C3%A9%20v%C3%A1lida%20e,comunica%C3%A7%C3%A3o%20dada%20por%20seu%20empregador.&text=%C3%89%20fundamental%2C%20portanto%2C%20que%20empregadores,de%20vacina%C3%A7%C3%A3o%20que%20se%20inicia> – acessado em 17.05.2021
- (30) <https://g1.globo.com/ro/rondonia/rondonia-rural/noticia/2020/05/27/frigorifico-tem-contaminacao-em-massa-de-covid-19-em-trabalhadores-e-justica-interdita-unidade-da-jbs-em-ro.ghtml>. Acesso em 17.05.2021. Acesso em 16.7.21.
- (31) <https://www.istoedinheiro.com.br/curados-da-forma-grave-da-covid-19-apresentam-se-que-las-prolongadas/> Acesso em 8.7.21.
- (32) Gustavo Filipe Barbosa Garcia, Manual de Direito do Trabalho, Editora Juspodivm, 2021.
- (33) https://mpt.mp.br/pgt/noticias/estudo_tecnico_de_vacinacao_gt_covid_19_versao_final_28_de_janeiro-sem-marca-dagua-2.pdf. Acesso em 16.5.21.
- (34) <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2021/06/29/podcast-e-tem-mais-fenomeno-do-sommelier-de-vacina-atrapalha-imunizacao> Acesso em 16.7.21.
- (35) <https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/justica-do-trabalho-reconhece-morte-por-covid-19-como-acidente-de-trabalho-indenizacao-sera-de-r-200-mil#:~:text=Para%20o%20juiz%2C%20%C3%A9%20irrefut%C3%A1vel,estes%20quando%20da%20imputa%C3%A7%C3%A3o%20da> Acesso em 9.7.21.
- (36) Contribuição crítica à reforma trabalhista. Organizadores: Marilane Oliveira Teixeira; Andréia Galvão; José Dari Krein; Magda Biavaschi; Paula Freitas de Almeida e Hélio Rodrigues de Andrade. Campinas, São Paulo: UNICAMP/IE/CESIT, 2017. p. 92.
- (37) <https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2021/05/14/funcionaria-hospital-demissao-justa-causa-vacina-covid-19.htm> Acesso em 16.5.21.
- (38) <https://www.diariodocentrodomundo.com.br/essencial/garconete-e-demitida-apos-se-recusar-a-tomar-vacina-contr-a-covid-19/>. Acesso em 16.5.21.

- (39) https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2021/06/funcionarios-de-hospital-nos-eua-perdem-acao-na-justica-e-serao-obrigados-a-se-vacinar.shtml?pwgt=l0bf3z9ii64ebvcpxfhvp80qan0l6pqbwioyru6o6vy0mwy&utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwagift. Acesso em 15.6.2021.
- (40) Ainda da mesma matéria, consta a informação de que 25 mil funcionários atenderam ao pedido da vacinação da instituição, apenas 178 recusaram e procuraram o Poder Judiciário.
- (41) <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2021/04/01/21G00056/sg>. Acesso em 16.5.21.
- (42) <https://www.rfi.fr/br/fran%C3%A7a/20210705-governo-franc%C3%AAs-cada-vez-perto-de-impor-obrigatoriedade-da-vacina-anticovid-a-profissionais-de-sa%C3%BA> Acesso em 5.7.21.
- (43) <https://revistagloborural.globo.com/Noticias/Criacao/Boi/noticia/2020/11/china-confirma-covid-19-em-embalagem-de-carne-bovina-exportada-pelo-brasil.html> e <https://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/2020/11/13/cidade-chinesa-afirma-ter-encontrado-coronavirus-em-embalagem-de-carne-bovina-brasileira.ghtml>, acessos em 16.5.21.

O EXAME DO MÉRITO EM DECISÃO DO TST QUE NÃO CONHECE DE RECURSO DE REVISTA POR AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA

José Marcelo Leal de Oliveira Fernandes¹

RESUMO: Este artigo tem como objetivo avaliar se há exame do mérito da causa em decisão do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que não conhece do recurso de revista adotando como conclusão a ausência de transcendência. A decisão de recurso analisa o mérito da causa somente quando conhece do recurso e julga questão de direito material. Em razão da técnica de julgamento dos recursos de natureza extraordinária, existem decisões que, embora neguem conhecimento ao recurso de revista, emitem tese sobre o mérito da causa e substituem a decisão recorrida. Essas hipóteses são previstas no item II da Súmula nº 192 do TST. A transcendência é requisito de admissibilidade do recurso de revista. Desse modo, a decisão que não conhece de recurso de revista tendo como conclusão a ausência de transcendência é baseada em falta de requisito de conhecimento. Por meio de pesquisa doutrinária, jurisprudencial e legal, concluir-se-á que existem decisões do Tribunal Superior do Trabalho que, a despeito de não conhecerem de recurso de revista em razão da ausência de transcendência (falta de requisito de admissibilidade), adotam tese sobre o mérito da causa e substituem a decisão recorrida.

ABSTRACT: This article aims to evaluate whether there is an examination of the merits of the case in a decision of the Superior Labor Court (TST) that does not know the journal appeal adopting as a conclusion the absence of transcendence. The decision of appeal examines the merits of the case only when it knows the appeal and considers a matter of material law. On the grounds of the technique of judging appeals of an extraordinary nature, there are decisions which, although they deny knowledge of the review, issue a thesis on the merits of the case and replace the appeal decision. These hypotheses are provided for in item II of Summary No. 192 of the TST. Transcendence is a requirement for the admissibility of the review appeal. Thus, the decision that does not know of a review appeal, based on the absence of transcendence, is based on a lack of knowledge requirement. Through doctrinal, jurisprudential and legal research, it will be

¹ Advogado. Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). E-mail: marcelo@sfeadv.com

concluded that there are decisions of the Superior Labor Court that, despite not knowing the review appeal due to the absence of transcendence (lack of admissibility requirement), adopt thesis on the merits of the case and replace the appeal decision.

PALAVRAS-CHAVE: Processo do trabalho. Recurso de revista. Ausência de transcendência. Falta de requisito de admissibilidade. Decisão de mérito. Efeito substitutivo.

KEYWORDS: Work process. Magazine feature. Absence of transcendence. Lack of admissibility requirement. Merit decision. Substitute effect.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Coisa julgada formal e coisa julgada material. 2. Definição de decisão de mérito. 3. Não conhecimento de recurso de revista e exame de mérito (Súmula nº 192 do TST). 4. Decisões que não conhecem de recurso de revista por falta de transcendência. Conclusão. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. Thing judged formal and material judged thing. 2. Definition of a decision on the merits. 3. Not knowledge of review appeal and merit examination (Summary no. 192 of the TST). 4. Decisions that do not know of a review appeal for lack of transcendence. Conclusion. References.

Introdução

A definição da natureza da decisão judicial quanto à análise do mérito da causa é de suma importância, tendo em vista que a decisão que examina o mérito faz coisa julgada material e pode ser alvo de ação rescisória.

No que concerne às decisões de julgamento de recursos, há, ainda, a particularidade de que nem sempre há efetiva apreciação do mérito do recurso e, ainda mais, nem sempre o julgamento do mérito recursal consubstancia apreciação do mérito da causa. Somente se conhecido o recurso e julgado o *meritum causae* (quando esse coincide com o mérito recursal) é que a decisão do recurso substitui a decisão anterior. Nesse caso, pode haver interferência na competência para julgamento da ação rescisória, na medida em que o tribunal de segundo grau é competente para rescindir as sentenças e as próprias decisões, enquanto ao tribunal superior compete rescindir as decisões de mérito por ele proferidas.

Quando se fala em recurso de estrito direito, como o recurso de revista, também um outro aspecto particular e interessante sobressai: é que, por sua técnica de julgamento, é comum que a decisão negue conhecimento quando, em verdade, realiza típico exame do mérito recursal (que pode consistir no *meritum causae*). No âmbito do Processo do Trabalho, a Súmula nº 192, II, do TST, enuncia as hipóteses em que as

decisões do TST, embora recusem o conhecimento do recurso de revista, analisam o mérito da causa.

Com o advento da disciplina da transcendência do recurso de revista pela Lei nº 13.467/2017, a problemática passou a assumir ainda maior destaque, por se estar diante de um requisito de admissibilidade do recurso de revista, instituto de direito processual, portanto. Nesse contexto, toda decisão que nega conhecimento a recurso de revista por ausência de transcendência (fundamento teoricamente processual) deixa de examinar a pretensão recursal (e, conseqüentemente, o *meritum causae*)? Ou há decisões que, a despeito de não reconhecerem a transcendência, procedem à apreciação do mérito da causa?

Adiante, serão feitas digressões sobre as categorias de coisa julgada, o cabimento de ação rescisória e sua competência, os conceitos de mérito da causa, mérito recursal e juízo de admissibilidade, as hipóteses em que decisões de julgamento de recursos substituem as decisões recorridas (inclusive o caso particular das decisões que julgam recurso de revista) e algumas hipóteses de decisões do TST que não reconhecem a transcendência. Derradeiramente, chegar-se-á à conclusão de que existem, sim, decisões do TST que, muito embora neguem conhecimento ao recurso de revista por ausência de transcendência, realizam efetivo exame do mérito da causa, substituem o acórdão regional e podem ser impugnadas por ação rescisória.

1. Coisa julgada formal e coisa julgada material

É preciso, para dar início a este estudo, fazer algumas considerações relativamente à coisa julgada, especialmente a diferença entre coisa julgada formal e material, bem como as particularidades desta última e sua sujeição à ação rescisória.

Nelson Nery Junior leciona que “Coisa julgada material (*auctoritas rei iudicatae*) é a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da decisão de mérito (interlocutória ou sentença) não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário [...], nem à remessa necessária [...]”. A seu turno, a coisa julgada formal, para o autor, pode ser entendida como preclusão.² O autor enfatiza que a coisa julgada é elemento de existência do Estado Democrático de Direito, na medida em que é instituto garantidor de segurança jurídica.³

Cândido Rangel Dinamarco, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes ensinam, em semelhante sentido, que a coisa julgada

² NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 68.

³ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 68/69.

formal representa uma consequência da preclusão máxima endoprocessual, pondo a sentença ao abrigo dos recursos. A coisa julgada material, a seu turno, “é a imutabilidade da sentença, no mesmo processo ou em qualquer outro, entre as mesmas partes”.^{4 5}

É exatamente essa a concepção encartada no Código de Processo Civil, em seu art. 502, o qual dispõe que “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.⁶ Trata-se de conceito que remete à lição de Enrico Tullio Liebman, para quem a coisa julgada não é um efeito ou eficácia da sentença e sim uma qualidade de imutabilidade.^{7, 8} Como se nota da redação do dispositivo legal, apenas produz coisa julgada material a decisão de mérito, qual seja a que se amolda a uma das hipóteses elencadas no art. 487 do CPC.

Em determinadas situações, a segurança jurídica garantida pela coisa julgada é flexibilizada diante do cabimento da ação rescisória. Justamente porque a coisa julgada formal opera seus efeitos apenas dentro do processo, não impedindo que nova ação seja proposta, a rescisória é cabível, segundo o art. 966 do CPC, apenas para impugnar a decisão de mérito transitada em julgado e, portanto, desconstituir a coisa julgada material.⁹ Arruda Alvim ensina que “A ação rescisória é, portanto, a demanda que tem por objetivo impugnar uma decisão judicial sobre a qual já tenha recaído a autoridade de coisa julgada material”.¹⁰ O que faz sentido, na medida em que “aquelas

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 32. ed., ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 448/449.

⁵ Como referidos autores mencionam, existe discussão doutrinária sobre se a coisa julgada significa preclusão ou se aquela é uma consequência desta (DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 32. ed., ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 449). Porém, esta controvérsia doutrinária não merece maior digressão neste artigo, cujo propósito é o estudo de aspecto referente à coisa julgada material.

⁶ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 29 maio 2021.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 32. ed., ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 449.

⁸ O ponto de vista de Liebman foi criticado por José Carlos Barbosa Moreira, pois para este professor os efeitos da sentença escapam ao selo da imutabilidade (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 69). Não é o caso, todavia, se aprofundar este debate no presente estudo, haja vista o conceito adotado pelo CPC.

⁹ O § 2º do art. 966 do CPC possibilita, excepcionalmente, a propositura de ação rescisória para atacar decisões que não são de mérito. Entretanto, deixa-se de enfrentar essas particularidades neste artigo, já que o estudo, aqui, gira em torno das decisões de mérito.

¹⁰ ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 319.

(decisões) que não resolvem o mérito não impedem que a parte proponha novamente a ação, como deixa claro o art. 486 (do CPC/2015)".¹¹

Em síntese, somente a coisa julgada material implica a imutabilidade da decisão extraprocessualmente e apenas a decisão de mérito pode ganhar a autoridade de coisa julgada material.

2. Definição de decisão de mérito

Tendo em vista que apenas a decisão de mérito produz coisa julgada material e pode ser atacada por ação rescisória, cabe, então, saber o que é, efetivamente, a decisão de mérito.

O art. 487 do CPC aduz que haverá resolução do mérito quando o juiz: acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção (inciso I); decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição (inciso II) ou; homologar o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção, homologar transação ou homologar a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção (inciso III). A hipótese do inciso I é a resolução do mérito típica.

Mérito, de acordo com a doutrina de Cândido Rangel Dinamarco, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, é "invariavelmente uma pretensão a dado bem da vida, formulada ao propor uma demanda em juízo". Os autores esclarecem que a decisão de mérito é a que decide a causa, isto é, a que acolhe ou rejeita a pretensão do autor ("Só as sentenças de mérito, que decidem a causa acolhendo ou rejeitando a pretensão do autor, produzem coisa julgada material").¹²

Arlete Inês Aurelli ensina que o mérito pode ser conceituado "como a pretensão, o próprio pedido formulado pelo autor, que é analisado mediante cognição exauriente".¹³

José Roberto dos Santos Bedaque define que o mérito é "a pretensão não satisfeita espontaneamente, trazida pelo autor do plano material mediante a demanda e sobre que incide a decisão do juiz".¹⁴

¹¹ ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 320.

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 32. ed., ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 449 e 461.

¹³ AURELLI, Arlete Inês. Juízo de admissibilidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/207/edicao-1/juizo-de-admissibilidade>.

¹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 254.

Barbosa Moreira conceitua a sentença de mérito: “A locução ‘sentença de mérito’ aplica-se precipuamente ao ato pelo qual, no processo de conhecimento, se acolhe ou se rejeita o pedido, ou – o que é dizer o mesmo – se julga a lide, que justamente por meio do pedido se submeteu à cognição judicial”.¹⁵

O mérito da causa está, portanto, intrinsecamente ligado à demanda formulada na petição inicial. Consequentemente, a decisão de mérito típica é a que julga procedente ou improcedente o pedido da inicial.

O CPC de 1973 estabelecia, no *caput* do art. 485, como rescindível a *sentença de mérito*, ao passo que o CPC de 2015, acertadamente, faz referência, no *caput* do art. 966 à *decisão de mérito*, abandonando a expressão *sentença*. Isso porque, inquestionavelmente, a decisão de mérito não se resume à sentença, a qual pode ser impugnada por recurso e substituída por decisão subsequente. Assim, decisão de mérito pode ser tanto sentença quanto acórdão, decisão interlocutória ou decisão monocrática, contanto, obviamente, que examine o mérito da causa, isto é, o pedido da petição inicial.¹⁶

Deve-se observar, aqui, que o conceito de mérito da causa não se confunde com o de mérito do recurso, muito embora, na prática, o mérito recursal possa coincidir exatamente com o mérito da causa. O mérito do recurso é a pretensão deduzida no recurso a uma decisão que beneficie o recorrente e repare a situação de prejuízo experimentada por ele com a decisão recorrida, podendo consistir, portanto, até mesmo em uma questão processual. Assim, o mérito do recurso pode ser a pretensão de uma decisão favorável acerca da demanda feita na inicial, hipótese em que o mérito recursal e o *meritum causae* se confundem. Mas pode ser, também, a pretensão de anulação da decisão recorrida em virtude de vício, de *error in procedendo*, situação na qual o mérito do recurso não diz respeito, exatamente, à demanda deduzida na petição inicial.¹⁷

¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V**: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 108.

¹⁶ Nesse sentido: “Já escrevi que o CPC de 2015 evidencia que não só sentenças ou acórdãos têm aptidão para o chamado trânsito material em julgado. Também decisões interlocutórias de mérito (e que sejam proferidas com base em cognição exauriente) o têm, tanto quanto as decisões monocráticas ou unipessoais proferidas no âmbito dos Tribunais na mesma condição. É essa a razão pela qual o *caput* do art. 966 refere-se, corretamente, a *decisão* de mérito, abandonando a palavra *sentença*, empregada pelo *caput* do art. 485 do CPC de 1973”. (BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil** – volume único – 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 758). No mesmo sentido: RODRIGUES, Marco Antonio. **Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 299.

¹⁷ “*Mérito do recurso* é a pretensão a uma decisão mais favorável, endereçada ao órgão competente. Nem sempre coincide com o mérito da própria causa, que é invariavelmente uma pretensão a dado bem da vida, formulada ao propor uma demanda em juízo. O mérito de um recurso no qual se pede

Assim, a decisão de julgamento de recurso é de mérito da causa na hipótese de a pretensão recursal estar diretamente ligada à demanda da petição inicial e o tribunal a julgar, dando procedência ou improcedência ao pedido, reformando ou confirmando a decisão recorrida, substituindo-a.¹⁸

Seguindo essa linha de raciocínio, Barbosa Moreira leciona ser incabível ação rescisória contra acórdão que anula processo.¹⁹ Afinal, nesse caso o objeto de julgamento do tribunal – pretensão recursal – é questão processual, de *error in iudicando* do órgão jurisdicional inferior, e não coincide, portanto, com o mérito da causa.

Também é importante ter em mente que a análise do mérito da causa é condicionada a certos requisitos mínimos (pressupostos processuais e condições da ação), de sorte que somente se ultrapassada a barreira de referidos requisitos é que o mérito deverá ser apreciado. Chama-se juízo de admissibilidade essa análise a respeito de tais condições necessárias ao exame do mérito.²⁰

A filtragem também se aplica ao exame do mérito nos recursos. A análise do mérito recursal é precedida de um prévio juízo acerca dos requisitos recursais, de maneira que somente se atendidos os requisitos recursais poderá ser exercido juízo acerca da pretensão recursal. Trata-se do chamado juízo de conhecimento do recurso.²¹

Desse modo, a decisão, proferida em grau de recurso, somente é de mérito quando conhece do recurso e emite pronunciamento sobre o mérito da causa (pedido

a anulação da sentença é a pretensão a essa anulação e não ao bem da vida postulado na demanda inicial. O mérito de um recurso contra sentença que deixou de julgar o *meritum causae* consiste na pretensão a um acórdão que determine ao órgão inferior a realização desse julgamento (mas v. CPC, art. 1.013, § 3º). Mas em um número muito grande de casos o recurso visa a um novo julgamento do próprio mérito da causa e nesses casos o mérito do recurso coincide com o *meritum causae*. É indispensável ter presente que esses dois conceitos não se confundem e que são de extrema frequência os recursos cujo mérito é diferente do mérito da causa". (DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 32. ed., ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 461/462).

¹⁸ ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 321.

¹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V**: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 113.

²⁰ AURELLI, Arlete Inês. Juízo de admissibilidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/207/edicao-1/juizo-de-admissibilidade>.

²¹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil – volume único – 6. ed.** São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 823/824.

da inicial). Neste caso, por força do efeito substitutivo do recurso, a decisão do recurso substitui a decisão recorrida.²²

Diferente é a situação da decisão que, exercendo o juízo de admissibilidade do recurso, não o conhece. A análise do mérito recursal, como já dito anteriormente, tem como pressuposto *sine qua non* o conhecimento do recurso. Se ao apelo é negado conhecimento, o tribunal não julga, efetivamente, a pretensão recursal nem, por conseguinte, o mérito da causa. Nesse contexto, a decisão recorrida não é substituída pela decisão proferida em grau recursal.²³

A exceção, ensina Barbosa Moreira, é o caso em que o tribunal diz não conhecer o recurso quando, em verdade, está negando-lhe provimento, adotando tese sobre o mérito da causa.²⁴ Trata-se de compreensão de suma importância para este artigo. Vejam-se as lições do autor a esse respeito:

São rescindíveis os acórdãos que julgarem o mérito de causas da competência originária dos tribunais (inclusive, reitere-se, ações rescisórias) ou obrigatoriamente sujeitas ao duplo grau de jurisdição e os acórdãos proferidos em recursos atinentes ao mérito de outras causas, desde que, conhecendo-se do recurso, se haja reformado ou “confirmado” – isto é, substituído por outra de teor diferente ou igual – a decisão de grau inferior; aliter, na hipótese de mera anulação. Se não se conheceu do recurso – ressalvada a possibilidade de haver o órgão *ad quem* dito impropriamente que dele não conhecia, quando na verdade lhe estava negando provimento –, não se apreciou o mérito (nem

²² “Aperfeiçoando a redação que constava do art. 485 do CPC/1973, o art. 966 do CPC/2015 não mais coloca a “sentença de mérito” como aquela que pode ser objeto de ação rescisória, mencionando, mais amplamente, a “decisão de mérito”. Deve-se considerar, neste ponto, a possibilidade de que contra a sentença seja interposto recurso de apelação, que, se conhecido, dará ensejo à prolação de decisão monocrática ou de acórdão em segundo grau, que substituirá aquele primeiro pronunciamento (art. 1.008 do CPC/2015)” (ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 320). No mesmo sentido, João Oreste Dalazen: “Vale dizer: a expressão “de mérito” referível à decisão concerne à *res in iudicium deducta*, isto é, ao mérito da causa, que não coincide necessariamente com o mérito do recurso. Sabemos que o mérito do recurso, muitas vezes, encerra uma questão estritamente processual, como se dará, no processo do trabalho, com o acórdão que julga recurso ordinário contra sentença terminativa. Significa dizer que, em tal caso, ainda que conhecido do recurso, não sobrevém acórdão de mérito passível de ação rescisória. Dito de outro modo: o conhecimento do recurso não significa que estejamos necessariamente diante de “decisão de mérito” de que cogita o art. 966, para efeito de rescisória” (DALAZEN, João Oreste. **Lições de direito e processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017. p. 186).

²³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V**: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 112/113.

²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V**: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 112/113.

do recurso, nem da causa), portanto o acórdão não pode ser atacado pela rescisória.²⁵

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery falam que a prática é muito comum nos tribunais superiores (STF, STJ e TST), os quais costumeiramente declaram o não conhecimento do recurso excepcional quando, na realidade, estão negando provimento e julgando o mérito. Os autores enfatizam que nessa hipótese a decisão do tribunal superior substitui, efetivamente, o acórdão de segundo grau. Veja-se:

Quando o acórdão não conhece do recurso, não há o efeito substitutivo do CPC 1008, razão pela qual prevalece a decisão recorrida. Caso esta seja de mérito, pode ser impugnada por ação rescisória. Não conhecido o recurso, o que em tese é rescindível é a decisão recorrida, desde que tenha sido de mérito. Por outro lado, é rescindível o acórdão que, nada obstante declare que não conhece do recurso, lhe julga o mérito, negando-lhe provimento. É muito comum no âmbito de tribunais superiores, notadamente no STF, STJ e TST, julgamento de mérito negando provimento ao recurso, mas que vem declarado no acórdão como se fosse de não conhecimento. Quando o STF, STJ ou TST decide “não conhecer” do recurso excepcional (RE, REsp ou RR) afirmando que o acórdão recorrido não violou a CF, ou não ofendeu a lei federal, na verdade julgou o mérito do recurso, porque a efetiva violação da CF ou da lei federal é o *mérito* dos recursos excepcionais. Esse acórdão que *essencialmente* conheceu do recurso substituiu (CPC 1008) o acórdão recorrido, ainda que *formalmente* haja declarado erroneamente que não conheceu do recurso.²⁶

Trata-se de fenômeno comum em decorrência da técnica de julgamento dos recursos extraordinários amparados em violação de dispositivo legal/constitucional.

Osmar Mendes Paixão Côrtes, abordando o conhecimento dos recursos de natureza extraordinária, ensina que, na prática, na hipótese de cabimento do recurso por violação a dispositivo legal (ou constitucional), o juízo de admissibilidade confunde-se com o de mérito. Isso porque se tem exigido, para o conhecimento do recurso, que a decisão recorrida haja efetivamente desrespeitado o dispositivo apontado; e se o transgrediu, a decisão será reformada, ou seja, o recurso será provido (autêntico exame de mérito).²⁷

²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V**: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 112/113.

²⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado** [livro eletrônico]. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. RL. 1.188.

²⁷ CÔRTEES, Osmar Mendes Paixão. **Recursos para os tribunais superiores**: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos. 4. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 105.

João Oreste Dalazen comenta que “certos acórdãos do TST (e de outros tribunais superiores!), em decorrência da técnica de julgamento utilizada, embora concluam pelo não conhecimento do recurso, retratam autêntica decisão sobre o mérito da causa”.²⁸

Esse procedimento motivou crítica por Barbosa Moreira, segundo o qual para o conhecimento do recurso de natureza extraordinária por violação basta a arguição de referida transgressão, e não sua efetiva ocorrência (que é exame de mérito).²⁹ De todo modo, para os fins deste estudo, se deve considerar o já aludido procedimento que vem sendo adotado na prática.

Essa definição de qual é a última decisão de mérito tem suma importância, na medida em que, de acordo com o art. 678, I, 2, da CLT e o art. 3º, I, “a”, da Lei nº 7.701/88, o tribunal de segunda instância (na Justiça do Trabalho, o Tribunal Regional do Trabalho) tem competência para julgamento das ações rescisórias quando a última decisão de mérito tenha sido a sentença ou a decisão de segundo grau, ao passo que é do tribunal superior (na Justiça do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho) a competência para julgamento das ações rescisórias voltadas contra suas decisões de mérito.

Nesse contexto, Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas ensinam que se tem entendido pela competência do tribunal superior para analisar a ação rescisória quando o recurso de estrito direito é inadmitido por razões de mérito, remanescendo a competência do tribunal de 2ª instância apenas para as hipóteses em que os recursos excepcionais são inadmitidos por motivos processuais.³⁰

Conclui-se, portanto, que o mérito da causa concerne à demanda formulada na petição inicial e o mérito recursal, a seu turno, é a pretensão deduzida no recurso, sendo que ambos, o *meritum causae* e o mérito do recurso, são precedidos do juízo de admissibilidade, que consiste na análise sobre o preenchimento dos requisitos imprescindíveis ao exame meritório. Em regra, a decisão de julgamento de recurso somente aprecia o mérito da causa quando a pretensão recursal coincide com a demanda da inicial e, cumulativamente, quando conhece do recurso e substitui o *decisum* impugnado. Entretanto, há, particularmente, em razão da técnica de julgamento dos recursos de índole extraordinária, decisões que não conhecem de recurso de revista e julgam, efetivamente, o mérito da causa.

²⁸ DALAZEN, João Oreste. **Lições de direito e processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017. p. 186.

²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 569/570.

³⁰ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no direito brasileiro. – 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 451.

3. Não conhecimento de recurso de revista e exame de mérito (Súmula nº 192 do TST)

Passa-se, então, a discorrer, para fins de reflexão, sobre a interferência na coisa julgada, sobre as decisões que não conhecem da revista e, a despeito disso, examinam o mérito.

A questão gira em torno da definição da decisão do TST como sendo, ou não, decisão de mérito e guarda relação com a competência para julgamento da ação rescisória. No Processo do Trabalho, o Tribunal Regional do Trabalho é competente para julgar as ações rescisórias propostas no afã de desconstituir as sentenças e os acórdãos regionais.³¹ Todavia, o assunto merece maior digressão no que toca à hipótese de haver decisão proferida pelo TST, uma vez que surge, aí, a necessidade de verificar a ocorrência do efeito substitutivo.

Pode-se dizer, em linhas gerais, que, sendo de mérito, a decisão do TST substitui a decisão regional e, em tese, pode ser rescindível. Em sentido contrário, não substitui o acórdão regional a decisão do TST que não aprecia o *meritum causae*, que não julga a demanda formulada na inicial.

Em decorrência da necessidade de definir a impugnabilidade da coisa julgada pela via da ação rescisória, a Súmula nº 192 do TST cuida de delimitar quais decisões do TST examinam o mérito da causa.

Seu item I dispõe que “Se não houver o conhecimento de recurso de revista ou de embargos, a competência para julgar ação que vise a rescindir a decisão de mérito é do Tribunal Regional do Trabalho, ressalvado o disposto no item II”.³² Isso porque, como já foi comentado, usualmente a decisão que não conhece de recurso não substitui a decisão recorrida, de modo que esta última remanesce consistindo na coisa julgada material.

A seu turno, o item II elenca justamente as hipóteses excepcionais nas quais o acórdão do TST que não conhece do recurso de embargos ou de revista examina o mérito da causa. São elas: o acórdão que analisa violação de dispositivo legal de direito material; o que decide em consonância com súmula de direito material e o que decide de acordo com iterativa, notória e atual jurisprudência de direito material da Seção de Dissídios Individuais (Súmula nº 333).³³

³¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 1624.

³² TST, Súmula nº 192. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_151_200.html#SUM-192. Acesso em: 13 maio 2021.

³³ “II - Acórdão rescindendo do Tribunal Superior do Trabalho que não conhece de recurso de embargos ou de revista, analisando arguição de violação de dispositivo de lei material ou decidindo em

O mesmo vale para decisões monocráticas, de acordo com o CPC.

Nessa linha, não analisa a lide (*meritum causae*) o acórdão do TST que não conhece de recurso de revista e tem como fundamento norma de natureza processual.

Diz a jurisprudência do TST que o acórdão que julga agravo de instrumento se limita a reafirmar a decisão denegatória do recurso de revista e não examina o mérito da causa. Assim, esse acórdão não substitui a decisão regional e não pode ser objeto de corte rescisório.³⁴

Por conseguinte, há exame do mérito da causa na decisão do TST, seja monocrática ou acórdão, que não conhece de recurso de revista por não constatar violação a dispositivo de lei material ou por entender que o acórdão recorrido (proferido pelo Tribunal Regional) está em consonância com súmula de direito material ou iterativa, notória e atual jurisprudência de direito material da Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho. Essa decisão substitui o acórdão regional e pode ser alvo de ação rescisória, de competência do TST. É o que diz a Súmula nº 192, II, do TST.

4. Decisões que não conhecem de recurso de revista por falta de transcendência

Determinadas decisões acerca da transcendência podem ser compreendidas à luz do que foi dito no tópico anterior.

A transcendência exigida para o exame da pretensão do recurso de revista é disciplinada pelo art. 896-A da CLT e seus parágrafos com redação dada pela Lei nº 13.467/2017.

Como Vantuil Abdala ensina, a transcendência consiste em pressuposto de admissibilidade do recurso de revista.³⁵ No mesmo sentido, Carlos Henrique Bezerra Leite diz que “Trata-se, evidentemente, de um novo pressuposto específico (intrínseco)

consonância com súmula de direito material ou com iterativa, notória e atual jurisprudência de direito material da Seção de Dissídios Individuais (Súmula nº 333), examina o mérito da causa, cabendo ação rescisória da competência do Tribunal Superior do Trabalho. (ex-Súmula nº 192 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)” (TST, Súmula Nº 192. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_151_200.html#SUM-192. Acesso em: 13 maio 2021).

³⁴ Nesse sentido: TST, AR-107-14.2016.5.09.0000, SBDI-II, j. 11.06.2019, rel. Min. Alexandre Agra Belmonte, DEJT 14/06/2019; TST, RO-10764-63.2016.5.18.0000, SBDI-II, j. 16.06.2020, rel. Min. Maria Helena Mallmann, DEJT 19.06.2020; TST, RO-6087-66.2019.5.15.0000, SBDI-II, j. 22.09.2020, Min. Luiz José Dezena da Silva, DEJT 25.09.2020.

³⁵ ABDALA, Vantuil. O pressuposto da transcendência: algumas preocupações. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, vol. 84, n. 3, p. 81/88, jul./set. 2018.

de admissibilidade prévia do recurso de revista”.³⁶ É o que a jurisprudência do TST também entende, de forma sólida.³⁷ Não há dúvida, portanto, de que se trata, a transcendência, de instituto de direito processual.

A análise da transcendência pelo Tribunal Superior do Trabalho tem ocorrido de maneiras bastante diferentes.

Um dos procedimentos que vêm sendo adotados é verificar o não atendimento a determinado requisito de admissibilidade do recurso de revista e por essa razão declarar prejudicado o exame da transcendência. É o caso, por exemplo, da decisão que entende prejudicado o exame da transcendência em razão de deficiência na comprovação do prequestionamento ou de pretensão de reexame probatório.³⁸ Neste caso, não há, é claro, enfrentamento do mérito recursal (nem, conseqüentemente, do *meritum causae*).

Há, também, decisões compreendendo que o não preenchimento de requisito de admissibilidade da revista – que inviabiliza o exame do mérito recursal

³⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 1.067.

³⁷ Nesse sentido: TST, AIRR-1000815-77.2019.5.02.0601, 6ªT, j. 28/10/2020, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DEJT 29/10/2020; TST, AIRR-11779-04.2016.5.09.0005, 2ªT, j. 07/10/2020, Rel. Min. Delaíde Miranda Arantes, DEJT 09/10/2020; TST, RR-90100-60.2008.5.05.0291, 3ªT, j. 28/02/2018, Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 02/03/2018; TST, AIRR-100272-84.2018.5.01.0206, 5ªT, j. 28/04/2021, Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 04/06/2021.

³⁸ Decisão que, em virtude de não ter sido comprovado o prequestionamento, entende prejudicado o exame da transcendência: “RECURSO DE REVISTA DA CONTAX-MOBITEL S.A. (ATUAL LIQ CORP S.A.) INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 896, § 1º-A, DA CLT. REQUISITOS NÃO ATENDIDOS. EXAME DOS CRITÉRIOS DE TRANSCENDÊNCIA PREJUDICADO. Apesar de o art. 896-A da CLT estabelecer a necessidade de exame prévio da transcendência do recurso de revista, a jurisprudência da Sexta Turma do TST tem evoluído para entender que esta análise fica prejudicada quando o apelo carece de pressupostos processuais extrínsecos ou intrínsecos que impeçam o alcance do exame meritório do feito, como no caso em tela. A Subseção 1 Especializada em dissídios Individuais, em 16/03/2017, no julgamento do processo nº E-RR-1522-62.2013.5.15.0067, relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, decidiu que o cumprimento da exigência do artigo 896, § 1º-A, I, da CLT, para os casos em que a parte busca o reconhecimento da negativa de prestação jurisdicional, torna necessária, além da transcrição da decisão que julgou os embargos de declaração, a demonstração de provocação da Corte de origem no que se refere à matéria desprovida de fundamentação. Em outros termos, a parte deverá transcrever o trecho dos embargos de declaração que comprove a oportuna invocação e delimitação dos pontos sobre os quais o Tribunal Regional, supostamente, teria deixado de se manifestar e o acórdão que decidiu a questão. No caso concreto, não houve transcrição das razões dos embargos de declaração, nem do respectivo, o que consubstanciaria o prequestionamento quanto à negativa. A Lei 13.467/2011 acresceu ao § 1º-A do art. 896 da CLT o item IV, que normatizou o entendimento consolidado da SDI1. Prejudicado o exame da transcendência, recurso de revista não conhecido” (TST, RR-1291-43.2013.5.06.0016, 6ªT, j. 24.03.2021, Min. Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 26/03/2021).

– implica não o prejuízo do exame da transcendência, e sim sua própria inexistência. Exemplificativamente, identifica-se não ter sido atestado o prequestionamento e por esse motivo se nega a existência de transcendência.³⁹ Também nessa hipótese não existe pronunciamento de mérito.

Outras decisões há que rejeitam a tese recursal e por isso concluem pela ausência de transcendência. A pretensão recursal (mérito recursal) rejeitada pode ser questão de direito processual ou de direito material. É esta a hipótese de maior relevância para o desenvolvimento deste estudo: a rejeição de tese recursal de direito material como motivo para o não reconhecimento da transcendência.⁴⁰

Exemplo elucidativo é o acontecido nos autos RR-1086-23.2015.5.09.0513. O recurso de revista discutia responsabilidade subsidiária de determinada empresa em razão de ter sido tomadora de serviços e de ter se beneficiado da mão de obra do autor. Ao julgar a revista, o TST consignou que “a matéria em debate envolve relação puramente mercantil (contrato de locação e revenda de produtos) e a possibilidade de responsabilização subsidiária de empresa distribuidora de produtos derivados de petróleo”. Destacou que o entendimento do Tribunal é de ser impossível a responsabilização subsidiária de empresa locadora/distribuidora quando há contrato mercantil entre as partes, no qual é pactuada a revenda de derivados de petróleo, mesmo que com exclusividade. Por isso, concluiu não haver transcendência, razão pela qual não conheceu do recurso.⁴¹

³⁹ Decisão que, em virtude de não ter sido comprovado o prequestionamento, não reconhece a transcendência: TST, RR-11636-59.2016.5.03.0012, 4ªT, j. 05.05.2021, Min. Alexandre Luiz Ramos, DEJT 14/05/2021.

⁴⁰ A rejeição de pretensão recursal de questão processual, como já visto, não configura pronunciamento sobre o mérito da causa.

⁴¹ “Conforme já consignado, o reclamante alega que a terceira reclamada deve ser responsabilizada subsidiariamente, na medida em que, como tomadora do serviço, beneficiou-se de sua mão de obra. No caso, o Tribunal Regional decidiu que o contrato celebrado entre as reclamadas não é apto a atrair a responsabilidade da terceira reclamada (distribuidora de combustível) pelas dívidas trabalhistas dos trabalhadores do posto de combustível. Consignou o Tribunal Regional que “as rés mantêm relação puramente mercantil, por meio da qual a segunda ré atua como revendedora da terceira reclamada, distribuidora de combustível” e que “não havia nenhuma ingerência da terceira reclamada na atividade laboral do autor, razão pela qual incabível a sua condenação subsidiária. Também não há que se falar em responsabilidade solidária, pois não há prova de ilicitude no contrato entabulado entre as rés”. Da análise dos autos, verifica-se que a matéria em debate envolve relação puramente mercantil (contrato de locação e revenda de produtos) e a possibilidade de responsabilização subsidiária de empresa distribuidora de produtos derivados de petróleo. Sobre tal discussão, esta Corte Superior tem entendimento de que não é possível a responsabilização subsidiária da empresa locadora/distribuidora quando evidenciada a existência de contrato mercantil entre as partes, em que as empresas pactuam a revenda de produtos derivados de petróleo, ainda que com exclusividade. Nesse sentido, cito os seguintes julgados, *in verbis*: [...] Ante o exposto, não conheço do recurso de revista, por ausência

Outro caso exemplificativo é o do RR-1000491-47.2017.5.02.0443. O recurso de revista devolveu ao TST a tese de existência de direito a diferenças de complementação de aposentadoria de acordo com determinado plano de cargos e salários em detrimento das regras de outro plano, tendo em vista que este último não respeitaria a paridade anteriormente ajustada. A pretensão foi baseada na Súmula nº 288 do TST, a qual dispõe, em seu item I, sobre as normas aplicáveis para disciplinar a complementação de aposentadoria paga diretamente pelo empregador.⁴²

Ao julgar o recurso de revista, a 3ª Turma do TST adotou entendimento baseado, fundamentalmente, no aspecto de que a decisão recorrida estava em sintonia com a jurisprudência iterativa, notória e atual do TST, consagrada nas Súmulas nos 51, II, e 288, II. Essas duas súmulas são, ambas, de direito material.^{43, 44} A Turma mencionou outras decisões envolvendo a mesma empresa e retratando situações análogas. Afirmou, também, secundariamente, que entendimento diverso demandaria reexame de fatos e provas; porém a tese efetivamente adotada foi a de que a decisão recorrida estava em consonância com a jurisprudência do TST. Em razão disso, concluiu pela inexistência de transcendência, especialmente jurídica ou política (já que a tese da revista estava em descompasso com a jurisprudência do TST).⁴⁵

da transcendência da causa". (TST, RR-1086-23.2015.5.09.0513, 7ªT, j. 02/09/2020, Min. Renato de Lacerda Paiva, DEJT 25/09/2020).

⁴² "A complementação dos proventos de aposentadoria, instituída, regulamentada e paga diretamente pelo empregador, sem vínculo com as entidades de previdência privada fechada, é regida pelas normas em vigor na data de admissão do empregado, ressalvadas as alterações que forem mais benéficas (art. 468 da CLT)" (TST, Súmula nº 288. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-288. Acesso em: 05 jun. 2021).

⁴³ "II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro." (TST, Súmula nº 51. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-51. Acesso em: 05 jun. 2021).

⁴⁴ "II - Na hipótese de coexistência de dois regulamentos de planos de previdência complementar, instituídos pelo empregador ou por entidade de previdência privada, a opção do beneficiário por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do outro." (TST, Súmula nº 288. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-288. Acesso em: 05 jun. 2021).

⁴⁵ "Depreende-se do acórdão recorrido que os planos de cargos e salários anteriores ao PECS 2013 não foram extintos, que este coexiste harmonicamente com o PUCS de 1989 e com o PCS 2007 e que as normas regulamentares não estabelecem qualquer diferenciação entre empregados da ativa e aposentados. O Tribunal Regional ressaltou que o enquadramento no plano de 2013 dependia de manifestação expressa de vontade e que o reclamante não comprovou sua opção no prazo e na forma previstos no regulamento. Observou que o autor não demonstrou o prejuízo financeiro que teria sofrido, mesmo porque o PECS 2013 não proporcionou majoração salarial, apenas readequou a estrutura da empresa, com transposição das funções antigas para as novas. O recurso de revista

Nota-se que em ambos os acórdãos o TST adotou tese sobre questão de direito material e posteriormente concluiu pela inexistência de transcendência. No acórdão proferido nos autos RR-1086-23.2015.5.09.0513, foi adotado o entendimento de ser impossível a responsabilização subsidiária de empresa locadora/distribuidora quando há contrato mercantil entre as partes, no qual é pactuada a revenda de derivados de petróleo, mesmo que com exclusividade. No acórdão exarado nos autos RR-1000491-47.2017.5.02.0443, foi adotada a tese de que a opção por um regulamento implica renúncia às regras do outro.

Ou seja, em que pese adotar como conclusão para o não conhecimento do recurso de revista uma razão processual (ausência de transcendência), o TST, nos dois casos, emitiu efetiva tese sobre a pretensão recursal, que consiste no mérito da causa. São situações essencialmente idênticas às das hipóteses mencionadas no já aludido item II da Súmula nº 192 do TST. Consequentemente, é possível a aplicação exatamente do que diz a Súmula: tratam-se de decisões que examinam o mérito da causa e operam o efeito de substituição do acórdão regional.

É importante também observar, neste íterim, que, de acordo com o art. 896-A, § 1º, II, da CLT, é indicador de transcendência política o desrespeito, por Tribunal Regional do Trabalho, à jurisprudência sumulada do TST ou do STF. Desse modo, o não reconhecimento da transcendência política sob o motivo de que um Tribunal Regional teria decidido em conformidade com jurisprudência do TST ou do STF sobre direito material passa, na linha do que aqui vem sendo exposto, por uma análise da tese recursal sobre o mérito da causa. Há, então, uma tendência de que a recusa da transcendência política consubstancie, por si só, expressão de tese acerca do *meritum causae*, quando se discute direito material.

Afirmar que não há exame de mérito na decisão que analisa questão de direito material e ao final nega conhecimento à revista por ausência de transcendência equivale a negar vigência à Súmula nº 192, II, do TST.

não oferece transcendência com relação aos reflexos de natureza social previstos no artigo 896-A, § 1º, III, da CLT, uma vez que não se refere a direito assegurado aos trabalhadores pela CF. Por outro lado, não há transcendência política ou jurídica nos termos do artigo 896-A, § 1º, II e IV, da CLT, tendo em vista que não se está diante de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista, tampouco de decisão proferida de forma dissonante da jurisprudência do TST ou do STF. Aliás, longe de divergir, o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a iterativa, notória e atual jurisprudência desta Corte, consubstanciada nas Súmulas/TST nos 51, II, e 288, II: [...] Entendimento diverso demandaria incursão em fatos e provas, expediente vedado nesta instância extraordinária pela Súmula/TST nº 126: [...] Precedentes, inclusive da 3ª Turma, envolvendo a mesma reclamada e retratando quadros fáticos análogos ao registrado no acórdão recorrido: [...] Não se enquadrando o recurso de revista em nenhuma das hipóteses de transcendência previstas no artigo 896-A da CLT, dele não se conhece, restando ao recorrente observar a parte final dos artigos 896-A, §4º, da CLT e 247, §4º, do RITST. Não conheço". (TST, RR-1000491-47.2017.5.02.0443, 3ªT, j. 12/05/2021, rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 14/05/2021).

Desta feita, inquestionavelmente a transcendência é requisito de admissibilidade do recurso de revista, categoria de direito processual. Mas há decisões do TST que, para concluírem pelo não conhecimento do recurso por falta de transcendência, analisam questão de direito material. Portanto, a despeito de a transcendência ser requisito de admissibilidade da revista, decisão dessa natureza examina o mérito da causa e substitui o acórdão regional.

Conclusão

Existem decisões do TST que, apesar de negarem conhecimento ao recurso de revista por ausência de transcendência, realizam efetivo exame do mérito da causa e substituem o acórdão regional.

Tem-se que somente a decisão de mérito pode adquirir a autoridade de coisa julgada material. Decisão de mérito, aqui considerada, é que examina o mérito da causa, a demanda formulada na petição inicial, entendendo pela procedência ou improcedência do pedido. Pode ser sentença, acórdão, decisão interlocutória ou decisão monocrática de relator.

Via de regra, a decisão de julgamento de recurso somente examina o mérito quando conhece do recurso e opera o efeito de substituição da decisão recorrida. Há, todavia, casos de decisões que, apesar de não conhecerem de recursos, emitem efetiva tese sobre o mérito da causa, fenômeno decorrente da prática de julgamento dos apelos de jaez extraordinário, como é o caso do recurso de revista. A Súmula nº 192, II, do TST estabelece que é de mérito a decisão do TST que não conhece de recurso de revista por não constatar violação a dispositivo de lei material ou por entender que o acórdão recorrido está em consonância com súmula de direito material ou iterativa, notória e atual jurisprudência de direito material da Seção de Dissídios Individuais do TST.

Diante dessas premissas, a conclusão à qual se chega é a de que existe análise de mérito nas decisões do TST, tanto monocráticas como acórdãos, que, para concluírem pelo não conhecimento do recurso de revista por ausência de transcendência, analisam questão de direito material. São decisões que entendem estar o acórdão recorrido em consonância com iterativa, notória e atual jurisprudência de direito material do TST ou que compreendem que a decisão recorrida não transgrediu dispositivo (legal ou jurisprudencial) de lei material. Essas decisões substituem o acórdão recorrido e podem ser alvo de ação rescisória, se atendidos os requisitos de cabimento desta.

Referências

ABDALA, Vantuil. O pressuposto da transcendência: algumas preocupações. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 84, n. 3, p. 81-88, jul./set. 2018.

ALVIM, Teresa Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no direito brasileiro. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

AURELLI, Arlete Inês. Juízo de admissibilidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopedia-juridica.pucsp.br/verbete/207/edicao-1/juizo-de-admissibilidade>

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 29 maio 2021.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil** – volume único. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Recursos para os tribunais superiores**: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos. 4. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

DALAZEN, João Oreste. **Lições de direito e processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 32. ed., ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V**: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado** [livro eletrônico]. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

RODRIGUES, Marco Antonio. **Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

TST, AIRR-11779-04.2016.5.09.0005, 2ªT, j. 07/10/2020, Rel. Min. Delaíde Miranda Arantes, DEJT 09/10/2020; TST, AIRR-100272-84.2018.5.01.0206, 5ªT, j. 28/04/2021, Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 04/06/2021; TST, AIRR-1000815-77.2019.5.02.0601, 6ªT, j. 28/10/2020, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DEJT 29/10/2020; TST, AR-107-14.2016.5.09.0000, SBDI-II, j. 11.06.2019, rel. Min. Alexandre Agra Belmonte, DEJT 14/06/2019; TST, RO-6087-66.2019.5.15.0000, SBDI-II, j. 22.09.2020, Min. Luiz José Dezena da Silva, DEJT 25.09.2020; RO-10764-63.2016.5.18.0000, SBDI-II, j. 16.06.2020, rel. Min. Maria Helena Mallmann, DEJT 19.06.2020; TST, RR-1086-23.2015.5.09.0513, 7ªT, j. 02/09/2020, Min. Renato de Lacerda Paiva, DEJT 25/09/2020; TST, RR-1291-43.2013.5.06.0016, 6ªT, j. 24.03.2021, Min. Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 26/03/2021; TST, RR-90100-60.2008.5.05.0291, 3ªT, j. 28/02/2018, Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 02/03/2018; TST; TST, RR-1000491-47.2017.5.02.0443, 3ªT, j. 12/05/2021, rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 14/05/2021.

JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Leonardo Soares Bello¹

RESUMO: Este artigo tem por objetivo analisar algumas teses e votos de Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) nos julgamentos em matéria de regulação das relações de trabalho, autonomia privada coletiva e intervenção nas relações produtivas, em processos de sua competência originária ou derivada. A partir da reflexão sobre a judicialização da política e do papel do judiciário como regulador na gestão das relações sociais e das trocas econômicas serão explicitados os dados trabalhados e sua análise no sentido da tendência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal nesse contexto. Por fim, buscar-se-á identificar um padrão fixado pelos julgados que demonstre a opção da elite judiciária brasileira pelo modelo intervencionista ou liberal.

ABSTRACT: This article aims to analyze some theses and votes of Ministers of the Supreme Federal Court (STF) in judgments regarding the regulation of labor relations, collective private autonomy and intervention in productive relations, in processes of their original or derived competence. From the reflection on the judicialization of politics and the role of the judiciary as a regulator in the management of social relations and economic exchanges, the data worked and their analysis will be explained in the sense of the jurisprudential tendency of the Supreme Court in this context. Finally, we will seek to identify a standard set by the judged that demonstrates the option of the Brazilian judicial elite for the interventionist or liberal model.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho. Judicialização da política. Controle de constitucionalidade. Liberalismo. Supremo Tribunal Federal.

KEYWORDS: Labour Law. Judicialization of politics. Constitutionality control. Liberalism. Supreme Court.

SUMÁRIO: 1. Intervenção reguladora ou liberdade econômica? 2. Política e magistratura verde e amarela. 3. O que diz o Supremo Tribunal Federal? Conclusão. Referências.

¹ Bacharel e Mestre em Direito. Doutorando em Sociologia. Auditor-Fiscal do Trabalho.

SUMMARY: 1. Regulatory intervention or economic freedom? 2. Green and yellow policy and judiciary. 3. What does the Supreme Court say? Conclusion. References.

1. Intervenção reguladora ou liberdade econômica?

Essa é uma antítese que ganhou novos contornos diante da reestruturação produtiva e da revolução tecnológica informacional. Ensejou uma reconfiguração das relações entre capital e trabalho e assim do Estado como regulador das relações de produção. Não foi suficiente para retirar do Estado o exercício da função reguladora, mas vem crescentemente importando no debate sobre a necessidade de redução dos custos da mão de obra para maior competitividade de mercado.

Impera a panaceia da flexibilização sob a falsa alegação de inaptidão da força de trabalho face à nova realidade produtiva e de que os direitos trabalhistas são um entrave para a implementação de um modelo competitivo necessário diante de uma “nova ordem mundial” e sua intensa competitividade, sendo pressupostos com um dado de realidade, conforme lembra Cardoso (2003, p. 89).

A opção por um modelo contratual de regulação alternativa à regulação estatal, concebido a partir de um compromisso recíproco assumido exclusivamente pelos atores econômicos e sociais, não alcançaria no contrato um produto natural. O “universo” contratual estaria permanentemente impulsionado por fatores de desequilíbrio e instabilidade, voltando-se ao conceito originário de regulação como mecanismo para contrabalançar esses fatores. Conforme alerta Supiot, “se o direito de concorrência devesse ser entendido com a simples passagem das leis do mercado à forma jurídica, então o sujeito de direito achar-se-ia expulso pelo *homo economicus*, e a regra de direito, pela norma econômica” (2016, p. 299).

No resgate feito por Dukes e Streeck quanto às relações entre proprietários de capital e vendedores de mão de obra nos “mercados de trabalho”, prevalece a leitura, mesmo entre autores tão diferentes como Marx, Durkheim e Weber, de que há uma profunda distorção derivada das diferenças de poder e de que os acordos formalmente voluntários, na realidade são frutos da vontade dos mais fortes. Dukes e Streeck ressaltam que essa relação carece de uma justificativa normativa esperada por teóricos liberais, como Maine e Spencer, para sustentar a existência de um “livre arbítrio” das partes ao contratarem. Os autores identificam os conflitos como elementos disruptivos da sociedade moderna, suscitando a construção e manutenção de instituições públicas aptas a sanar as deficiências do contrato privado como base para a cooperação da classe produtiva (DUKES; STREECK, 2020, p. 3-4)

Assim, a própria relação contratual impõe a existência de um órgão responsável por garantir a sua validade e eficácia. Em outras palavras, a dinâmica contratual necessariamente se apoia na lei e supõe a sanção de um juiz, um “terceiro” imparcial e desinteressado que vai intervir durante a interação entre duas partes, cujo objetivo é fazer valer os ditames contratuais. De outra sorte, a intervenção de um terceiro pode ser concebida também como um princípio de ordem, no qual a sua atuação permita aproximar os diversos elementos constituintes da sociedade, impondo a disciplina de um projeto coletivo do direito.

Soubiran-Paillet pondera caber à magistratura realizar a transformação interna do direito, a partir das mudanças sociais emergentes, e permite imprimir mudanças socioeconômicas importantes que não podem ser ignoradas. Para ela, a atuação judiciária busca um enquadramento jurídico preciso diante de alterações legislativas que estão *emergindo no horizonte de categorias jurídicas inadequadas*. Em última análise, “a prática judiciária é, portanto, uma força motriz na transformação do direito, trabalhando o material jurídico a partir de dentro, mas permanecendo aberta às mudanças sociais.” (SOUBIRAN-PAILLET, 1999, p. 147, tradução nossa).

Cabe ao judiciário, nesse sentido, *aplicar o que o Congresso decretou após averiguar o que o Congresso decretou*. É aqui que se estabelece a quantidade devida de intervenção pela magistratura, tendo em vista as restrições da linguagem e do escopo limitado da ciência na redação legislativa. Sendo necessário, no entanto, que o julgamento judicial exerça a construção de estatutos dentro de *limites materiais relevantes*, além dos quais o legislador não pretendeu avançar. (BLUMROSE, 1962, p. 210)

Daí advém o debate sobre a judicialização² da política, tema há muito notado por Tocqueville ao observar o judiciário norte-americano, concluindo que as atribuições do magistrado naquele país naturalmente passavam pela análise das questões políticas. Tocqueville identificou também que os magistrados americanos eram investidos de legitimidade para deixar de aplicar as leis que se mostrassem em conflito com os ditames constitucionais (TOCQUEVILLE, 2005), o que posteriormente se convencionou chamar de controle de constitucionalidade.

2. Política e magistratura verde e amarela

No Brasil, o estudo sobre a judicialização da política ganhou maior relevância após a promulgação da Constituição da República de 1988, quando algumas matérias, até então adstritas à esfera política, passaram ao âmbito judicial. A partir de então, o

² Para uma análise da polissemia dos termos juridicização, judiciarização e judicialização ver VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A Juridicização e a Judiciarização enfocadas a partir da “Sociologia Política do Direito” de Jacques Commaille. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*. Porto Alegre: ABraSD, v. 2, n. 2, p. 56-75, jul./dez. 2015.

Supremo Tribunal Federal assumiu um maior protagonismo político, decidindo questões de grande relevância social. E por óbvio não ficaram de fora questões relativas à regulação das relações de trabalho.

Sem perder a percepção de que sob uma ótica da mobilização legal macropolítica os tribunais não oferecem proteções confiáveis de liberdade e oportunidades iguais para a maioria dos cidadãos – ao que Scheingold denominou o “mito dos direitos” e a partir de seus estudos realistas do comportamento judicial pôde enfatizar o caráter conservador dos tribunais e sua capacidade limitada de implementar suas decisões³ – a questão posta é a importância cada vez maior dos juízes diante de um quadro de crescimento do modelo econômico liberal.

O modelo liberal aparece ilustrado por uma proposta de primazia do “mercado” e em contrapartida uma retração do Estado no campo econômico e social, ou seja, através de um aumento na autonomia do “mercado” e a redução da intervenção heterônoma nas iniciativas individuais e coletivas. Por outro lado, esse esvaziamento da crença no estado contribui para dar ao juiz um papel crescente de regulador na gestão das relações sociais ou das trocas econômicas e no funcionamento de uma política que se constrói endogenamente no quadro de interações sociais. (COMMAILLE, 2007, p. 307.)

No campo da regulação das relações de trabalho, essa mudança se traduz numa maior liberdade do empresário para organizar seu empreendimento, bem como do indivíduo em empreender.⁴ Estabelece-se assim uma dualidade: em um dos polos figuram os defensores de uma maior participação do Estado,⁵ reduzindo-se a esfera

³ Scheingold defende, no entanto, que embora os tribunais não sejam agentes confiáveis de mudança progressiva, os direitos e os litígios baseados em direitos ainda podem ser recursos políticos importantes para as lutas de grupo para mudar as percepções públicas e alavancar a ação oficial. (SCHEINGOLD, 1974)

Estudos como o realizado por MacCann integram a teoria do movimento social baseada no processo contemporâneo e a teorização construtivista pós-estrutural sobre o discurso jurídico na abordagem da mobilização jurídica centrada na disputa. MacCann, através de seu estudo das lutas sindicais sobre a desigualdade salarial baseada em gênero, introduziu uma análise da mobilização legal baseada em grupos em termos de múltiplas fases de desenvolvimento e contextos sociais marcados pela distribuição desigual de recursos associativos e oportunidades políticas. (MACCANN, 1994)

⁴ Embora o discurso empreendedor tenha ganhado fôlego nos últimos anos, conforme demonstra Maria Augusta Tavares o empreendedor “com raríssimas exceções, apesar de conformar um híbrido entre patrão e empregado, não deixa de ser trabalhador, portanto, não pode, objetivamente, gozar da autonomia pela qual é seduzido pelo capital, cuja finalidade é, além de reduzir os custos da produção, apagar do imaginário social a categoria do trabalhador proletário.” (TAVARES, Maria Augusta. O empreendedorismo à luz da tradição marxista. *Revista da Faculdade de Serviço Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro: EM PAUTA*, Rio de Janeiro, n. 41, v. 16, p. 107-121, 1º Semestre de 2018)

⁵ Estado percebido aqui como agente para maior acesso à igualdade e à justiça. (CARDOSO, Adalberto Moreira. *A Construção da Sociedade do Trabalho no Brasil: Uma investigação sobre a persistência secular das desigualdades*. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

de autonomia dos contratantes, seja no âmbito individual, seja no trato coletivo. No outro extremo, aqueles que sustentam a maior liberdade negocial, em especial coletiva, retirando do Estado a tutela de grande parcela do conteúdo do contrato de trabalho.

Partindo-se da ideia de que o objetivo das normas de regulação das relações de trabalho é fixar a moldura em que se desenvolverá o conteúdo jurídico numa área de livre negociação, o Direito do Trabalho não estaria subordinado à heteronomia do Estado, mas a um equilíbrio entre autonomia e heteronomia. Em ambos os extremos, “o sujeito de direito acha-se ameaçado, quer por falta de direito (anomia), quer por excesso de direito (hipernomia)” (SUPIOT, 2016, p. 275-291).

Retornando ao tema do controle judicial, a Constituição de 1988 implementou um sistema misto de controle de constitucionalidade das leis e outros atos normativos. Os juízes e tribunais possuem a competência para o controle difuso de constitucionalidade, assim como o próprio STF quando atua como órgão recursal. E só STF exerce o controle concentrado através de decisões vinculantes, com efeito *erga omnes*, atuando nos moldes de uma corte constitucional.

É de ressaltar que no pós-88 houve um crescimento da procura pelo controle constitucional, o que demonstra a assimilação do judiciário como um relevante recurso ante o cenário de liberalização política, ainda mais diante de questões como a institucionalização incipiente do sistema político democrático (ARANTES, 1999, p. 38). E as estatísticas do STF demonstram não ter havido recuo nesse sentido.

No desenho institucional estabelecido, o STF recebeu a função de “Guardião da Constituição”, apto a garantir que o compromisso assumido em 1988 seja respeitado pelas gerações futuras (CANOTILHO, 2003). Mas também é relevante observar que o judiciário há muito vem assumindo a função de controle dos demais poderes, especialmente do executivo (VIANNA, 1999). Em síntese, “a rigidez da separação de Poderes no sistema presidencialista potencializa a necessidade de um árbitro nos conflitos frequentes entre Executivo e Legislativo e no controle de constitucionalidade dos atos destes dois Poderes” (ARANTES, 1999, p. 24).

3. O que diz o Supremo Tribunal Federal?

O trabalho passa para a análise de decisões do STF como guardião da constituição em matéria de regulação das relações de trabalho, na última década e meia. Embora a judicialização do debate político em torno dos direitos trabalhistas tenha ganhado maior amplitude no primeiro governo do presidente Fernando Henrique Cardoso através das ações diretas de inconstitucionalidade (VIANNA, L.W.; BURGOS, M. B.; SALLES, P. M., 2010, p. 66), a limitação temporal aplicada a este estudo se deve ao fato de que 8 das 11 cadeiras do tribunal já estavam ocupadas em 2015 pelos atuais

ministros e a composição do tribunal se mostra relevante para os objetivos de analisar a sua coetânea atuação.

Foram selecionadas decisões que estabeleceram um sentido material para o direito do trabalho, ou seja, aquelas que atingiram a moldura e definiram o alcance desse mesmo direito. O objetivo da análise é verificar a intensidade de intervenção da corte de cúpula brasileira como reguladora na gestão das relações de trabalho, através dos votos e teses fixados em seus julgados.

Seguindo o percurso temporal das decisões, o primeiro acórdão analisado se refere ao Recurso Extraordinário - RE 590.415 Santa Catarina (30/05/2015) que trata sobre a legalidade da quitação de toda e qualquer parcela decorrente da relação de emprego em plano de dispensa incentivada aprovado em acordo coletivo de trabalho.

O voto do relator, Ministro Luís Roberto Barroso, aponta no sentido de uma maior autonomia coletiva no trato das relações de trabalho, textualmente:

Não socorre a causa dos trabalhadores a afirmação, constante do acórdão do TST que uniformizou o entendimento sobre a matéria, de que “o empregado merece proteção, inclusive, contra a sua própria necessidade ou ganância Não se pode tratar como absolutamente incapaz e inimputável para a vida civil toda uma categoria profissional, em detrimento do explícito reconhecimento constitucional de sua autonomia coletiva (art. 7º, XXVI, CF). As normas paternalistas, que podem ter seu valor no âmbito do direito individual, são as mesmas que atrofiam a capacidade participativa do trabalhador no âmbito coletivo e que amesquinham a sua contribuição para a solução dos problemas que o afligem. É através do respeito aos acordos negociados coletivamente que os trabalhadores poderão compreender e aperfeiçoar a sua capacidade de mobilização e de conquista, inclusive de forma a defender a plena liberdade sindical. Para isso é preciso, antes de tudo, respeitar a sua voz.

Já no voto do Ministro Luiz Fux, em alusão ao voto do Ministro Luís Roberto Barroso, pode-se extrair a tendência de uma interpretação do ordenamento infraconstitucional sob a ótica constitucional de um fenômeno denominado constitucionalização do direito,⁶ *in verbis*:

Senhor Presidente, em primeiro lugar, gostaria de destacar que o Ministro Luís Roberto Barroso nos poupou da leitura de um belíssimo voto de vinte e seis laudas, onde há elementos de doutrina, de jurisprudência, de Direito Comparado e, princi-

⁶ Sobre o tema, o seguinte artigo do Ministro Luís Roberto Barroso: BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Sem data. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf.

palmente, dessa nova interpretação e aplicação da legislação infraconstitucional à luz da Constituição Federal, por força do fenômeno que ele mesmo mencionou como constitucionalização do direito privado e do direito público - *in casu*, o direito público. Então eu queria parabenizá-lo, um voto extremamente denso, tive oportunidade de analisá-lo.

Na tese de julgamento o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, conheceu do recurso extraordinário e a ele deu provimento, seguindo a tendência de ampliação da autonomia negocial coletiva, *in verbis*:

[...] a transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado.

Passa-se à análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 323 Distrito Federal, que teve por objeto a interpretação jurisprudencial conferida pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) e pelos Tribunais Regionais do Trabalho da 1ª e da 2ª Região ao art. 114, § 2º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, e consubstanciada na Súmula nº 277 do TST.

Em decisão monocrática o relator, Ministro Gilmar Mendes, assentou a tese de prevalência da autonomia coletiva da vontade na autocomposição dos conflitos coletivos de trabalho, nos seguintes termos:

É preciso destacar, desde pronto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tende a valorizar a autonomia coletiva da vontade e da autocomposição dos conflitos trabalhistas, nos termos do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal.

Mencione-se, nesse sentido, o RE 590.415-RG, Rel. Min. Roberto Barroso, no qual foi confirmada a validade de plano de dispensa incentivada devidamente chancelada por acordo coletivo: [...].

O tema ainda não foi levado ao plenário e os processos em curso que versam sobre a aplicação da ultratividade de normas coletivas estão suspensos.

Os acórdãos seguintes se referem ao RECURSO EXTRAORDINÁRIO - RE 958.252 Minas Gerais (16/08/2018) e ADPF 324 (30/08/2018), no qual foi debatida a possibilidade de terceirização de serviços, independentemente de se tratar de atividade-meio ou atividade-fim do empreendimento e examina a constitucionalidade da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, no que concerne à proibição da

terceirização de atividades-fim e responsabilização do contratante pelas obrigações trabalhistas referentes aos empregados da empresa terceirizada.

Partindo-se do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, extraiu-se uma tendência pela liberdade de organização empresarial, nos seguintes termos:

O grande salto de progresso da humanidade, que nos permitiu gozar de padrões de vida nunca antes experimentados, somente foi possível com o advento do constitucionalismo – no caso inglês, ante a derrocada da dinastia absolutista dos Stuart e a imposição, pela revolução gloriosa, de uma monarquia constitucional. Não é nenhuma surpresa para os economistas que o enriquecimento dos mais pobres é resultado direto de uma economia mais produtiva, ao passo que são condições fundamentais para isso a ausência de intervenções arbitrárias por parte dos governantes e a garantia da liberdade de organização econômica. Foi pela falta desses componentes, concluem Acemoglu e Robinson, que não houve qualquer melhoria significativa de padrões de vida entre as revoluções neolítica, ainda na pré-história, e industrial, no fim do Século XVIII.

A partir daí o relator, conforme declara, passa a transcrever “lições, que especificam com maestria os ganhos de desempenho para a firma decorrentes da terceirização e por que isso ocorre.”

Relevante observar que o voto causou espécie ao Ministro Marco Aurélio de Mello que assim se manifestou:

Não se pode potencializar, em Direito – porque, em Direito, o meio justifica o fim, e não o fim o meio –, visão modernista que se tenha, empolgando-se, a mais não poder, a concorrência internacional – a qual não se equivale à Lei das leis, a Constituição Federal. O Brasil há de observar, de forma irrestrita, a Constituição Federal.

E não é demasia ressaltar Rui, na dicção segundo a qual fora da lei não há salvação. Não sei o que haverá amanhã. Se o guarda maior da Constituição Federal, o Supremo, vier a fechá-la para decidir a partir de ideia futurista, visando colocar o Brasil, da noite para o dia, entre as nações plenamente desenvolvidas, atuará em prejuízo do mercado de trabalho, dos direitos sociais, da proteção que encerra, acima de tudo, a Constituição Federal.

No final o tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, fixou a tese de que é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante e não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada.

Seguem então, a ADI nº 3961 e a ADC nº 48/DF, que foram julgadas em conjunto (15 de abril de 2020), e versaram sobre a (in)constitucionalidade da Lei nº 11.442/2007, que previu a terceirização na atividade-fim para o transporte rodoviário de cargas, estabelecendo um vínculo meramente comercial, afastando a configuração da relação de emprego.

A partir do voto do relator de ambas as ações, Ministro Luiz Roberto Barroso, uma tendência pela maior liberdade na forma de estruturação produtiva fica bem clara em vários trechos de sua fundamentação, como na passagem em que justifica a possibilidade de terceirização de mão de obra sob o fundamento de que “os empregos migram para regiões em que a mão de obra é mais barata ou mais qualificada, conforme a necessidade do serviço. [...]”. Ou quando sustenta caber exclusivamente ao proprietário das condições de realização do trabalho, a decisão sobre a sua forma de estruturação, textualmente:

Nessa linha, no que respeita à compatibilidade entre a terceirização e as normas constitucionais, deve-se lembrar que a Constituição de 1988 consagra a livre iniciativa e a livre concorrência como valores fundantes da ordem econômica (CF/1988, art. 1º c/c art. 170, *caput* e inc. IV). De acordo com tais princípios, compete aos particulares a decisão sobre o objeto de suas empresas, sobre a forma de estruturá-las e sobre a estratégia para torná-las mais competitivas, desde que obviamente não se violem direitos de terceiros. Não há na Constituição norma que imponha a adoção de um único modelo de produção e que obrigue os agentes econômicos a concentrar todas as atividades necessárias à consecução de seu negócio ou a executá-las diretamente por seus empregados. (p. 7)

Cabe também destacar o voto do Ministro Alexandre de Moraes, que, da mesma forma que o voto do Ministro Barroso, sustentou caber ao detentor dos meios de trabalho, por ele denominado empreendedor, determinar a maneira de produção capitalista ou em suas palavras “no sistema de produção capitalista, consagrado constitucionalmente, a escolha do modelo organizacional das empresas compete ao empreendedor, não podendo ser imposta pelo Estado.”

No final, o STF, nos termos do voto do relator Luiz Roberto Barroso e por maioria, julgou improcedente o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade e procedente a ação declaratória de constitucionalidade, firmando a tese de que a Lei nº 11.442/2007 é constitucional, uma vez que a Constituição não veda a terceirização, de atividade-meio ou fim e uma vez preenchidos os requisitos dispostos na Lei nº 11.442/2007, estará configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista.

Em prosseguimento vem a análise da decisão no RECURSO EXTRAORDINÁRIO 606.003 (28 de setembro de 2020), em que se discutiu uma decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho, alegando-se afronta ao art. 114, incisos I e IX, da Constituição Federal, com redação dada pela EC nº 45/2004. Originalmente, cuidava-se de ação de cobrança de comissões sobre vendas decorrentes de contrato de representação comercial autônoma, ajuizada pelo representante, pessoa física, em face do representado.

Há de se observar que houve uma nítida mudança de paradigma na jurisprudência do tribunal,⁷ fixando a tese de que preenchidos os requisitos dispostos na Lei nº 4.886/65 compete à Justiça Comum, e não à Justiça do Trabalho, o julgamento de processos envolvendo relação jurídica entre representante e representada comerciais, uma vez que não há relação de trabalho entre as partes.

Nesse julgado prevaleceu o voto do vogal Ministro Luís Roberto Barroso, em detrimento do voto do relator Ministro Marco Aurélio de Melo que defendia que as controvérsias decorrentes, mesmo que de maneira indireta, da relação de trabalho devem ser julgadas pela Justiça especializada (Justiça do Trabalho), como é o caso das envolvendo representantes comerciais.

Segue o julgamento da ADC nº 66/DF (21 de dezembro de 2020), a julgar a constitucionalidade do regime jurídico fiscal e previdenciário aplicável a pessoas jurídicas prestadoras de serviços intelectuais, incluindo os de natureza científica, artística e cultural e sua compatibilidade constitucional com a livre iniciativa, valorização do trabalho e liberdade econômica na definição da organização empresarial.

No voto da relatora, Ministra Cármen Lúcia, ficou a tese de que “a regra jurídica válida do modelo de estabelecimento de vínculo jurídico estabelecido entre prestador e tomador de serviços deve pautar-se pela mínima interferência na liberdade econômica constitucionalmente assegurada e revestir-se de grau de certeza para assegurar o equilíbrio nas relações econômicas e empresariais.” Afirmou também a relatora que “eventual conduta de maquiagem de contrato – como ocorre em qualquer caso – não possa ser objeto de questionamento judicial.”

Já o Ministro Marco Aurélio de Mello, em sentido contrário, destacou em seu voto que:

O que se verifica na norma em jogo é nítida isenção no cumprimento das atribuições sociais das empresas, a implicar profundo desequilíbrio na relação entre empregador e trabalhador, em prejuízo do projeto constitucional de construir uma sociedade livre, justa e solidária – artigo 3º, inciso I.

⁷ Com esse julgado o tribunal firma a tese da prevalência da relação comercial (contrato civil) nas hipóteses de prestação de serviço autônomo. Até então, a jurisprudência seguia no sentido de que as controvérsias decorrentes da prestação de serviços eram de competência da justiça do trabalho, já que configuravam uma relação de trabalho, atraindo a aplicação do art. 114, IX, da CRFB/88.

Ao final o tribunal, por maioria, julgou procedente o pedido formulado na ação para declarar a constitucionalidade do art. 129 da Lei nº 11.196/2005, nos termos do voto da Relatora.

Por fim, com fundamento no julgamento da ADC nº 48/DF seguiu a propositura da RECLAMAÇÃO 43.544 (17 de fevereiro de 2021), na qual os postulantes sustentaram que uma decisão proferida pelo judiciário laboral, em decorrência da prestação de serviços de transportador autônomo de cargas regido pela Lei nº 11.442/2007, afrontava a decisão de mérito proferida pelo STF na ADC 48, à alegação de que a Suprema Corte “reconheceu a Justiça Comum como a competente para processar e julgar em primeiro plano todas as ações decorrentes dos contratos firmados com amparo na Lei nº 11.442/2007”.

Prevaleceu o voto do Ministro Alexandre de Moraes no sentido de, estreme de dúvidas, as relações envolvendo a suposta incidência da Lei nº 11.442/2007 possuem natureza jurídica comercial, motivo pelo qual devem ser analisadas pela justiça comum, e não pela justiça trabalhista.

Cabe também destacar o voto do Ministro Dias Toffoli, nos seguintes termos:

A meu ver, a existência de pedido fundado na CLT não descaracteriza a competência da Justiça comum para manifestar-se sobre a presença dos requisitos configuradores da relação jurídica estabelecida com fundamento na Lei nº 11.442/07, devendo a solução da presente reclamatória ser orientada, *mutatis mutandis*, pela *ratio* que informa o julgamento de controvérsias acerca da competência da Justiça comum para apreciar a relação jurídico-administrativa entre o Poder Público e seus servidores:

‘Se, apesar de o pedido ser relativo a direitos trabalhistas, os autores da ação suscitam a descaracterização da contratação temporária ou do provimento comissionado, antes de se tratar de um problema de direito trabalhista a questão deve ser resolvida no âmbito do direito administrativo, pois para o reconhecimento da relação trabalhista terá o juiz que decidir se teria havido vício na relação administrativa a descaracterizá-la. 4. No caso, não há qualquer direito disciplinado pela legislação trabalhista a justificar a sua permanência na Justiça do Trabalho. 5. Precedentes: Reclamação 4.904, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Plenário, DJe 17.10.2008 e Reclamações 4.489- AgR, 4.054 e 4.012, Plenário, DJe 21.11.2008, todos Redatora para o acórdão a Ministra Cármen Lúcia. 6. Agravo regimental a que se dá provimento e reclamação julgada procedente” (Rcl nº 7.208/ES-AgR, Rel. p/ o ac. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 27/11/09).’

Ficando vencida a relatora, Ministra Rosa Weber, que em seu voto defendeu a tese de que:

[...] a declaração de constitucionalidade da Lei nº 11.442/2007 não implica presunção de autonomia na prestação dos serviços.

Dessa forma, a decisão proferida na ADC 48 não impede o reconhecimento do vínculo trabalhista pela Justiça do Trabalho, quando presentes os elementos caracterizadores da relação empregatícia entre o motorista transportador e seu contratante.

Ao final, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso de agravo para julgar procedente o pedido e cassar os atos decisórios proferidos na Justiça do Trabalho, determinando a remessa dos autos à Justiça Comum, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes.

Mais uma vez o tribunal ratificou a alteração de paradigma, pois o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal foi no sentido de que uma vez preenchidos os requisitos dispostos na Lei nº 11.442/2007 estará configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista. E mais, as dúvidas quanto às relações envolvendo a incidência ou não incidência da Lei nº 11.442/2007, ainda que haja fraude na relação, possuem natureza jurídica comercial, motivo pelo qual devem ser analisadas pela justiça comum, e não pela justiça trabalhista.

Conclusão

A escolha política entre um Estado indutor do crescimento econômico com maior apelo à iniciativa privada ou um estado regulador para o mercado de forma mais intervencionista, também se reflete na via legislativa. Como visto, o Supremo Tribunal Federal se depara com o controle de constitucionalidade de normas que estabelecem uma menor intervenção heterônoma na dinâmica de organização do mercado. Isso significa normas editadas para criar uma maior autonomia e liberdade contratual.

O reflexo dessa opção pela via legislativa, desloca para a arena judiciária o debate quanto a sua constitucionalidade e em certa medida transforma o controle de constitucionalidade em um mecanismo de discussão dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

O exame dos julgados permitiu iniciar o diagnóstico sobre a judicialização de questões de regulação das relações de trabalho, em especial, sobre a atuação do STF no controle das normas que concederam maior autonomia privada nas relações produtivas.

A análise demonstra que o Supremo Tribunal Federal, em matéria de regulação das relações de trabalho, vem mantendo um viés liberal, exercendo a função de protetor dos direitos fundamentais individuais, mas por outro lado permitindo a valorização do jogo político em lugar de um papel regulador das relações sociais.

Sob outro enfoque, o trabalho permite alcançar a conclusão de que prevalece nos julgados apresentados, uma lógica de primazia do “mercado” e opção pela maior autonomia na estruturação produtiva em oposição à relação de emprego como definição constitucional.

Enfim, o objetivo do trabalho foi apresentar a existência de um viés ideológico entre os diferentes julgados apresentados e que poderá ser explorado em novas pautas de pesquisa.

Referências

ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e política no Brasil**. São Paulo: IDESP/ Ed. Sumaré, 1997.

BLUMROSEN, Alfred W. Legal Process na Labor Law. Some Observations on the Relation between Law and Sociology. *In*: EVAN, William M. (editor) **Law and Sociology**. New York: The Free Press of Glencoe, 1962.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Adalberto Moreira. **A Década Neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.

COMMAILLE, Jacques. La Justice entre Détraditionnalisation, Néolibéralisation et Démocratisation: vers une théorie de sociologie politique de la justice. *In*: COMMAILLE, Jacques; KALUSZYNSKI, Martine. **La fonction politique de la justice**. Paris: Éditions La Découverte, 2007.

DUKES, Ruth; STREECK, Wolfgang. From industrial citizenship to private ordering? Contract, status, and the question of consent. MPIfG Discussion Paper, nº 20/13. **Cologne: Max Planck Institute for the Study of Societies**, 2020. Disponível em: <http://hdl.handle.net/21.11116/0000-0007-6AAA-3>.

MACCANN, Michael W. **Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization**. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

SCHEINGOLD, Stuart. **The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy, and Social Change**. New Haven, Conn: Yale University Press, 1974.

SOUBIRAN-PAILLET, Francine. L'invention du syndicat (1791-1884) Itinéraire d'une catégorie juridique. **Droit et Société, Recherches et Travaux** 6. Paris: L.G.D.J., 1999

SUPIOT, Alain. **Crítica do Direito do Trabalho**. Tradução de António Monteiro Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2016.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América**. Livro 1 – Leis e costumes. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VIANNA, Luiz Jorge Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **A constitucionalização da legislação do trabalho no Brasil: uma análise da produção normativa entre 1988 e 2008**. Centro de Estudos Direito e Sociedade (Cedes). Fundação Astrojildo Pereira (FAP). Brasília: 2010.

Jurisprudência

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (Decisão Interlocutória). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 323/DF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com pedido de medida liminar, proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN. Relator: Min. Gilmar Mendes, 18 de outubro de 2016. Brasília: STF, [2016]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310538275&ext=.pdf> Acesso em: 07 jul. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade 3961/DF e Ação Declaratória de Constitucionalidade 48/DF. Direito do Trabalho. Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória da Constitucionalidade. Transporte rodoviário de cargas. Lei 11.442/2007, que previu a terceirização da atividade-fim. Vínculo meramente comercial. Não configuração de relação de emprego. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 05 de junho de 2020. Brasília: STF, [2020]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752871041>. Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (Plenário). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324/DF. Direito do Trabalho. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Terceirização de atividade-fim e de atividade-meio. Constitucionalidade. ADPF julgada procedente para assentar a licitude da terceirização de atividade-fim ou meio. Restou explicitado pela maioria que a decisão não afeta automaticamente decisões transitadas em julgado. Relator: Min. Luis Roberto Barroso, 06 de setembro de 2019. Brasília: STF, [2019]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341024987&ext=.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (Plenário). Recurso Extraordinário 606.003/RS. Direito Constitucional e do Trabalho. Repercussão Geral. Contrato de representação comercial Autônoma, regido pela Lei nº 4.886/65. Não configuração de relação de trabalho prevista no art. 114, CF. Recurso extraordinário a que se dá provimento, para assentar a competência da Justiça comum, com a fixação da seguinte tese: “Preenchidos os requisitos dispostos na Lei 4.886/65, compete à Justiça Comum o julgamento de processos envolvendo relação jurídica entre representante e representada comerciais, uma vez que não há relação de trabalho entre as partes”. Relator: Min. Marco Aurélio de Melo, 14 de outubro de 2020. Brasília: STF, [2020]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754083819>. Acesso em: 09 jul. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (Plenário). Recurso Extraordinário 958.252/MG. Recurso extraordinário representativo de controvérsia com repercussão geral. Direito constitucional. Direito do trabalho. Constitucionalidade da “terceirização”. Admissibilidade. Ofensa Direta. Recurso extraordinário provido. Relator: Min. Luiz Fux, 13 de setembro de 2019. Brasília: STF, [2019]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750817537>. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (Plenário). Recurso Extraordinário 960.429/RN RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. Tema 992. DIREITO DO TRABALHO. DIREITO ADMINISTRATIVO. DISCUSSÃO SOBRE COMPETÊNCIA. ART. 114, INCISO I, DA CF/88. FASE PRÉ-CONTRATUAL. Recurso extraordinário não provido. Relator: Min. Gilmar Mendes, 24 de junho de 2020. Brasília: STF, [2020]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753078534>. Acesso em: 17 jul. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (Primeira Turma). Reclamação 43544 AgR/MG.CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO. VIOLAÇÃO AO QUE DECIDIDO NA ADC 48. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM PARA JULGAR CAUSA ENVOLVENDO RELAÇÃO JURÍDICA COMERCIAL. AGRAVO INTERNO PROVIDO. Agravo Interno provido. Relator: Min. Rosa Weber, 03 de março de 2021. Brasília: STF, [2020]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755212974>. Acesso em: 17 jul. 2021.

A SÍNDROME DE *BURNOUT* NO REGIME DE TELETRABALHO EM TEMPOS DE COVID-19 E SUA CARACTERIZAÇÃO COMO ACIDENTE DE TRABALHO

Letícia V. de Bortoli¹

RESUMO: O presente artigo busca analisar a relação entre a Síndrome de Burnout e o regime de teletrabalho, modalidade laboral que se ampliou com a pandemia de Covid-19, e a caracterização da doença como acidente de trabalho. Para tanto, através do estudo de legislações, jurisprudência e literatura pertinentes ao tema, serão abordadas as características da referida síndrome e como a modalidade do teletrabalho e seus aspectos podem desencadeá-la, caracterizando-se, assim, como acidente de trabalho.

ABSTRACT: This article seeks to analyze the relationship between Burnout Syndrome and the telework regime, a work modality that expanded with the Covid-19 pandemic, and the characterization of the disease as an accident at work. Therefore, through the study of legislation, jurisprudence and literature relevant to the theme, the characteristics of this syndrome will be addressed and how the modality of telework and its aspects can trigger it, thus characterizing itself as an accident at work.

PALAVRAS-CHAVE: Síndrome de Burnout. Teletrabalho. Covid-19. Acidente de trabalho.

KEYWORDS: Burnout syndrome. Telework. Covid-19. Work accident.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A Síndrome de Burnout e o teletrabalho. 2. Acidente de trabalho. 3. A caracterização da Síndrome de Burnout como acidente de trabalho. Conclusão. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. Burnout syndrome and telework. 2. Work accident. 3. The characterization of Burnout Syndrome as work accident. Conclusion. References

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo.

Introdução

Em um cenário atual no qual se cobra cada vez mais rapidez e produtividade de todos, o número de doenças psicológicas como ansiedade e depressão tem crescido de maneira expressiva, principalmente quando se refere ao contexto do trabalho, que é a fonte de renda e sustento para os indivíduos e suas famílias.

Nessa conjuntura de trabalho e doenças psicológicas, tem-se a Síndrome de Burnout, a qual acomete inúmeros trabalhadores em todo o mundo, causando sentimentos de extrema ansiedade, pressão e cobrança, advindos do trabalho, a ponto de adoecerem os indivíduos e os tornarem até mesmo inaptos ao trabalho.

Somado a isso, tem-se o avanço da pandemia do Covid-19, fazendo com que diversas medidas sanitárias precisassem ser adotadas pelos países a fim de conter a propagação do vírus e evitar um número ainda maior de vítimas. Dentre tais medidas impostas, uma das principais é o distanciamento social, acarretando a impossibilidade de diversos empregados trabalharem no espaço físico das empresas. Em vista disso, com o intuito de garantir a manutenção dos negócios, foi adotado em grande escala pelos empregadores o regime de teletrabalho.

Tal modalidade de trabalho, na qual muitas vezes o profissional se mescla ao pessoal e a jornada laboral é ultrapassada, acrescida ainda da situação de pandemia vivenciada, está estritamente relacionada ao aumento de casos da Síndrome de Burnout, fazendo com que cada vez mais seja necessária a análise desta como acidente de trabalho.

1. A Síndrome de Burnout e o teletrabalho

A Síndrome de Burnout caracteriza-se por um estado de esgotamento completo de energia do indivíduo, associado à frustração com o trabalho (VIEIRA, 2010, p. 269-276). Um dos primeiros estudos científicos a analisar esta condição é o do psicólogo Herbert J. Freudenberger, em 1974, o qual definiu a síndrome como um “incêndio interno” (*burn*= queimar, *out*= fora/apagado), decorrente de desgaste emocional excessivo e uma relação negativa do indivíduo com o trabalho (FRANCO et al., 2019, p. 2).

Observou-se nos indivíduos acometidos pela síndrome comportamentos de depressão, irritabilidade, aborrecimento, perda de motivação, fadiga, sobrecarga de trabalho, rigidez e inflexibilidade, sendo o estresse considerado como ponto inicial ou a principal causa para a ocorrência de *burnout* (VALIO, 2018, p. 66-67).

Embora os primeiros estudos apresentem mais de quatro décadas, a Síndrome de Burnout ganhou mais destaque na atualidade, passando a ser reconhecida pela

Organização Mundial da Saúde (OMS) como um fenômeno ocupacional e, a partir de 2022, passará a ser incluída na Classificação Internacional de Doenças (CID-11) como resultante do estresse crônico no ambiente de trabalho que não foi administrado com sucesso.

No cenário brasileiro, segundo pesquisa realizada pelo International Stress Management Association (ISMA, 2018), 72% da população sofre alguma sequela advinda do estresse e, entre esses indivíduos, 32% apresentam a Síndrome de Burnout. Ainda, desses que apresentam a síndrome, 92% declaram que sentem que não têm mais condições de trabalhar (GRANATO, 2019), o que demonstra a relevância e a gravidade da doença.

A incidência da síndrome foi ampliada ainda mais a partir da ocorrência da pandemia do Covid-19. Isso pois, além do cenário de preocupação e tensão geral com a doença, em razão da necessidade de conter a propagação do vírus adotou-se como uma das principais medidas sanitárias o distanciamento social, abarcando inclusive o ambiente laboral. Consequentemente, fez-se necessária a adoção do regime de teletrabalho por parte dos empregados e empregadores, a fim de manter as atividades das empresas.

Nesse sentido, insta esclarecer o regime de teletrabalho e seus aspectos. Este encontra-se disposto na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT, Decreto-Lei nº 5.452, 1943) da seguinte forma:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.

O teletrabalho caracteriza-se, portanto, por modalidade laboral na qual o trabalhador presta serviços por meio de ferramentas de comunicação e informação, principalmente computador, estando distante fisicamente de seu tomador de serviço (FINCATO, 2011, p. 40). Embora seja um regime com características específicas e distintas do trabalho no espaço físico da empresa, legalmente tais regimes são equiparados, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 6º da CLT:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Porém, uma das diferenças significativas na prática é que, com a adoção do regime de teletrabalho, muitas vezes pode ocorrer uma disponibilidade exagerada do empregado ao empregador, já que não há a dependência de presença física, havendo ainda um canal direto e praticamente instantâneo de acesso ao empregado, por meio de mensagens, telefonemas, *etc.* Ademais, o trabalhador pode buscar passar uma boa imagem ao empregador de eficiência e dedicação, encontrando-se conectado a todo tempo à empresa (FERREIRA NASCIMENTO; ROCHA CREADO, 2020).

Em vista disso, ocorre um possível excesso da jornada de trabalho e uma confusão entre o momento profissional e o pessoal do indivíduo, o que impossibilita o pleno descanso e fere o denominado direito à desconexão do trabalhador. Este direito se trata de prerrogativa do empregado de descansar e não ultrapassar o tempo de prestação de serviço contratualmente determinado, possibilitando então que o trabalhador usufrua de forma plena de suas horas de repouso e lazer (MONTEIRO, 2018).

Esse tempo de descanso deve compreender estar completamente desvinculado ao trabalho, o que, no regime de teletrabalho, certamente é mais difícil. Isso pois, o trabalhador não deve estar de sobreaviso, de guarda, à espera ou à mercê de qualquer contato que o retire da condição de descanso, como uma mensagem ou ligação, que mesmo se não realizadas, geram no empregado a expectativa e a ansiedade de poder ser contatado a qualquer momento (MAIOR, 2003, p. 17), situação extremamente comum quando a atividade laboral é feita em teletrabalho. Logo, pela ausência de descanso pleno advindo de uma situação de estar sempre alerta ao trabalho, gera-se uma sensação de sobrecarga, ansiedade e estresse maior em comparação ao regime de trabalho presencial, típicas da Síndrome de Burnout.

Nesse sentido, segundo o psiquiatra Eduardo Perin, especialista em terapia cognitivo-comportamental pelo Ambulatório de Ansiedade do Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo, a sobrecarga de trabalho provocada pelo regime de teletrabalho, potencializada pelo isolamento social advindo da propagação do Covid-19, também fez com que a Síndrome se tornasse um problema a ser enfrentado na pandemia. Ainda, o especialista afirma que casos psiquiátricos aumentaram, sendo o Burnout um deles, mencionando que o trabalho invade a rotina pessoal e o indivíduo acaba trabalhando mais do que se estivesse na empresa (CONRADO, 2021).

Assim, percebe-se que a Síndrome de Burnout tem tomado proporções ainda maiores a partir da pandemia e da adoção em larga escala do regime de teletrabalho,

não sendo razoável ignorar a saúde psicológica de trabalhadores por ela acometidos e a sua relação com a atividade laboral prestada, de forma a caracterizar o acidente de trabalho.

2. Acidente de trabalho

A proteção contra acidente de trabalho é um direito constitucional dos trabalhadores, tanto urbanos quanto rurais, conforme dispõe o inciso XXVIII, artigo 7º da Constituição Federal (1988):

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

Como anteriormente abordado, o teletrabalho e o trabalho presencial são legalmente equiparados, logo, as disposições quanto à ocorrência de acidente de trabalho cabem para ambos. Nesse sentido, o artigo 19 da Lei nº 8.213 (1991), define acidente do trabalho da seguinte forma:

Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Tal artigo refere-se ao também denominado como macrotrauma, acidente típico, acidente modelo ou acidente em sentido estrito (DA SILVA, 2010, p. 54). Segundo Maria Helena Diniz (como citado em Brandão, 2009, p. 124) este é considerado como aquele que advém de um acontecimento súbito, violento e involuntário na prática laboral, que atinge a integridade física ou psíquica do empregado.

Ampliando ainda o conceito de acidente do trabalho, o artigo 20 da referida lei dispõe que:

Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

§ 1º Não são consideradas como doença do trabalho:

- a) a doença degenerativa;
- b) a inerente a grupo etário;
- c) a que não produza incapacidade laborativa;
- d) a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.

§ 2º Em caso excepcional, constatando-se que a doença não incluída na relação prevista nos incisos I e II deste artigo resultou das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente, a Previdência Social deve considerá-la acidente do trabalho.

Desse modo, compreende-se que tanto um acidente propriamente dito, em sentido estrito, quanto uma doença que decorre do exercício habitual laboral, caracterizam-se como acidente de trabalho (DA SILVA, 2010, p. 50).

Especificamente quanto às doenças ocupacionais, pela definição dada pelo artigo supramencionado, é possível inferir que existem dois tipos de doenças relacionadas à atividade laboral abordadas pelo artigo, quais sejam, as doenças profissionais, conhecidas como doenças profissionais típicas, e as doenças do trabalho, conhecidas também como doenças profissionais atípicas (FRANCO *et al.*, 2019, p. 5).

As primeiras são originadas diretamente pela atividade desempenhada pelo trabalhador, sendo em regra causadas por agentes físicos, químicos ou biológicos específicos a determinadas funções realizadas pelo trabalhador, tendendo a persistir mesmo que sejam adotadas medidas preventivas (BRANDÃO, 2009, p. 160). Em tais casos, o nexa causal entre a doença e atividade é presumido, bastando então a comprovação do adoecimento e do desempenho da função (FRANCO *et al.*, 2019, p. 5). Possíveis exemplos seriam o Distúrbio Osteomuscular Relacionado ao Trabalho (DORT), assim como dermatoses, surdez e doenças pulmonares, como mencionado por Carlos Roberto Miranda (como citado em Brandão, 2009, p. 162).

Já as segundas decorrem das condições do ambiente de trabalho e do modo como este é realizado (RABELO, 2020, p. 47), não sendo restritas à função desempenhada pelo trabalho. Um possível exemplo seriam distúrbios da audição advindos de um local de trabalho extremamente ruidoso. Ou seja, embora a atividade do empre-

gado possa não estar ligada à geração do ruído, ele ainda poderá sofrer de tal doença. Nesses casos, não há nexos causal presumido, devendo haver comprovação que o ambiente laboral tenha causado a doença (FRANCO et al, 2019, p. 5).

Além do acidente típico e das doenças ocupacionais, há também os acidentes por equiparação, relacionados à teoria da concausa. De acordo com Sérgio Cavalieri Filho (2014), a concausa é outra causa que se une à causa predominante e assim leva-se ao resultado. O artigo 21 da Lei nº 8.213 (1991) aborda a temática da seguinte forma:

Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:

I - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação;

Existem diversas doenças relacionadas ao trabalho que acometem os trabalhadores e prejudicam sua saúde, desde a física até a psicológica. Nessa linha, Vieira (como citado em Alves Rodrigues, 2014, p. 29) aborda que a lesão gerada pelo acidente de trabalho pode ser física e até psicológica, estando sempre interligada ao desempenho da atividade, podendo gerar problemas sociais diversos como sofrimento físico e mental do trabalhador e sua família.

Logo, é de suma importância o reconhecimento de tais acidentes do trabalho que acometem a saúde psicológica do empregado, como a Síndrome de Burnout, mesmo no sistema de teletrabalho, quando o empregado está fora do ambiente tradicional de trabalho, pois este ainda estaria sob a responsabilidade do empregador, já que se mantém em horário laboral (ESTRADA, 2012, p. 6651).

3. A caracterização da Síndrome de Burnout como acidente de trabalho

Como anteriormente abordado, as doenças ocupacionais inserem-se como espécie de acidente de trabalho. Nesse sentido, tais doenças são abordadas pelo Decreto nº 3.048 (1999) e, especificamente no caso da Síndrome de Burnout, no Anexo II, Lista B, o qual prevê os Transtornos Mentais e do Comportamento Relacionados com o Trabalho.

O acidente de trabalho e, principalmente o Burnout, não se limitam a ocorrer apenas no estabelecimento físico do empregador, sendo plenamente possível que ocorra no regime de teletrabalho. Isso pois se destaca no contexto do teletrabalho

diversos riscos, como os gerados pelos esforços repetitivos ou lesões osteomusculares, as advindas de má postura laboral e do uso excessivo de tecnologias de informação e também enfermidades psicológicas, decorrentes do isolamento do trabalho e da sobrecarga, derivada da necessidade de rigidez com a organização e a conciliação de tarefas profissionais e pessoais (FINCATO, 2008, p. 162).

Além disso, o regime de teletrabalho leva, muitas vezes, a um aumento na solicitação de tarefas por parte do empregador, enquanto o empregado, buscando comprovar que está desempenhando suas funções e objetivando reconhecimento de produtividade, acaba não respeitando pausas para descanso e afins, sobrecarregando-se com o objetivo de atender às metas propostas (WINTER, 2005, p. 145-146).

Desse modo, as doenças ocupacionais psicológicas, como a Burnout, são ainda mais prováveis de ocorrer no sistema de teletrabalho do que no presencial, sendo ainda somatizadas atualmente pelo cenário de pandemia. Isso fica mais evidente ao analisar que diversos trabalhadores tiveram que conciliar a realização de tarefas do trabalho, como reuniões importantes e telefonemas de superiores, com o ambiente do lar que engloba não só tarefas cotidianas de casa, mas muitas vezes a presença de filhos pequenos que tampouco estavam tendo atividades presenciais e demandavam uma maior atenção dos pais.

Tal conjuntura já acarreta um estresse e preocupação além do usual, o que na situação da pandemia somou-se com o receio de contaminação, aumento do número de vítimas e ainda o aumento da dispensa pelos empregadores frente a uma situação econômica mundial desfavorável. Assim, se o teletrabalho já exige uma organização maior do trabalhador e uma possível autocobrança de produtividade e resultados, essa situação com a pandemia em que boa parte da população encontrava-se em casa e com receio de perder o emprego, só acarretou um prejuízo ainda maior para a saúde mental do trabalhador, desencadeando a Síndrome de Burnout como acidente do trabalho.

Insta analisar que, em relação à divisão de doenças ocupacionais entre doenças profissionais e doenças do trabalho, como a Síndrome de Burnout não está relacionada à função específica do trabalhador, mas sim ao ambiente – não especificamente físico – laboral, esta caracteriza-se como doença do trabalho. Portanto, para caracterizá-la como acidente de trabalho, deve ser comprovado o nexo causal entre o trabalho e a síndrome, o que pode ser extremamente complexo, principalmente tratando-se de doença psicológica, até mesmo demandar a realização de perícia.

À parte da possível complexidade de comprovação, a Síndrome de Burnout já é legalmente equiparada ao acidente de trabalho, através do Decreto Lei nº 6.042 (2007). Logo, pelo ordenamento jurídico brasileiro, a síndrome é capaz de afastar o trabalhador

de suas funções através da concessão do benefício de auxílio-doença, alcançando, inclusive, estabilidade laboral após a cessação do benefício, conforme dispõe o artigo 118 da Lei nº 8.213/91, sem prejuízo de eventual indenização por dano moral e material (FRANCO *et al.*, 2019, p. 7).

Abaixo, exemplo de julgado do Tribunal Superior do Trabalho que reitera e destaca a Síndrome de Burnout como acidente de trabalho, passível de afastamento, auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e indenização moral.

REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. SÍNDROME DE BURNOUT. DOENÇA OCUPACIONAL EQUIPARADA A ACIDENTE DE TRABALHO. VALOR ARBITRADO À CONDENAÇÃO. R\$ 30.000,00 (TRINTA MIL REAIS), A TÍTULO DE DANOS MORAIS, REDUZIDO PARA R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS) PELO TRIBUNAL REGIONAL. STRESS OCUPACIONAL E QUALIDADE DE VIDA NO TRABALHO. MAJORAÇÃO DEVIDA. R\$ 60.000,00 (SESSENTA MIL REAIS). Dallegrave Neto define o burnout como “um esgotamento profissional provocado por constante tensão emocional no ambiente de trabalho”, ocasionado por um sistema de gestão competitivo, com sujeição do empregado às agressivas políticas mercantilistas da empresa. Segundo Michael P. Leiter e Christina Maslach “a carga de trabalho é a área da vida profissional que está mais diretamente associada à exaustão. Exigências excessivas de trabalho provenientes da qualidade de trabalho, da intensidade dos prazos ou da complexidade do trabalho exaurem a energia pessoal”. Os autores também identificam que, do ponto de vista organizacional, a doença está associada ao absenteísmo (faltas ao trabalho), maior rotatividade, má qualidade dos serviços prestados e maior vulnerabilidade de acidentes no local de trabalho. A síndrome de burnout integra o rol de doenças ocupacionais do Ministério do Trabalho e Emprego. Está inserida no Anexo II do Regulamento da Previdência Social. O mencionado Anexo identifica os agentes patogênicos causadores de doenças profissionais ou do trabalho, conforme previsão do artigo 20 da Lei nº 8.213/91. Entre os transtornos mentais e de comportamento relacionados ao trabalho (Grupo V da CID-10) consta, no item XII, a síndrome de burnout - “Sensação de Estar Acabado (Síndrome de Burnout, Síndrome do Esgotamento profissional)”, que na CID-10 é identificado pelo número Z73.0. No caso específico dos autos, a gravidade do distúrbio psicológico que acometeu a reclamante é constatada pelas informações de natureza fática registradas no acórdão regional: longo período de afastamento do trabalho, com a concessão de benefício acidentário pelo INSS e o consumo de medicamentos antidepressivos, além de dois laudos

periciais reconhecendo que a incapacidade laboral da autora é total, a doença é crônica e não há certeza sobre a possibilidade de cura. Por oportuno, este Relator já teve a oportunidade de se manifestar em matéria semelhante, em que se reconhece como passível de reparação por dano moral a exigência excessiva de metas de produtividade, isso porque o sentimento de inutilidade e fracasso causado pela pressão psicológica extrema do empregador não gera apenas desconforto, é potencial desencadeador de psicopatologias, como a síndrome de burnout e a depressão, o que representa prejuízo moral de difícil reversão ou até mesmo irreversível, mesmo com tratamento psiquiátrico adequado. Atenta-se ao fato de que, além da observância ao meio ambiente de trabalho seguro e saudável, conforme assegura a Constituição Federal de 1988, imprescindível considerar, ainda, que cada indivíduo deve ser respeitado em sua singularidade, daí a necessidade de se ajustar o contexto ocupacional à capacidade, necessidade e expectativas razoáveis de cada trabalhador. O Tribunal Regional de origem, ao fixar o valor da reparação por danos morais em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), não atentou para as circunstâncias que geraram a psicopatologia que acarretou a invalidez da reclamante, oriunda exclusivamente das condições de trabalho experimentadas no Banco reclamado, período em que sempre trabalhou sob a imposição de pressão ofensiva e desmesurada, com o objetivo de que a trabalhadora cumprisse as metas que lhe eram impostas. Portanto, cabível a majoração do valor da indenização por dano moral para R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais). Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 9593320115090026, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 29/04/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/05/2015)

Assim, não é razoável e tampouco recomendável que se ignore a Síndrome de Burnout e outras doenças psicológicas advindas da atividade laboral como acidente do trabalho, tanto no regime presencial quanto no teletrabalho. Não apenas pelo direito do trabalhador a um ambiente de trabalho digno, que preserve sua saúde, mas também pelo fato de que tamanha pressão por parte do empregador não maximiza seus lucros e sim limita seus empregados, além de possibilitar ações trabalhistas que podem acarretar grandes prejuízos ao patrimônio da empresa.

Conclusão

A partir do abordado pelo presente artigo, buscou-se analisar a Síndrome de Burnout, doença psicológica com características de extrema ansiedade, sobrecarga e depressão, e a sua relação com o teletrabalho, regime de trabalho que se ampliou

a partir da pandemia de Covid-19. Tal modalidade de trabalho já apresenta aspectos que propiciam um maior estresse, como a dificuldade de conciliar o profissional com o pessoal, o que se tornou ainda mais difícil com a situação pandêmica.

Em seguida, analisou-se o Burnout como acidente de trabalho, o que já é abarcado pelo ordenamento jurídico pátrio, sendo passível de afastamento, auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e indenização por danos morais. Em reforço, abordou-se a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, que garante a aplicação de tais benefícios ao empregado.

Diante do exposto, é possível concluir que é de suma importância a atenção à saúde psicológica dos trabalhadores, o que muitas vezes é deixado para segundo plano pelo empregador com o intuito de ampliar os lucros, pois há a falsa impressão que pressionar ao máximo os trabalhadores garantiria resultados financeiros na mesma proporção. Contudo, isso pode acarretar, na realidade, severos prejuízos, não só pela perda de um trabalhador competente que poderia ser mais produtivo se não houvesse uma extrema pressão, mas também pelas possíveis ações trabalhistas que atingirão o empregador e que poderiam ter sido evitadas.

Referências

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. **Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador**. 3. ed. LTr, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. **Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm.

BRASIL. **Decreto nº 6.042, de 12 de fevereiro de 2007**. Altera o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999, disciplina a aplicação, acompanhamento e avaliação do Fator Acidentário de Prevenção - FAP e do Nexo Técnico Epidemiológico, e dá outras providências. Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6042.htm.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm.

- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. Atlas, 2014.
- CONRADO, Hysa. Após 1 ano de pandemia, síndrome de burnout cresce ainda mais. **R7**, publicado em 28 fev. 2021. URL: <https://noticias.r7.com/saude/apos-1-ano-de-pandemia-sindrome-de-burnout-cresce-ainda-mais-28022021>.
- DA SILVA, Fernanda Cristina. **Responsabilidade civil do empregador nos acidentes de trabalho**. 2010. Monografia, Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.
- ESTRADA, Manuel Martin Pino. Acidente de trabalho no teletrabalho. **O trabalho**, n. 182, p. 6648-6653, 2012.
- FINCATO, Denise Pires. Acidente do trabalho e teletrabalho. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 2, n. 4, p. 146-173, 2008.
- FINCATO, Denise Pires. Meio ambiente laboral e teletrabalho. In: **IV Congresso Ibero-Americano de Teletrabalho e Teleatividades**. Porto Alegre: Lex Magister, 2011.
- FRANCO, Márcia Villar *et al.* Síndrome de Burnout e seu enquadramento como acidente do trabalho. **Revista Científica Intr@ciência da Faculdade do Guarujá**. 17. ed. 2019.
- GRANATO, Luísa. O que significa a mudança da OMS sobre a Síndrome de Burnout? **Exame**, 2019. Disponível em: <https://exame.com/carreira/o-que-significa-a-mudanca-da-oms-sobre-a-sindrome-de-burnout/>.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 23, p. 296-313, 2003.
- MONTEIRO, Fagner Cesar Lobo. O direito à desconexão como direito fundamental do trabalhador. **Jus**, 2018. <https://jus.com.br/artigos/68226/o-direito-a-desconexaocomo-direito-fundamental-do-trabalhador>.
- NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira; CREADO, Raíssa Stegemann Rocha. O Direito à Desconexão no Período de *Home Office*: Análise dos Impactos da Quarentena pelo Covid-19 na Saúde do Trabalhador. **Revista Direito UFMS**, v. 6, n. 1, p. 131-149, 2020.
- RABELO, Guilherme Montezor. **Nexo causal ou concausal na doença ocupacional como pressuposto da responsabilidade civil do empregador**. 2020. Monografia, Universidade do Sul de Santa Catarina-UNISUL.
- RODRIGUES, Irair Alves. **Teletrabalho em domicílio: acidente de trabalho e responsabilidade do empregador**. 2014. Monografia, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
- TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. 2ª Turma. (2015). RR: 9593320115090026. Relator: José Roberto Freire Pimenta.
- VÁLIO, Marcelo Roberto Bruno. **Síndrome de Burnout e a responsabilidade do empregador**. LTr, 2018.
- VIEIRA, Isabela. Conceito (s) de burnout: questões atuais da pesquisa e a contribuição da clínica. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, v. 35, p. 269-276, 2010.
- WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho – uma forma alternativa de emprego**. LTr, 2005.

AS DIFICULDADES DO ENQUADRAMENTO SINDICAL BRASILEIRO DIANTE DOS NOVOS MODELOS DE NEGÓCIOS – UMA SOLUÇÃO POSSÍVEL NAS RELAÇÕES ASSOCIATIVAS?

Maria Lúcia Ciampa Benhame Puglisi¹

Paula Castro Collesi²

RESUMO: Não é de hoje que a legislação do trabalho brasileira precisa ser revista e um ponto específico clama por alteração. Com a tecnologia em evolução, surgiram novos modelos de negócios, muito dinâmicos e diferentes de toda relação a que se estava acostumado. Como ter uma relação coletiva entre as empresas e os trabalhadores inseridos nas novas formas de trabalho criadas no século 21, em uma legislação baseada nos modelos de negócios de 1943. Neste artigo, serão apontadas algumas dificuldades e, sem querer esgotar o tema, indicadas possíveis alternativas para uma melhor representação coletiva desses novos sujeitos a despeito da atual estrutura sindical brasileira.

ABSTRACT: It is not today that Brazilian labor legislation needs to be revised and a specific point calls for change. With the technology in evolution, new business models emerged, very dynamic and different from every relationship that was accustomed. How to have a collective relationship between companies and workers inserted in the new forms of work created in the 21st century, legislation based on the business models of 1943. In this article, some difficulties will be pointed out and, without wanting to exhaust the theme, possible alternatives for a better collective representation of these new subjects will be pointed out despite the current Brazilian union structure.

PALAVRAS-CHAVE: Enquadramento sindical. Novos negócios. Negociação coletiva. Representatividade dos trabalhadores. Relação associativa.

KEYWORDS: Union framework. New business. Collective bargaining. Representativeness of workers. Associative relationship.

¹ Advogada. Graduada e Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Presidente da Associação Paulista de Relações e Estudos Sindicais. Membro do CIELO Laboral.

² Advogada. Mestre em Ciências Laborais pela Universidade de Lisboa. Vice-Presidente da Associação Paulista de Relações e Estudos Sindicais. Membro do CIELO Laboral. Pesquisadora integrante do Grupo de Estudos de Direito Contemporâneo do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Associações *versus* Sindicatos. 2. Enquadramento sindical. 3. Casos práticos e a dificuldade de enquadramento. 4. Solução mais adequada. Considerações finais. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. Associations versus Trade Unions. 2. Union framework. 3. Practical cases and the difficulty of framing. 4. Most suitable solution. Final considerations. References.

Introdução

O legislador reformista, ao elaborar a Lei nº 13.467/2017, alterou diversos artigos na CLT, inclusive quanto ao Direito Sindical, revogando a contribuição obrigatória aos sindicatos e enaltecendo a negociação coletiva, conferindo maior força à autonomia privada coletiva insculpida no art. 7º, XXVI, da Constituição Federal.

Apesar da boa intenção, não se olhou a um dos temas que causa maior controvérsia: como realizar o enquadramento sindical de empresas criadas no século XXI e seus trabalhadores em um modelo empresarial ditado em 1943, época da criação da CLT, herdado dos anos 1930.

É bem verdade que não seria possível a alteração via norma infraconstitucional, diante dos ditames do artigo 8º, II, CF. Essa falta de atualização legislativa causa diversos problemas práticos e o principal deles, a carência na representatividade dos empregados e das empresas, em que nenhuma das partes se sente representada diante da necessidade de se enquadrar, muitas vezes, a um sindicato que nada se relaciona com o cotidiano do negócio, sendo gerado, pela própria lei, o descumprimento do conceito legal de categoria que pressupõe a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.

Mais grave, a estrutura brasileira deixa de fora dela as novas formas de trabalho, considerando-as como parte da estrutura sindical patronal, e não profissional. A lei brasileira não difere empregados e trabalhadores enquanto prestadores de serviços. O trabalhador fora da relação de emprego típica é visto como autônomo e, consequentemente, inserido na categoria patronal.

O enquadramento sindical do empregado deriva da atividade econômica da empresa, apenas reconhecendo-se por exceção a representatividade da categoria profissional diferenciada e do profissional liberal. Assim, salvo se o empregado exercer profissão regulamentada com entidade sindical própria, mudará de entidade representativa se, ao mudar de emprego, mudar de categoria econômica do empregador. Assim, por exemplo, um auxiliar administrativo que atue em uma Indústria metalúrgica será “metalúrgico”, representado por tal sindicato. Mas, ao mudar de emprego, e exercer a mesma

função, mas em uma padaria, passará a ser “comerciário” representado pelo sindicato dos comerciários. Da mesma forma, se mudar de emprego para uma empresa metalúrgica, mas em base territorial diferente, por exemplo, da cidade de São Paulo, para cidade de São Bernardo do Campo (vizinhas, frise-se) mudará do sindicato dos metalúrgicos de São Paulo para o sindicato dos metalúrgicos de São Bernardo do Campo.

O trabalhador não tem, absolutamente, nenhum controle da entidade sindical que o representa. A lei lhe dita tal representatividade, como se estudará abaixo.

E desse fato decorre o necessário estudo apresentado neste artigo, no qual serão abordadas essas questões e, na medida do possível, indicadas possíveis alternativas para uma melhor representação das partes nas relações coletivas – empresas e trabalhadores – e não só empregadores e empregados.

1. Associações *versus* sindicatos

Consoante o disposto no Artigo 515 da CLT,³ para ser reconhecida como sindicato, a associação profissional deverá satisfazer alguns requisitos legais, tais como a reunião de um terço, no mínimo, de empresas legalmente constituídas, ter pelo menos 3 anos de mandato da Diretoria e ter como presidente brasileiro nato e os demais cargos de administração e representação serem exercidos por brasileiros.

O parágrafo único prevê uma exceção: o Ministro do Trabalho (instituição inexistente no atual Governo, mas que representaria o Ministro da Economia) poderia reconhecer como sindicato a associação cujo número de associados seja inferior ao terço de empresas legalmente constituídas.

No entanto, há controvérsias jurisprudenciais⁴ hoje sobre a validade de tal artigo, considerando, parte delas, que a exigência de associação prévia com quórum

³ Art. 515. As associações profissionais deverão satisfazer os seguintes requisitos para serem reconhecidas como sindicatos:

- a) reunião de um terço, no mínimo, de empresas legalmente constituídas, sob a forma individual ou de sociedade, se se tratar de associação de empregadores; ou de um terço dos que integrem a mesma categoria ou exerçam a mesma profissão liberal se se tratar de associação de empregados ou de trabalhadores ou agentes autônomos ou de profissão liberal;
- b) duração de 3 (três) anos para o mandato da diretoria; (Redação dada pelo Decreto-lei nº 771, de 19.8.1969)
- c) exercício do cargo de presidente por brasileiro nato, e dos demais cargos de administração e representação por brasileiros.

Parágrafo único. O ministro do Trabalho, Indústria, e Comércio poderá, excepcionalmente, reconhecer como sindicato a associação cujo número de associados seja inferior ao terço a que se refere a alínea a.

⁴ RECURSO ORDINÁRIO – REVOGAÇÃO TÁCITA DO ART. 515, b, DA CLT – A alínea b do artigo 515 da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, por denotar clara interferência do Estado na organização sindical, contrariando o disposto no inciso I do artigo 8º da Carta Constitucional.

mínimo fere a liberdade estabelecida no artigo 8º da Constituição Federal e, portanto, que tal artigo não teria sido recepcionado pela nova ordem constitucional. Mantendo, no entanto, o controle estatal em seu registro.

Assim, se na ordem anterior antes de se ter um Sindicato, obrigatoriamente havia que se criar uma associação com um quórum mínimo de associados da categoria, atualmente há entendimentos de que tal quórum não se mantém.

A situação é tão insegura, que parte do artigo 515, como tempo de mandato é por vezes, reconhecido como válida, quando o quórum mínimo é considerado não recepcionado.

Seja como for, o que não se discute é que sindicatos têm sempre a natureza jurídica de associações civis, adquirindo personalidade sindical com o reconhecimento pelo Estado.

Assim, antes de adentrar no mérito do enquadramento sindical, importante analisar as diferenças entre associações e sindicatos, para um melhor entendimento sobre o tema.

As associações deveriam ser, e eram indiscutivelmente até a Constituição Federal de 1988, o primórdio de um sindicato quando relacionadas a empregados ou empregadores. Pelo conceito formulado por Diniz, transcrito por Paes (2019)⁵, associação é:

A forma pela qual certo número de pessoas, ao se congregarem, coloca, em comum, serviços, atividades e conhecimentos em prol de um mesmo ideal, objetivando a consecução de determi-

(TRT 17ª R., RO 0143400-09.2010.5.17. 0007, Rel. Desembargador Lino Faria Petelinkar, DEJT 29/02/2012). (TRT-17 - RO: 01434000920105170007, Relator: DESEMBARGADOR LINO FARIA PETELINKAR, Data de Publicação: 29/02/2012)

AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO AO ART. 515, A E B DA CLT. IMPROCEDÊNCIA. DISPOSITIVOS NÃO RECEPCIONADOS PELA ATUAL ORDEM JURÍDICA. O artigo 515 da CLT, dito violado, não foi recepcionado pela Constituição Federal (art. 8º/CF); assim, improcede a ação rescisória sob o fundamento de violação a artigo de lei que não integra a ordem jurídica vigente. AÇÃO RESCISÓRIA. AUSÊNCIA DE REGULARIDADE FORMAL DO SINDICATO. VIOLAÇÃO AO ART. 8º, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AO ART. 558 DA CLT. ÓBICE À ESTABILIDADE SINDICAL. INOCORRÊNCIA. A norma constitucional vigente vedou a interferência e a intervenção do Estado na organização sindical, ressaltando, apenas o registro sindical perante o órgão competente com o objetivo de assegurar a unicidade sindical, não constituindo, pois, óbice à aquisição da estabilidade sindical. Logo, não há falar em violação ao art. 8º, I, da Constituição Federal, e ao art. 558 da CLT. (TRT 17ª R., AR 0100003-13.2013.5.17.0000, Rel. Desembargadora Wanda Lúcia Costa Leite França Decuzzi, DEJT 20/01/2014). (TRT-17 - AR: 01000031320135170000, Relator: WANDA LÚCIA COSTA LEITE FRANÇA DECUZZI, Data de Publicação: 20/01/2014)

⁵ PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social**. Forense. Edição do Kindle, 2019. p. 09.

nado fim, com ou sem capital e sem intuítos lucrativos. Poderá ter finalidade: a) altruística (associação beneficente); b) egoística (associação literária, esportiva ou recreativa); e c) econômica não lucrativa (associação de socorro mútuo).

A associação surge da vontade de seus fundadores para consecução de um objetivo comum, fixado em seus estatutos, registrada de acordo com os ditames legais, adquirindo personalidade jurídica própria, sendo pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos.⁶

Com seus atos registrados no competente Registro Civil de Pessoas Jurídicas e inscrição no CNPJ para efeitos fiscais, a associação será sujeito de direitos e obrigações, não se confundindo com seus membros, adquirindo vida própria (PAES, 2019)⁷.

Importante ressaltar que a associação representará apenas seus filiados, judicial ou extrajudicialmente, por disposição expressa do inciso XXI, artigo 5º da Constituição Federal,⁸ bem como nas ações coletivas.⁹ Nesse sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao firmar a tese 499, quando trata dos efeitos da coisa julgada em ação civil pública intentada por associação em favor de seus associados:¹⁰

499 - Limites subjetivos da coisa julgada referente à ação coletiva proposta por entidade associativa de caráter civil.

A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem

⁶ Código Civil. Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: I - as associações. Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.

⁷ “Com a personificação da associação, para os efeitos jurídicos, ela passará a ter aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações e capacidade patrimonial, constituindo seu patrimônio, que não terá relação com o dos associados, adquirindo vida própria e autônoma, não se confundindo com os seus membros, por ser uma nova unidade orgânica”. PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social**. Forense: Edição do Kindle, 2019. p.12

⁸ Constituição Federal. Art. 5º, XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

⁹ Lei nº 9.494 /97, Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

¹⁰ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3864686&numeroProcesso=612043&classeProcesso=RE&numeroTema=499#> Acesso em: 30 jul. 2021.

em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento.

Portanto, para que uma associação pratique atos extrajudiciais que atinjam seus associados, por exemplo, firme contratos ou acordos, deverá haver uma autorização prévia de tais associados, por meio de assembleia, na forma dos seus estatutos. E tais instrumentos atingirão somente os seus associados, não atingindo pessoas externas a ela.

Assim decidiu o STF no RE 573.232/SC:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 573.232 SANTA CATARINA REPRESENTAÇÃO – ASSOCIADOS – ARTIGO 5º, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALCANCE. O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República encerra representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL – ASSOCIAÇÃO – BENEFICIÁRIOS. As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial.

Decisão essa que gerou o Tema 82 de repercussão geral,¹¹ com o seguinte teor e tese fixada:

82 - Possibilidade de execução de título judicial, decorrente de ação ordinária coletiva ajuizada por entidade associativa, por aqueles que não conferiram autorização individual à associação, não obstante haja previsão genérica de representação dos associados em cláusula do estatuto.

I – A previsão estatutária genérica não é suficiente para legitimar a atuação, em Juízo, de associações na defesa de direitos dos filiados, sendo indispensável autorização expressa, ainda que deliberada em assembleia, nos termos do artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal; II – As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, são definidas pela representação no processo de conhecimento, limitada a execução aos associados apontados na inicial.

Desta forma, se uma empresa que possui trabalhadores não empregados pretender firmar acordos com associações representativas de seus parceiros, deverá ter o cuidado de verificar seu objetivo, a amplitude de representação, bem como os atos necessários para que esteja ela autorizada a firmar eventual acordo.

¹¹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2581151&numeroProcesso=573232&classeProcesso=RE&numeroTema=82#>. Acesso em: 30 jul. 2021.

Ao lado das associações estão as entidades sindicais, que nascem como associações e após cumprir determinados atos legais adquirem a personalidade sindical. São entidades que, para existir plenamente como tais, dependem de um ato estatal:

Há determinadas espécies de associação que requerem, além da vontade de seus membros, a autorização estatal (Poder Executivo Federal – CC, art. 1.123, parágrafo único), como é o caso, por exemplo, dos sindicatos, das sociedades cooperativas, das sociedades de seguros, dentre outras. Portanto, em determinadas hipóteses, a inscrição do ato constitutivo de uma associação deverá ser precedida de uma concessão estatal, momento em que ambas devem ser registradas no cartório competente para que adquiram personalidade jurídica (CC, arts. 45 e 46; Lei nº 6.015/1973, arts. 114 a 121).¹²

Uma das grandes diferenças existentes entre as associações e os sindicatos é a falta de liberdade da associação e, conseqüentemente, a representação dos seus associados, uma vez que, como visto acima, o empregado não escolhe o sindicato ao qual se filia.

Apesar do *caput* do art. 8º da CF estabelecer que é livre a associação sindical, o inciso II veda a criação de mais de uma organização sindical, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, não podendo ser inferior a área de um Município, adotando-se, assim, o modelo da unicidade sindical.

Após a CF/88, a súmula 677 do STF manteve a obrigação de controle da unicidade a ser efetuada pelo órgão competente, hoje, Ministério da Economia: “Até que lei venha a dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade” (PAES, 2019).

Dessa forma, mesmo após a CF/88, a criação de uma entidade sindical não é livre no Brasil, dependendo de registro no órgão estatal competente que deverá zelar pela unicidade sindical, não permitindo mais de uma entidade sindical da categoria – profissional ou econômica – numa mesma base territorial.

Aliado à falta de liberdade de associação, também há o princípio da representação sindical *erga omnes*, estipulado pelo inciso III do mesmo dispositivo constitucional, que confere, exclusivamente ao sindicato, a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas. Ou seja, ainda que o empregado ou o empregador não seja associado ao sindicato, por este representar a sua categoria, a ele se vinculará qualquer norma coletiva a ser elaborada.

Referidas normas representam um contrassenso à chamada Constituição cidadã, que previu a liberdade e igualdade de diversos direitos, sendo o direito de

¹² PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social**. Forense: Edição do Kindle, 2019. p. 12.

livre associação um Direito Humano, insculpido no item 2 do artigo 20 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

É bem verdade que o sindicato não poderá agir em interesse próprio, mas sim conforme interesse dos seus representados, conforme assembleia geral. Ocorre que, além das amarras criadas pela Constituição, ainda há a dificuldade de enquadramento sindical tratado pela CLT.

2. Enquadramento sindical

O enquadramento sindical brasileiro é feito com base nas categorias econômicas na conformidade da discriminação do quadro das atividades e profissões. Para saber a qual categoria econômica o empregador se enquadra, é necessário fazer a análise do objeto social e se há a correta correspondência com a CNAE da empresa.

Em empresas que possuam mais de uma atividade econômica, sempre deverá prevalecer, para fins do enquadramento, a atividade preponderante. Como recomendado pela CIIU/ISIC 4,¹³ a atividade principal de uma unidade com atividades múltiplas é determinada por meio da análise da composição do valor adicionado, ou seja, da análise de quanto os bens e serviços produzidos contribuíram na geração desse valor. A atividade com o valor adicionado mais alto é a atividade preponderante.

Localizada a atividade preponderante, analisa-se o quadro disposto no artigo 577 da CLT, identificando-se o sindicato correspondente para aquela atividade empresarial e, com a categoria econômica definida, o sindicato profissional será o correspondente ao patronal, conforme quadro de atividades.

No que tange à constitucionalidade do art. 577, sua recepção pela CF/88 já foi validada pela jurisprudência brasileira, inclusive no entendimento do STF¹⁴ e do TST.¹⁵

¹³ Disponível em: https://concla.ibge.gov.br/images/concla/documentacao/CNAE20_Correspondencia_Isic4xCnae20.xls. Acesso em: 26 jul 2021.

¹⁴ STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: ARE 1010583 PR – PARANÁ, no corpo do acórdão: [...] Com efeito, o Direito do Trabalho elegeu como critério para o enquadramento sindical a atividade preponderante da empresa, exceção feita aos empregados integrantes de categoria econômica diferenciada, que ostentam essa condição por exercerem profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares (art. 511, § 3º, da CLT). Isso significa que o enquadramento sindical se dá pela categoria econômica a que pertence a empresa para a qual trabalha o empregado (artigos 511 e 577 da CLT). Ou seja, o trabalhador integra a categoria profissional correspondente à categoria econômica do seu empregador, de acordo com a atividade preponderante empreendida (§ 1º do artigo 511 e § 2º do artigo 581, ambos da CLT). [...]

¹⁵ STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: ARE 1010583 PR – PARANÁ, no corpo do acórdão:

No dizer de Da Silva (2016) em seus comentários à CLT: ¹⁶

Acreditou-se inicialmente que o bloco dos arts. 570 a 577 não teria sido recepcionado pela CF/1988, sobretudo porque eles autorizam a autoridade pública a elaborar e atualizar quadro de atividades e profissões (art. 577), o qual, em tese, inibe a formação livre de sindicatos de acordo com os interesses dos trabalhadores e empregadores – desde que observem a unicidade sindical. *Entendeu o STF, no entanto, que o quadro representa um norte para o sistema de enquadramento sindical e não corresponde à ingerência do Poder Executivo a que se refere o art. 8º, I, da CF/1988. Então, o quadro foi mantido. g.n.*

Ainda que teoricamente a criação de uma nova entidade sindical seja considerada fácil, como defende Da Silva (2016)¹⁷, com os novos modelos de negócio, é extremamente difícil o enquadramento sindical, principalmente porque não há correspondência com as atividades ali descritas, e a própria lei favorece o descumprimento do conceito legal de categoria que pressupõe “a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas”.

Outro ponto que se chama atenção: à primeira vista, os sindicatos, de maneira geral, não representariam, apenas, os empregados regidos pela CLT, sendo que a Constituição Federal ao tratar da representação sindical utiliza o termo “trabalhadores”, pelo que se conclui, incluiria os autônomos nesse termo.

Todavia, no quadro do artigo 577 da CLT, o trabalhador autônomo é categoria econômica,¹⁸ e não profissional. Assim, o sindicato profissional somente representa empregados, cabendo aos sindicatos patronais representar os trabalhadores autônomos.

[...] Com efeito, o Direito do Trabalho elegeu como critério para o enquadramento sindical a atividade preponderante da empresa, exceção feita aos empregados integrantes de categoria econômica diferenciada, que ostentam essa condição por exercerem profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares (art. 511, § 3º, da CLT). Isso significa que o enquadramento sindical se dá pela categoria econômica a que pertence a empresa para a qual trabalha o empregado (artigos 511 e 577 da CLT). Ou seja, o trabalhador integra a categoria profissional correspondente à categoria econômica do seu empregador, de acordo com a atividade preponderante empreendida (§ 1º do artigo 511 e § 2º do artigo 581, ambos da CLT). [...]

¹⁶ SILVA, Homero Batista da. **CLT comentada**. RT: Edição do Kindle, 2016.

¹⁷ SILVA, Homero Batista da. **CLT comentada**. RT: Edição do Kindle, 2016. “[...] No entanto, é muito fácil criar um sindicato à margem do quadro. Basta dizer que aquela ocupação ou aquele feixe de atividades não estava devidamente previsto no quadro, que tende a ser obsoleto. O próprio art. 921 da CLT admite que muitas empresas não encontrarão seu congêneres no quadro. Assim, mal se estuda o art. 577 da CLT na hora de se desmembrar um sindicato atualmente [...]”

¹⁸ Disponível em: http://www2.cml.pr.gov.br/cons/lef/CLT_anexo.htm. Acesso em: 30 jul. 2021.

Quando um profissional autônomo deixa de trabalhar como autônomo poderá ser empregado ou da própria profissão ou em qualquer outra categoria econômica e, nesse caso, passar a ser representado pelo sindicato profissional ligado àquela atividade econômica ou a uma categoria diferenciada. A representação sindical profissional deriva somente do liame empregatício.

A legislação regula de maneira diversa a contribuição sindical do empregado, do autônomo e o da empregadora,¹⁹ demonstrando claramente tratar-se de situações jurídicas diversas.

Assim encontra-se no quadro do artigo 577 da CLT.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO	CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NO COMÉRCIO
3º - GRUPO - AGENTES AUTÔNOMOS DO COMÉRCIO	2º GRUPO - EMPREGADOS DE AGENTES AUTÔNOMOS DO COMÉRCIO
<i>Atividades ou categorias econômicas</i>	<i>Categorias profissionais</i>
Corretores de mercadorias . Corretores de navios Despachantes aduaneiros Despachantes (exceto os despachantes aduaneiros) . Liloeiros . Representantes comerciais . Comissários e consignatários . Agentes da propriedade industrial . Corretores de jóias e pedras preciosas . Corretores de café . Empresas de arrendamento mercantil (leasing) LE . Administradores de consórcios LE .	Empregados de agentes autônomos do comércio
Empresas de assessoramento, perícias, informações e pesquisas .	- Empregados em empresas de assessoramento, perícias, informações e pesquisas
Empresas de processamento de dados LE	- Empregados de empresas de processamento de dados LE
Empresas de segurança e vigilância LE .	- Empregados de empresas de segurança e vigilância LE
Empresas de serviços contábeis LE .	- Empregados de empresas de serviços contábeis LE
Fotógrafos profissionais autônomos (exceto fotógrafos profissionais e repórteres fotógrafos) LE	- Secretárias (diferenciada) LE
Empresas de locação de fitas gravadas em videocassete LE	- Empregados de empresas de locação de fitas gravadas em videocassete LE
Auto e moto escolas LE .	- Empregados de auto e moto escolas (inclusive instrutores) LE

A negociação sindical só ocorreria com sindicatos de empregados desses autônomos para relações trabalhistas, ou seja, o autônomo, “agentes autônomos do comércio”, são categorias econômicas, diga-se patronal.

A negociação de autônomos com uma empresa se limitaria a condições não contratuais empregatícias, mas civis, ainda que relacionadas à prestação de serviços.

¹⁹ Art. 580 - A contribuição sindical será recolhida, de uma só vez, anualmente, e consistirá:

I - na importância correspondente à remuneração de 1 (um) dia de trabalho, para os empregados, qualquer que seja a forma da referida remuneração;

II - para os agentes ou trabalhadores autônomos e para os profissionais liberais, numa importância correspondente a 30% (trinta por cento) do maior valor-de-referência fixado pelo Poder Executivo, vigente à época em que é devida a contribuição sindical, arredondada para Cr\$ 1,00 (um cruzeiro) a fração porventura existente;

III - para os empregadores, numa importância proporcional ao capital social da firma ou empresa, registrado nas respectivas Juntas Comerciais ou órgãos equivalentes, mediante a aplicação de alíquotas, conforme a seguinte Tabela progressiva [...]”

Diante de tais considerações, são apresentadas as dificuldades de se fazer o enquadramento dos novos modelos de negócio e dos novos trabalhadores e qual a solução apontada sem necessidade de alteração imediata da ordem constitucional.

3. Casos práticos e a dificuldade de enquadramento sindical brasileiro

Nahas (2020) define dimensão coletiva²⁰ como formas de organização do trabalho nas empresas, as quais garantem e determinam os contornos dos coletivos de trabalho, base da representação e negociação coletiva. Classifica ainda as organizações de trabalho em três fases: pré-industrial, industrial e digital.

A pré-industrial é organizada pela ação e representação corporativa, em que a negociação coletiva é baseada no preço do produto. Já na organização industrial sua base é a empresa, setor ou atividade e sua produção é em massa. Na organização digital, a economia digital dá o tom, em um mundo em acelerada transformação.

Em estudo realizado pelo Fórum Econômico Mundial,²¹ a quarta revolução industrial, aliada à pandemia da COVID-19, aumentou a necessidade na agilidade, adaptação e transformação. Estima-se que 70% dos novos valores criados serão baseados em plataformas digitais.

As plataformas digitais podem ser definidas como: “uma empresa que viabiliza interações que criam valor entre produtores e consumidores externos. A plataforma oferece uma infraestrutura para tais interações e estabelece condições de funcionamento para elas. O propósito primordial da plataforma é consumir o contato entre usuários e facilitar a troca de bens, serviços, ou ‘moedas sociais’, propiciando assim a criação de valor para todos os participantes” (PARKER *et al.*, 2016).²²

Em conjunto com a valorização do capitalismo consciente e uma maior preocupação com o meio ambiente, as plataformas possibilitaram o aumento exponencial da economia colaborativa, hoje uma tendência mundial dos novos negócios.

A economia colaborativa tem como característica facilitar que qualquer um possa se converter em um pequeno empreendedor para obter certo rendimento com seus bens infra utilizados ou com seu tempo livre. A relação formada é triangular entre

²⁰ Texto extraído da apresentação realizada no Congresso Cielo Laboral de 2020.

²¹ O Fórum Econômico Mundial desenvolveu seus recursos de Inteligência Estratégica para ajudar a compreender as forças complexas que impulsionam a mudança transformacional em economias, setores e questões globais. Acesse: <https://intelligence.weforum.org/> Acesso em: 21 jul. 2021.

²² PARKER, Geoffrey G.; VAN ALSTYNE, Marshall W.; CHOUDARY, Sangeet Paul. **Plataforma a revolução da estratégia**: o que é a plataforma de negócios, como surgiu e como transforma a economia em alta velocidade. Tradução de livro Bruno Alexander e Lizandra M. Almeida. São Paulo: HSM do Brasil, 2016. *Ebook*, posição 290.

o consumidor de bens e serviços, aquele que oferece o bem ou serviço e a plataforma virtual que intermedia com o objetivo de colocar em contato oferta e demanda (SIGNES, 2016).²³

Conforme definição, questiona-se: os negócios desenvolvidos em plataformas digitais são empresas de tecnologia ou são empresas atuantes em seus ramos de atuação?

É possível enquadrar o *Airbnb* como empresa hoteleira sem que possua um único hotel ou como o jornal *The Economist* se pronunciou sobre o *Alibaba*, o maior bazar do mundo sem ter um único item em estoque ou o *Uber* transportar pessoas sem ter um único veículo?

O propósito principal é a consumação desse contato entre usuários, ou seja, o aproveitamento dessa troca, ganhando as plataformas dinheiro no encontro dos usuários, sendo essa sua atividade econômica: a ligação entre oferta e demanda do que quer que seja.

Em consulta ao site da JUCESP - Junta Comercial do Estado de São Paulo, aos objetos sociais das citadas empresas, tem-se o do *Airbnb* com atividades de: pesquisas de mercado e de opinião pública, consultoria em tecnologia da informação, suporte técnico, manutenção e outros serviços em tecnologia da informação, atividades de consultoria em gestão empresarial, exceto consultoria técnica específica, atividades de teleatendimento e outras atividades.

Na *Uber*, consta como objeto social o desenvolvimento e licenciamento de programas de computador customizáveis, suporte técnico, manutenção e outros serviços em tecnologia da informação.

Esses são apenas dois exemplos de empresas que se utilizam da tecnologia para desenvolvimento do seu negócio, mas existem outras tantas que se encontram na mesma situação.

Considerando o estudo do Fórum Econômico Social acima citado, tem-se então que 70% dos novos negócios são sempre enquadrados nos sindicatos de empresas de processamento de dados ou similares?

E os trabalhadores dessa economia? Como definir o liame jurídico que os une a essa forma de atividade empresarial?

São trabalhadores independentes? Se o forem, como visto no item anterior, a representativa sindical é conferida aos trabalhadores, sejam eles autônomos ou empregados. Mas considerando a posição do autônomo, pelo quadro do art. 577 da

²³ TODOLI SIGNES, Adrián. *El trabajo en la era de la economía colaborativa*. Espanha: Tirant Blanch, 2016. p. 77.

CLT, está-se diante de uma categoria econômica. Não é possível fazer convenção coletiva ou acordo entre duas categorias econômicas. A negociação com a empresa se limitaria a condições não contratuais trabalhistas, mas civis.

Reconhece Arouca (2009)²⁴:

A categoria profissional constitui o conjunto de empregados que se ativam numa mesma atividade econômica, ou em atividades assemelhadas, unidos por força do trabalho em comum [...] (A) constituição básica assenta-se normalmente na atividade econômica e excepcionalmente na profissão. g.n.

Veja-se que, ao tratar da autonomia na negociação coletiva, Santos (2018)²⁵ diz:

A origem da autonomia privada coletiva coincide com a das negociações coletivas, das quais é pressuposto básico, e é atribuída à fase na qual o Estado era omissivo diante da questão social, diante da sua política liberalista, com o que surgiu a espontânea necessidade de organização dos trabalhadores em torno dos sindicatos. Com a força da greve, os trabalhadores conseguiram levar seus empregadores a concessões periódicas, [...] g.n.

No âmbito da OIT a negociação coletiva também é definida tendo como uma das partes um empregador ou conjunto de empregadores:²⁶

La negociación colectiva se concibe en los instrumentos de la OIT como la actividad o proceso encaminado a la conclusión de un acuerdo colectivo. El contrato o convenio colectivo se define así en la Recomendación núm. 91, párrafo 2: [...] todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional (OIT, 1985, p. 856).

A Convenção 98 da OIT (GERNIGON, 2000)²⁷, ratificada pelo Brasil, em seu item 4, estabelece:

²⁴ AROUCA, José Carlos. **Curso Básico de Direito Sindical**. 2. ed. SP, Ltr, 2009. fls 102.

²⁵ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Negociação Coletiva de Trabalho**. Forense: Edição do Kindle, 2018. p. 92

²⁶ Disponível em: <https://www.ilo.org/public/spanish/revue/download/pdf/gernigon.pdf>. Acesso em 21 jul. 2021. GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio. Principios de la OIT sobre la negociación colectiva Principios de la OIT sobre la negociación colectiva. **Revista Internacional del Trabajo**, v. 119, n. 1, 2000.

²⁷ Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235188/lang--pt/index.htm. Acesso em: 30 jul. 2021.

Art. 4 — Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais, para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de *negociação voluntária entre empregadores ou organizações* de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego. g.n.

Frise-se que o Brasil não reconhece nenhuma figura híbrida entre o empregado e o autônomo, nem há nenhuma previsão legal de dois sindicatos de categorias econômicas diversas firmando instrumento coletivo de condições de trabalho, ainda que um deles represente autônomos.

Esse abismo de direitos existente entre o empregado e o autônomo ensejou o movimento chamado de “feudalismo digital”, em que cinco sindicatos na Europa e dois na América se uniram contra a atual situação do *crowd working*, modalidade de trabalho liderada por empresas que, segundo representantes dos trabalhadores, se apresentam como plataformas de conectividade, mas escondem relações de dependência trabalhista. Por isso, pedem um novo contrato social para essas plataformas que permita a representação sindical de seus trabalhadores.²⁸

Este pedido foi feito no âmbito do denominado “Documento de Frankfurt sobre o Trabalho em Plataformas”, que analisa os problemas laborais da economia digital, de acordo com os seus estudos.

Por outro lado, surge de maneira totalmente independente das entidades sindicais, uma plataforma de negociação, trata-se da “coworker.org”,²⁹ que se descreve como uma forma de negociação de condições de trabalho entre trabalhadores e empresas, acionada livremente por mero pedido efetuado na plataforma. Novo modelo destacado de qualquer modelo sindical atual.

Essa realidade mostra a necessidade de revisão da representação sindical e sua atuação para adequação aos moldes atuais, mas de maneira segura e não como uma solução paliativa a exemplo de Tribunais brasileiros,³⁰ que aceitam, por

²⁸ CAMÓS, Josep. Siete sindicatos de Europa y America plantan cara a Uber y Amazon por feudalismo digital. Motorpasion, 2017. Disponível em: <https://www.motorpasion.com/industria/siete-sindicatos-de-europa-y-america-plantan-cara-a-uber-y-amazon-por-feudalismo-digital>. Acesso em: 22 jul. 2021.

²⁹ Coworker.org believes in the power of all people to make work more humane, just, and fair. We're developing digital infrastructure for a labor movement of the 21st century — networked, global, and powered by data, technology, and the leadership of workers in every workplace. Coworker.org is a platform for people to run campaigns, share information, and learn from one another. We provide digital tools and strategic support to help workers express their concerns and ideas, connect with each other, gain public attention, and engage with decision-makers for better workplaces.

³⁰ Procedimento de Mediação Pré-Processual nº 1002822-65.2020.5.02.0000, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.

vezes, ao arrepio da lei, a representação de uma entidade sindical em juízo, mesmo quando, na forma legal, não é representativo e, portanto, não seria agente capaz de direitos.

Considerações finais

Diante do conceito legal e os casos práticos expostos, entende-se que a única solução para se realizar um melhor enquadramento sindical seria o reconhecimento da liberdade sindical, alterando o art. 8º da CF com a ratificação da Convenção nº 87 da OIT e a consequente promulgação de lei ordinária consentânea com essa nova moldura normativa, especificadamente para se alterar o enquadramento feito apenas pela atividade econômica e pelo quadro do art. 577 da CLT.

Até que tal alteração ocorra, para solucionar a questão dos autônomos, a fim de que lhes seja garantido o mínimo de direitos, sem que haja um reconhecimento de vínculo, acredita-se que é possível a realização de acordos entre as associações e a empresa tomadora, sem a necessidade de criação de legislação específica.

Nesse caso a representação coletiva será das associações, limitadas a seus associados,³¹ mas não há como limitar-se que as associações sejam em grande número, uma vez que sua criação é livre sem qualquer limitação legal.

Na prática a negociação se desenvolverá como qualquer outro contrato entre pessoas jurídicas, sendo firmado um contrato ao final, que deverá seguir os elementos legais contratuais e do negócio jurídico em geral. Para verificar a legitimidade da associação, esta deverá apresentar suas cópias dos estatutos sociais devidamente registrados no registro civil competente, inscrição no CNPJ, ata de eleição da diretoria da associação e ainda ata de assembleia dos associados autorizando que a associação efetue tal reivindicação.

O objeto da negociação e do contrato a ser firmado obedecerá aos limites contidos em tal assembleia e sua ata. O contrato firmado terá força de título executivo extrajudicial na forma do artigo 784, III do CPC.

Enquanto o legislador não se atentar aos problemas causados por sua inércia, essas são algumas propostas para se resolver um problema que cresce exponencialmente.

Referências

AROUCA, José Carlos. **Curso Básico de Direito Sindical**. 2. ed. São Paulo, Ltr, 2009.

³¹ Com exceção de situações de direito difuso ou coletivo em ações civis públicas.

GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio. Principios de la OIT sobre la negociación colectiva Principios de la OIT sobre la negociación colectiva. **Revista Internacional del Trabajo**, v. 119, n. 1, 2000.

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social**. Forense. Edição do Kindle, 2019.

PARKER, Geoffrey G.; VAN ALSTYNE, Marshall W.; CHOUDARY, Sangeet Paul. **Plataforma a revolução da estratégia**: o que é a plataforma de negócios, como surgiu e como transforma a economia em alta velocidade. Tradução de livro Bruno Alexander e Lizandra M. Almeida. São Paulo: HSM do Brasil, 2016. *Ebook*.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Negociação Coletiva de Trabalho**. Forense: Edição do Kindle, 2018.

SILVA, Homero Batista da. **CLT comentada**. RT: Edição do Kindle, 2016.

TODOLI SIGNES, Adrián. **El trabajo en la era de la economía colaborativa**, Espanha: Tirant Blanch, 2016.

PROTEÇÃO SOCIAL NA PANDEMIA: PROGRAMA EMERGENCIAL PARA MANUTENÇÃO DO EMPREGO E RENDA E AUXÍLIO EMERGENCIAL

Nelson Mannrich¹

Alessandra Barichello Boskovic²

RESUMO: A pandemia do coronavírus provocou dramática crise econômica, social e humanitária em quase todo o mundo. Além das vidas perdidas, milhões de pessoas enfrentaram redução ou perda integral de suas fontes de sustento financeiro, sem falar das empresas que fecharam ou reduziram suas atividades. Por isso, Estados Nacionais viram-se diante de grande desafio: instituir programas emergenciais que respondessem, em maior ou menor grau, à necessidade de amparo de seus cidadãos. Nesse estudo, avalia-se os programas emergenciais instituídos pelo Brasil, Argentina e Chile. Constata-se que os programas apresentam estrutura central semelhante: medidas para promover a manutenção dos postos de trabalho formal e auxílios emergenciais para assegurar renda mínima àqueles que não possuíam emprego formal e não puderam trabalhar durante a pandemia.

SUMMARY: The coronavirus pandemic has caused a dramatic economic, social and humanitarian crisis in almost the world. In addition to the lives lost, millions of people faced reduction or complete loss of their sources of financial support, not to mention companies that closed or reduced their activities. Therefore, National States faced great challenge: to institute emergency programs that would respond, to a greater or lesser extent, to the need for support from their citizens. In this study, the emergency programs established by Brazil, Argentina and Chile are evaluated. It is observed that the programs have a similar central structure: measures to promote the maintenance of formal jobs and emergency

¹ Mestre, Doutor e Livre-Docente em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor Titular de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho na cadeira nº 49. Coordenador do Grupo de Estudos de Direito Contemporâneo do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade de São Paulo. Advogado sócio do escritório Mannrich e Vasconcelos Advogados.

² Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisadora do Grupo de Estudos de Direito Contemporâneo do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade de São Paulo. Advogada sócia do escritório Mannrich e Vasconcelos Advogados.

aid to ensure minimum income to those who did not have formal employment and could not work during the pandemic.

PALAVRAS-CHAVE: Pandemia. Coronavírus. Auxílio emergencial. Direito do Trabalho emergencial.

KEYWORDS: Pandemic. Coronavirus. Emergency aid. Emergency Labor Law.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Programa emergencial para manutenção do emprego e da renda. 2. Auxílio emergencial. 3. Programas emergenciais na Argentina e Chile. Considerações finais. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. Emergency program for the maintenance of employment and income. 2. Emergency assistance. 3. Emergency programs in Argentina and Chile. Final considerations. References

Introdução

A pandemia do coronavírus afetou dramaticamente a vida de bilhões de pessoas ao redor do mundo. Além das milhões de vidas perdidas,³ governos e sociedades precisaram gerenciar crises econômicas, sociais e humanitárias.

As medidas de enfrentamento ao vírus, especialmente o distanciamento social, provocaram fechamento temporário ou definitivo de empresas,⁴ elevando o nível de desocupação e o número de pessoas com dificuldades em prover o sustento próprio e de sua família.

De acordo com relatório elaborado por diversas agências internacionais e divulgado pela Unicef, houve um agravamento significativo da fome mundial em 2020. Mesmo sem um balanço completo do impacto da pandemia, de acordo com o estudo, aproximadamente 10% da população global (cerca de 811 milhões de pessoas) não tiveram acesso regular e permanente à alimentação, em quantidade e qualidade adequadas.⁵

³ De acordo com a Universidade Johns Hopkins, em 22 de julho de 2021, o coronavírus já havia causado a morte de 4.131.143 pessoas em todo o mundo. No Brasil, eram 545.604 mortos. Cf.: JOHNS HOPKINS. **COVID-19 dashboard**. Disponível em: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. Acesso em: 22 jul. 2021.

⁴ No segundo trimestre de 2020, o PIB brasileiro recuou 10,9%. Das empresas que fecharam no Brasil em julho de 2020, 39,4% listaram a pandemia como causa. Cf.: IBGE. **Painel de indicadores: PIB**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/indicadores#desemprego>. Acesso em: 22 jul. 2021. | IBGE. **Pulso empresa**. Disponível em: <https://covid19.ibge.gov.br/pulso-empresa/>. Acesso em: 23 jul. 2021.

⁵ Houve um agravamento significativo da fome mundial em 2020. Em que pese o impacto da pandemia ainda não tenha sido totalmente mapeado, um relatório elaborado por diversas agências e divulgado pela Unicef aponta que aproximadamente 10% da população global (cerca de 811 milhões de pessoas) não tiveram acesso regular e permanente à alimentação, em quantidade e qualidade adequadas. Cf.: UNICEF, et al. **The state of food security and nutrition in the world**. Disponível em: <https://data.unicef.org/resources/sofi-2021/>. Acesso em: 21 jul. 2021.

Diante disso, governos viram-se diante do desafio de instituir programas emergenciais para assegurar à população proteção mínima.⁶ No Brasil, não foi diferente.

Segundo o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), no quarto trimestre de 2019, o índice de desemprego era de 11%; no primeiro trimestre de 2021, esse percentual chegou a 14,7%.⁷ Muitos trabalhadores informais também não puderam exercer suas atividades e, com isso, perderam suas fontes de renda.

Buscando conter os efeitos nefastos da crise sobre a população, dois principais programas emergenciais foram instituídos no Brasil: auxílio emergencial, destinado a trabalhadores informais ou sem trabalho e benefício emergencial para manutenção do emprego e da renda, direcionado aos empregados formais.

Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD COVID19), realizada pelo IBGE, em junho de 2020, cerca de 29,4 milhões de domicílios receberam algum auxílio relacionado à pandemia (seja o auxílio emergencial, seja o benefício emergencial de preservação do emprego e da renda), correspondendo a 43% do total de domicílios (68,3 milhões) no país. Em novembro de 2020, última pesquisa divulgada, eram 41% dos domicílios.⁸

De acordo com o Painel Cidadão do Siga Brasil, ferramenta para acompanhar a execução do orçamento brasileiro, até o dia 19 de julho de 2021, o governo federal havia destinado R\$ 590,13 bilhões para o enfrentamento da pandemia do coronavírus. Desse montante, R\$ 229,91 bilhões (38,96%) serviram para custear o auxílio emergencial em 2020; R\$ 63,04 bilhões (10,68%) foram destinados ao auxílio emergencial residual, também em 2020; R\$ 34,98 bilhões (5,93%) foram pagos em auxílio emergencial no ano de 2021 e R\$ 33,5 bilhões (5,68%) custearam o Benefício Emergencial para Manutenção do Emprego e da Renda (BeM).⁹

No presente artigo, serão analisados os regulamentos desses programas emergenciais, para se entender a política adotada pelo governo brasileiro. Serão, também,

⁶ Em abril de 2020, o Fundo Monetário Internacional (FMI) estimou que as medidas governamentais para mitigar danos econômicos e sociais decorrentes da pandemia custarão aos erários nacionais US\$ 3,3 trilhões apenas em 2020, em desembolsos diretos e reduções de tributos. Cf.: FMI. **Fiscal Monitor – abril 2020**. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/FM/Issues/2020/04/06/fiscal-monitor-april-2020>. Acesso em: 23 jul. 2021.

⁷ IBGE. **Painel de indicadores: desemprego**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/indicadores#desemprego>. Acesso em: 22 jul. 2021.

⁸ IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD Covid 19**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/27947-divulgacao-mensal-pnad-covid2.html?=&t=destaques>. Acesso em: 20 jul.2021.

⁹ SENADO. **Siga Brasil: Painel Cidadão**. Disponível em: <http://www9.senado.gov.br/QvAJAZZfc/ope ndoc.htm?document=senado%2Fsigabrasilpainelcidadao.qvw&host=QVS%40www9&anonymous=true&Sheet=shOrçamentoVisaoGeral>. Acesso em: 20 jul.2021.

apontados os mecanismos adotados pelos nossos vizinhos Argentina e Chile, no intuito de mitigar os efeitos da crise.

1. Programa emergencial para manutenção do emprego e da renda

O Programa Emergencial para manutenção do emprego e renda durante a pandemia foi lançado em 1º de abril de 2020, por meio da Medida Provisória (MP) nº 936, posteriormente convertida na Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020. Sua primeira edição teve validade de 1º de abril de 2020 a 31 de dezembro daquele ano. Em 27 de abril de 2021, com a publicação da MP nº 1045/2021, foi lançada a segunda edição do Programa, com validade de cento e vinte dias.¹⁰

Seus objetivos são primordialmente preservar o emprego e a renda, assegurar a continuidade das atividades laborais e empresariais e reduzir o impacto social decorrente das consequências do estado de calamidade pública e de emergência de saúde pública.

Para tanto, o Programa autorizou empregadores da iniciativa privada¹¹ a reduzir proporcionalmente a jornada de trabalho e salário de seus empregados ou suspender temporariamente seus contratos de trabalho, mediante pagamento de Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, conhecido como BeM, pelo governo federal.

Coube ao Ministério da Economia a coordenação, execução, monitoramento e avaliação do Programa, inclusive mediante edição de normas complementares eventualmente necessárias à sua execução.

O empregador poderá reduzir proporcionalmente a jornada de trabalho e salário de seus empregados ou suspender contratos de trabalho de forma setorial, departamental, parcial ou total os postos de trabalho. A pactuação será por convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho ou acordo individual escrito entre empregador e empregado, conforme o caso.¹²

¹⁰ É possível que esse prazo venha a ser prorrogado, tal como ocorreu em 2020. Mas, até o momento de conclusão do presente texto, isso não havia ocorrido.

¹¹ O Programa não se aplica aos órgãos da administração pública direta e indireta, às empresas públicas e sociedades de economia mista, inclusive às suas subsidiárias, e aos organismos internacionais (conforme dispõem os artigos 3º, parágrafo único, da MP nº 936/20, Lei nº 14.020/20 e MP nº 1045/21).

¹² Em 2020 (Lei nº 14.020/20, art. 12), a pactuação poderia ser acordada individualmente nos seguintes casos: (a) empregados com salário igual ou inferior a R\$ 2.090,00 (dois mil e noventa reais), na hipótese de o empregador ter auferido, no ano-calendário de 2019, receita bruta superior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais); (b) empregados com salário igual ou inferior a R\$ 3.135,00 (três mil, cento e trinta e cinco reais), na hipótese de o empregador ter auferido, no ano-calendário de 2019, receita bruta igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais); (c) empregados portadores de diploma de nível superior e que percebam salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; (d) redução de jornada e salário em 25%; ou (e) quando a redução proporcional de jornada e salário ou suspensão temporária

No caso da redução de jornada e salário, deverá ser preservado o valor do salário-hora de trabalho. O acordo somente poderá ser feito de forma individual com os percentuais de 25%, 50% ou 70%, ao passo que a negociação coletiva poderá estabelecer percentuais diversos.

A suspensão temporária do contrato de trabalho, por sua vez, poderá demandar pagamento de ajuda compensatória mensal ao empregado, a depender da receita bruta auferida pela empresa no ano-calendário de 2019. Empresas com receita bruta superior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais) somente poderão suspender contratos de trabalho mediante pagamento de ajuda compensatória mensal correspondente a 30% do valor do salário do empregado, enquanto perdurar a suspensão contratual.

Nos demais casos de suspensão contratual ou de redução de jornada e salário, a empresa poderá, por liberalidade, pagar ajuda compensatória mensal. Referido pagamento terá natureza indenizatória e seu valor será definido por meio de acordo individual escrito ou mediante negociação coletiva.

Tanto na redução de jornada e salário, quanto na suspensão contratual, o empregado receberá Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda (BeM), custeado pela União Federal. O valor do BeM terá como base de cálculo o valor da parcela do seguro-desemprego a que o empregado teria direito.

Empregados com redução de jornada e salário farão jus ao benefício proporcional à redução, calculado mediante aplicação do respectivo percentual sobre a base de cálculo. Por outro lado, empregados com suspensão temporária do contrato de trabalho receberão BeM no valor mensal de: (a) 100% do valor do seguro-desemprego a que teria direito, se a empresa auferiu receita bruta de até R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais) no ano-calendário de 2019; ou (b) 70% do valor do seguro-desemprego a que teria direito, se no ano-calendário de 2019 a empresa auferiu receita bruta superior àquele montante.

Este benefício independe do cumprimento de qualquer período aquisitivo, tempo de vínculo empregatício ou número de salários recebidos. Como se vê, seu objetivo é viabilizar a manutenção de postos de trabalho, conferindo proteção a trabalhadores

do contrato de trabalho não resultarem diminuição do valor total recebido mensalmente pelo empregado, incluídos neste valor BeM, a ajuda compensatória mensal e, em caso de redução da jornada, o salário pago pelo empregador em razão das horas de trabalho. Em 2021 (MP 1.045/21, art. 12), os requisitos para pactuação individual foram amenizados: (a) empregados com salário igual ou inferior a R\$ 3.300,00 (três mil e trezentos reais); (b) empregados com diploma de nível superior que percebam salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; (c) redução de jornada e salário em 25%; ou (d) quando a redução proporcional de jornada e salário ou suspensão temporária do contrato de trabalho não resultarem diminuição do valor total recebido mensalmente pelo empregado, incluídos neste valor BeM, a ajuda compensatória mensal e, em caso de redução da jornada, o salário pago pelo empregador em razão das horas de trabalho.

com vínculo de emprego formal que tiveram redução ou suspensão de salário, ainda que temporariamente.

Mas trabalhadores autônomos e informais que sofreram drástica redução de rendimentos durante a pandemia também foram beneficiados pelo poder público. Além do BeM, foi instituído também o auxílio emergencial. É o que se passa a analisar.

2. Auxílio emergencial

O auxílio emergencial, também conhecido como *corona voucher*, foi instituído pela Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020, e regulamentado pelo Decreto nº 10.316, de 7 de abril de 2020.

Originariamente, o auxílio consistia no pagamento de três parcelas mensais, no valor fixo de R\$ 600,00 (seiscentos reais) cada, operacionalizado e pago por instituições financeiras públicas federais. O Decreto nº 10.412, de 30 de junho de 2020, prorrogou o auxílio pelo período complementar de dois meses, ainda no valor mensal de R\$ 600,00 (seiscentos reais). Em 02 de setembro do mesmo ano, foi publicada a Medida Provisória nº 1000, que instituiu o auxílio emergencial residual até 31 de dezembro de 2020, pago em até quatro parcelas mensais no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais) cada.

Em 2021, o auxílio emergencial foi novamente estabelecido, pela MP 1.039, de 18 de março. Dessa vez, foram quatro parcelas mensais de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais). Em 5 de julho do mesmo ano, foi publicado o Decreto nº 10.740, que prorrogou o auxílio pelo período complementar de três meses, nos mesmos parâmetros da MP nº 1.039.

Para receber o auxílio emergencial, o trabalhador deve cumprir cumulativamente os seguintes requisitos: ser maior de 18 anos, salvo no caso de mães adolescentes (redação dada pela Lei nº 13.998/2020); não ter emprego formal ativo; não ser titular de benefício previdenciário ou assistencial, do seguro-desemprego ou de programa de transferência de renda federal, ressalvado o Bolsa Família; ter renda familiar mensal *per capita* de até meio salário-mínimo ou renda familiar mensal total de até três salários mínimos;¹³ e não ter recebido, no ano de 2018, rendimentos tributáveis acima de R\$ 28.559,70 (vinte e oito mil, quinhentos e cinquenta e nove reais e setenta centavos).

¹³ Para fins da Lei nº 13.982/20, considera-se renda familiar a “soma dos rendimentos brutos auferidos por todos os membros da unidade nuclear composta por um ou mais indivíduos, eventualmente ampliada por outros indivíduos que contribuam para o rendimento ou que tenham suas despesas atendidas por aquela unidade familiar, todos moradores em um mesmo domicílio” (artigo 2º, §6º). Renda familiar *per capita* é “a razão entre a renda familiar mensal e o total de indivíduos na família” (artigo 2º, §8º).

Ademais, o trabalhador deve exercer atividade na condição de: (a) microempreendedor individual (MEI); (b) contribuinte individual do Regime Geral de Previdência Social; ou (c) trabalhador informal, seja empregado,¹⁴ autônomo ou desempregado, de qualquer natureza, inclusive intermitente inativo, inscrito no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico) até 20 de março de 2020, ou que, nos termos de autodeclaração, tenha renda familiar mensal *per capita* de até meio salário-mínimo ou renda familiar mensal total de até três salários mínimos.

Além disso, a partir de 2021, a MP nº 1039/21 passou a vetar o pagamento do auxílio a pessoas que: (a) tinham, em 31 de dezembro de 2019, posse ou propriedade de bens ou direitos, inclusive terra nua, de valor total superior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais); (b) receberam, no ano de 2019, rendimentos isentos, não tributáveis ou tributados exclusivamente na fonte, superiores a R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais); (c) foram incluídas, no ano de 2019, como dependente de declarante do Imposto sobre a Renda de Pessoa Física, naquele ano, com rendimentos tributáveis acima de R\$ 28.559,70, ou declarado a posse ou a propriedade de bens ou direitos de valor total superior a R\$ 300.000,00, ou, ainda, recebido rendimentos isentos, não tributáveis ou tributados exclusivamente na fonte, superiores a R\$ 40.000,00, na condição de cônjuge, companheiro com o qual o contribuinte tenha filho ou com o qual conviva há mais de cinco anos; ou filho ou enteado com menos de vinte e um anos de idade ou vinte e quatro anos de idade, se matriculado em estabelecimento

¹⁴ Lei nº 13.982/20, art. 2º: “Durante o período de 3 (três) meses, a contar da publicação desta Lei, será concedido auxílio emergencial no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) mensais ao trabalhador que cumpra cumulativamente os seguintes requisitos:

I - seja maior de 18 (dezoito) anos de idade, salvo no caso de mães adolescentes; (Redação dada pela Lei nº 13.998, de 2020)

II - não tenha emprego formal ativo;

III - não seja titular de benefício previdenciário ou assistencial ou beneficiário do seguro-desemprego ou de programa de transferência de renda federal, ressalvado, nos termos dos §§ 1º e 2º, o Bolsa Família;

IV - cuja renda familiar mensal per capita seja de até 1/2 (meio) salário-mínimo ou a renda familiar mensal total seja de até 3 (três) salários mínimos;

V - que, no ano de 2018, não tenha recebido rendimentos tributáveis acima de R\$ 28.559,70 (vinte e oito mil, quinhentos e cinquenta e nove reais e setenta centavos); e

VI - que exerça atividade na condição de:

a) microempreendedor individual (MEI);

b) contribuinte individual do Regime Geral de Previdência Social que contribua na forma do caput ou do inciso I do § 2º do art. 21 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 ; ou

c) trabalhador informal, seja empregado, autônomo ou desempregado, de qualquer natureza, inclusive o intermitente inativo, inscrito no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico) até 20 de março de 2020, ou que, nos termos de autodeclaração, cumpra o requisito do inciso IV.”

de ensino superior ou de ensino técnico de nível médio; (d) estejam presas em regime fechado ou tenham seu número no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF vinculado, como instituidor, à concessão de auxílio-reclusão; (e) possuam indicativo de óbito nas bases de dados do Governo federal ou tenha seu CPF vinculado, como instituidor, à concessão de pensão por morte de qualquer natureza; (f) que recebam o auxílio emergencial de que trata o art. 2º da Lei nº 13.982, de 2020, ou o auxílio emergencial residual de que trata a Medida Provisória nº 1.000, de 2020, cancelado no momento da avaliação da elegibilidade para o Auxílio Emergencial 2021; (g) não tenham movimentado os valores relativos ao auxílio emergencial de que trata o art. 2º da Lei nº 13.982, de 2020; e (h) sejam estagiários, residentes médicos ou residentes multiprofissionais, beneficiários de bolsa de estudo da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), de bolsas do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) ou de outras bolsas de estudo concedidas por órgão público municipal, estadual, distrital ou federal.

Outros aspectos diferenciam o auxílio emergencial pago nos anos de 2020 e 2021. Em 2020, era limitado a dois membros da mesma família (Lei nº 13.982/20, art. 2º, §1º); em 2021, a apenas um (MP nº 1.039, art. 2º).

Outra diferença refere-se ao auxílio pago aos chefes de famílias monoparentais. No programa de 2020, provedor de família monoparental recebia duas cotas do auxílio emergencial, ou seja, R\$ 600,00 + R\$ 600,00 ou R\$ 300,00 + R\$ 300,00, conforme o período (Lei nº 13.982/20, art. 2º, § 3º). Em 2021, provedor de família monoparental receberá, mensalmente, R\$ 375,00 (trezentos e setenta e cinco reais) (MP nº 1039, art. 3º, §1º). A Lei nº 14.171, de 10 de junho de 2021, alterou a redação do artigo 2º, § 3º, da Lei nº 13.982/20, de modo a afastar a vinculação do pagamento diferenciado às chefes de família, do gênero feminino:

Art. 2º, § 3º. A mulher provedora de família monoparental receberá 2 (duas) cotas do auxílio. (redação original)

Art. 2º, § 3º. A pessoa provedora de família monoparental receberá 2 (duas) cotas do auxílio emergencial, independentemente do sexo, observado o disposto nos §§ 3º-A, 3º-B e 3º-C deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 14.171, de 2021)

O auxílio emergencial 2021 também prevê que, na hipótese de família unipessoal, o valor do benefício será de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) mensais.

Em ambos os casos (2020 e 2021), nas situações em que for mais vantajoso, o auxílio emergencial substituirá, temporária e automaticamente, o benefício do Programa Bolsa Família, ainda que haja um único beneficiário no grupo familiar.

3. Programas emergenciais na Argentina e Chile

Assim como o Brasil, outros países também instituíram programas emergenciais para assegurar proteção social mínima à população mais vulnerável, durante a pandemia.

No Chile, por exemplo, o governo instituiu o IFE (Ingresso Familiar de Emergência) em maio de 2020.¹⁵ O programa previu o pagamento de auxílio (acesso a prestações do seguro-desemprego), em três parcelas, para famílias que recebiam renda informal. O valor foi pago de forma regressiva – 100%, 70% e 55% – e de acordo com o número de membros da família.

Também foram elencados como beneficiários do IFE famílias que, cumulativamente: (i) pertenciam a 80% da população mais vulnerável, de acordo com parâmetros socioeconômicos; e (ii) possuíam uma ou mais pessoas com ao menos 70 anos de idade e que também fossem beneficiários da “*pensión básica solidaria de vejez*”.¹⁶

A Lei nº 21.227,¹⁷ publicada em 6 de abril de 2020, autorizou também a suspensão de contratos de trabalho, com cessação do pagamento de remuneração pelo empregador. Contudo, “*el empleador estará obligado a pagar las cotizaciones previsionales y de seguridad social, tanto de su cargo como aquellas del trabajador*” (artigo 3º, da Lei chilena nº 21.227/20).

Além disso, permitiu-se a redução da jornada de trabalho em até 50%, mediante acordo entre as partes (artigo 7º, da Lei chilena nº 21.227/20). Essa redução poderá ter duração de até cinco meses, para contratos por tempo indeterminado, ou de até três meses contínuos, para contratos por prazo determinado (artigo 10, da Lei chilena nº 21.227/20). O empregador pagará ao empregado remuneração proporcional à redução da jornada e o empregado receberá valor complementar de “*su cuenta individual del seguro de cesantía*”. Não havendo saldo, o complemento será pago pelo “*Fondo de Cesantía Solidario*” (artigo 11, da Lei chilena nº 21.227/20)¹⁸.

¹⁵ Chile. **Ingreso de Emergencia**. Disponível em: <https://www.ingresodeemergencia.cl/>. Acesso em: 22 jul. 2021.

¹⁶ Notícia. **Desenhando um programa de proteção social durante a covid-19**. Disponível em: <https://pp.nexojournal.com.br/topico/2021/05/31/Desenhando-um-programa-de-prote%C3%A7%C3%A3o-social-durante-a-covid-19>. Acesso em: 22 jul. 2021.

¹⁷ Chile. **Ley nº 21.227**. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1144080>. Acesso em: 22 jul. 2021.

¹⁸ “Ley 21.227, artículo 11. [...] *Em caso de que la jornada de trabajo se reduzca en un 50%, este complemento ascenderá a un 25% del promedio de la remuneración imponible del trabajador devengada en los últimos tres meses anteriores al inicio del pacto. Si la reducción es inferior al 50%, el complemento se determinará proporcionalmente. Con todo, el complemento tendrá un límite máximo mensual de \$225.000 por cada trabajador afecto a una jornada ordinaria, según lo dispuesto en el in-*

Na Argentina, por sua vez, o Decreto de necessidade e urgência (DNU) nº 329/2020,¹⁹ de 31 de março de 2020, proibiu dispensas sem justa causa e por motivos de falta ou redução de trabalho e força maior, pelo período de 60 dias, contados de sua publicação.²⁰ O prazo dessa proibição foi prorrogado sucessivas vezes, pelos Decretos nº 487/2020,²¹ 624/2020,²² 761/2020,²³ 891/2020²⁴ e 39/2021.²⁵

Além disso, o DNU nº 332/2020,²⁶ publicado em 01 de abril de 2020, criou o Programa de Assistência de Emergência ao Trabalho e Produção para empregadores e trabalhadores afetados pela pandemia. O decreto prevê as seguintes medidas, entre outras (artigo 2º, com redação dada pelo Decreto nº 376/2020): adiamento ou redução de até 95% do pagamento das contribuições patronais ao Sistema Integrado de Seguridade Social argentino; salário suplementar: subsídio pago pelo Estado aos trabalhadores com relação de emprego no setor privado; sistema abrangente de benefícios de desemprego: trabalhadores que atendam aos requisitos das Leis nº 24.013 e 25.371 terão acesso a um benefício econômico para o desemprego.

A Argentina estabeleceu ainda o *ingreso familiar de emergencia* (IFE), destinado a pessoas desocupadas, integrantes da economia informal, entre outras. (Decreto 310/2020)²⁷. Para tanto, devem ser preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: (a) argentino nato ou naturalizado; (b) residente no país por ao menos 2 anos; (c) idade entre 18 e 65 anos; e (d) não perceber – o solicitante ou membro de sua

ciso primero del artículo 22 del Código del Trabajo. Este límite máximo se reducirá proporcionalmente en caso de jornadas inferiores a la antes señalada”.

¹⁹ Argentina. **Decreto nº 329/2020**. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-329-2020-335976/texto>. Acesso em: 22 jul. 2021.

²⁰ “Decreto 329/2020, artículo 2º. *Prohibense los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de SESENTA (60) días contados a partir de la fecha de publicación del presente decreto en el Boletín Oficial*”.

²¹ Argentina. **Decreto nº 487/2020**. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-487-2020-337677/texto>. Acesso em: 22 jul. 2021.

²² Argentina. **Decreto nº 624/2020**. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-624-2020-340412/texto>. Acesso em: 22 jul. 2021.

²³ Argentina. **Decreto nº 761/2020**. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-761-2020-342520/texto>. Acesso em: 22 jul. 2021.

²⁴ Argentina. **Decreto nº 981/2020**. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-891-2020-344228/texto>. Acesso em: 22 jul. 2021.

²⁵ Argentina. **Decreto nº 39/2021**. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-39-2021-346406/texto>. Acesso em: 22 jul. 2021.

²⁶ Argentina. **Decreto nº 332/2020**. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-332-2020-336003/texto>. Acesso em: 22 jul. 2021.

²⁷ Argentina. **Decreto nº 310/2020**. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-310-2020-335820/actualizacion>. Acesso em: 22 jul. 2021.

família – renda por: relação de emprego com setor privado ou público, monotributistas de categoria “C” ou superior, trabalho autônomo, seguro-desemprego, ou aposentadorias e pensões contributivas ou não contributivas, sejam elas nacionais, provinciais ou municipais.

Como se vê, há certa semelhança entre os programas emergenciais instituídos por Brasil, Argentina e Chile. Nos três países, deu-se atenção aos empregados com vínculo de emprego formal, a fim de criar condições que permitissem a continuidade de tais vínculos, mas também adotaram-se medidas de assistência aos trabalhadores informais, criando-se uma espécie de renda mínima temporária para os grupos sociais mais vulneráveis.

Apesar de os valores serem aparentemente baixos, representaram importante fonte emergencial de renda, com forte impacto na economia como um todo.

Considerações finais

A crise econômica, social e humanitária provocada pela pandemia afetou dramaticamente a vida das pessoas em todo o mundo. Milhões experimentaram o luto pela perda de um ente querido, dificuldades financeiras e até mesmo insegurança alimentar.

Na tentativa de assegurar proteção social mínima aos seus cidadãos, e manter a economia funcionando, os Estados Nacionais implementaram programas emergenciais para manutenção de postos de trabalho, instituição de renda mínima e socorro a empresas.

Nesse estudo, foram analisados os programas emergenciais instituídos pelo Brasil diretamente voltados à proteção social: o Programa Emergencial para Manutenção do Emprego e da Renda e o auxílio emergencial. O primeiro, possibilitou que empregadores privados reduzissem jornada e salário ou suspendessem contratos de trabalho, em contrapartida ao pagamento de benefício (BeM), a cargo da União. O segundo, assegurou renda mínima aos trabalhadores informais e pessoas desempregadas.

A partir da avaliação dos programas emergenciais instituídos pela Argentina e Chile, percebe-se que as políticas adotadas são bastante semelhantes, com vistas a promover a manutenção dos postos de trabalho em contrapartida a auxílios emergenciais para garantir renda mínima àqueles que não possuíam emprego formal e não conseguiram outra fonte durante a pandemia.

Referências

ARGENTINA. **Decreto 310/2020**. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-310-2020-335820/actualizacion>. Acesso em: 22 jul. 2021.

ARGENTINA. **Decreto 329/2020**. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-329-2020-335976/texto>. Acesso em: 22 jul. 2021.

ARGENTINA. **Decreto 332/2020**. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-332-2020-336003/texto>. Acesso em: 22 jul. 2021.

ARGENTINA. **Decreto 39/2021**. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-39-2021-346406/texto>. Acesso em: 22 jul. 2021.

ARGENTINA. **Decreto 487/2020**. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-487-2020-337677/texto>. Acesso em: 22 jul. 2021.

ARGENTINA. **Decreto 624/2020**. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-624-2020-340412/texto>. Acesso em: 22 jul. 2021.

ARGENTINA. **Decreto 761/2020**. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-761-2020-342520/texto>. Acesso em: 22 jul. 2021.

ARGENTINA. **Decreto 981/2020**. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-891-2020-344228/texto>. Acesso em: 22 jul. 2021.

CHILE. **Ingreso de Emergencia**. Disponível em: <https://www.ingresodeemergencia.cl/>. Acesso em: 22 jul. 2021.

CHILE. **Ley nº 21.227**. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1144080>. Acesso em: 22 jul. 2021.

DESENHANDO um programa de proteção social durante a covid-19. Nexo, Políticas Públicas, 07 jun. 2021. Disponível em: <https://pp.nexojournal.com.br/topico/2021/05/31/Desenhando-um-programa-de-prote%C3%A7%C3%A3o-social-durante-a-covid-19>. Acesso em: 22 jul. 2021.

FMI. **Fiscal Monitor – abril 2020**. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/FMI/Issues/2020/04/06/fiscal-monitor-april-2020>. Acesso em: 23 jul. 2021.

IBGE. **Painel de indicadores: desemprego**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/indicadores#desemprego>. Acesso em: 22 jul. 2021.

IBGE. **Painel de indicadores: PIB**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/indicadores#desemprego>. Acesso em: 22 jul. 2021.

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD Covid 19**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/27947-divulgacao-mensal-pnadcovid2.html?=&t=destaques>. Acesso em: 20 jul.2021.

IBGE. **Pulso empresa**. Disponível em: <https://covid19.ibge.gov.br/pulso-empresa/>. Acesso em: 23 jul. 2021.

JOHNS HOPKINS. **COVID-19 dashboard**. Disponível em: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. Acesso em: 22 jul. 2021.

SENADO. **Siga Brasil: Painel Cidadão**. Disponível em: <http://www9.senado.gov.br/QvAJAZfc/opendoc.htm?document=senado%2Fsigabrasilpainelcidadao.qvw&host=QVS%40www9&anonymous=true&Sheet=shOrcamentoVisaoGeral>. Acesso em: 20 jul.2021.

UNICEF, *et al.* **The state of food security and nutrition in the world**. Disponível em: <https://data.unicef.org/resources/sofi-2021/>. Acesso em: 21 jul. 2021.

COVID-19 E PROTEÇÃO FACIAL CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA: PFF2 PARA TODOS?

Priscila Maria Ribeiro¹

Guilherme Kirtschig²

RESUMO: O objetivo geral deste artigo consiste em avaliar qual a proteção facial adequada, a ser fornecida aos trabalhadores por parte dos tomadores de sua atividade, no contexto da pandemia de COVID-19, tendo em vista o Direito Fundamental à Redução dos Riscos Inerentes ao Trabalho e o Princípio da Precaução. Como objetivos específicos, busca-se apresentar um panorama das recentes descobertas sobre a transmissão do vírus; examinar brevemente as respostas à pandemia, emergentes no Direito brasileiro, quanto à proteção facial dos trabalhadores; e, finalmente, analisar sua compatibilidade com a Constituição brasileira e propor as pertinentes releituras. Em considerações finais, propõe-se que a proteção constitucionalmente adequada seja o respirador N95 ou PFF2.

ABSTRACT: This paper aims to evaluate which facial protection should be provided to workers, in the context of the COVID-19 pandemic, considering their fundamental right to workplace risk mitigation, as stated by the Brazilian Constitution, and the precautionary principle. As specific objectives, it purports to present a panorama of recent discoveries regarding the virus' transmission; briefly examine Brazilian legal responses to the pandemic, regarding workers' facial protection; and, finally, to analyse their compatibility with the Brazilian

¹ Procuradora do Trabalho lotada na Procuradoria do Trabalho no Município de Joinville – Procuradoria Regional do Trabalho da 12ª Região (SC). Vice-representante regional da Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho. Integrante do Grupo Nacional de Trabalho de Fações de Vestuário do MPT. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera.

² Procurador do Trabalho lotado na Procuradoria Regional do Trabalho da 9ª Região (PR). Vice-coordenador do Grupo Nacional de Trabalho de Nanotecnologia do Ministério Público do Trabalho. Integrante do Grupo Nacional de Estudos de Tecnologia e Diversidade do MPT Ministério Público do Trabalho. Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí e pela Universidad de Alicante. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidad de Castilla-La Mancha.

Constitution and propose their re-examination. In final considerations, it is proposed that N95 or PFF2 respirators are the constitutionally adequate facial protection to be provided.

PALAVRAS-CHAVE: COVID-19. Proteção facial. Direito fundamental à redução dos riscos inerentes ao trabalho. Princípio da precaução. Respirador N95 ou PFF2.

KEYWORDS: COVID-19. Facial protection. Fundamental right to workplace risk mitigation. Precautionary principle. N95 or PFF2 respirators.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A propagação do SARS-CoV-2 por aerossóis. 2. Risco respiratório, distanciamento e proteção facial – o enfrentamento dos fatores de risco da COVID-19 no Direito Brasileiro. 3. A compreensão Constitucionalmente adequada da proteção facial a ser fornecida aos trabalhadores. Considerações finais. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. The spread of SARS-CoV-2 by aerosols. 2. Respiratory risk, distancing and facial protection – coping with the risk factors of COVID-19 in Brazilian law. 3. The Constitutionally adequate understanding of facial protection to be provided to workers. Final considerations. References.

Introdução

Decorrido aproximadamente um ano e meio desde o reconhecimento, pela Organização Mundial da Saúde, da pandemia de COVID-19, muito já se aprendeu acerca de várias questões relacionadas à doença e seu agente etiológico. Uma das mais importantes constatações epidemiológicas diz respeito à transmissibilidade do SARS-CoV-2 por meio de aerossóis.

O presente artigo visa examinar brevemente as descobertas científicas nesse sentido, tomando em conta o atual contexto de crescente liberalização das atividades laborais, com conseqüente aumento na mobilidade e contato social decorrente das relações de trabalho.

Além disso, busca-se analisar as respostas emergentes do Direito Brasileiro, no tocante à proteção dos trabalhadores frente aos fatores de risco da COVID-19, especialmente a proteção facial, à luz dessas informações e, também, frente às exigências que a Constituição Brasileira impõe, no tocante ao resguardo dos obreiros em relação aos riscos inerentes ao trabalho.

Propõe-se, a partir desse conjunto, as necessárias releituras do aparato normativo vigente, de modo a proporcionar uma construção adequada da solução jurídica dos problemas concernentes à proteção facial dos trabalhadores.

1. A propagação do SARS-CoV-2 por aerossóis

Aerossóis infecciosos são partículas contendo patógenos, capazes de permanecer em suspensão no ar; as quais, se forem de dimensão igual ou inferior a 5 micrômetros, podem perdurar indefinidamente nessa condição, até que sejam dispersadas por ventilação ou correntes de ar (FENNELLY, 2020, p. 914).

Já em maio de 2020, BOUROUIBA (p. 1837 e 1838) sugeria que os modelos de transmissibilidade de doenças respiratórias, desenvolvidos nos anos 1930, desconsideravam importantes descobertas relacionadas à emissão de patógenos, por parte de indivíduos infectados, em nuvens turbulentas de gases, contendo partículas de diversas dimensões, com capacidade de transportar os agentes infecciosos por distâncias também diversas, e perdurar suspensas, por tempos variados, nos ambientes. A autora defendia que essas descobertas impactavam significativamente as decisões relativas a medidas de contenção da COVID-19, relacionadas com as restrições de atividades e distanciamento social.

A Organização Mundial de Saúde – OMS (2020-1) reconheceu a transmissão por aerossóis em julho de 2020; utilizando as denominações aerossóis (*aerosols*) ou núcleos de gotículas (*droplet nuclei*) para referir-se a partículas com dimensão inferior a 5 micrômetros, e gotículas (*droplets*) para aquelas com dimensões entre 5 e 10 micrômetros.

Na ocasião, a OMS (2020-1) assentava que esse modo de transmissão ocorria por ocasião dos denominados “procedimentos geradores de aerossóis”, tais como intubação, traqueostomia e ressuscitação cardiopulmonar (KLOMPAS *et al*, 2021, p. 113 e 114).

No entanto, já nesse comunicado inicial, a OMS (2020-1) aludia à existência de artigos científicos indicando a transmissão por aerossóis em situações normais de respiração e fala, bem como detecção de patógenos em amostras de ar colhidas em ambientes nos quais não havia a execução de quaisquer “procedimentos geradores de aerossóis”. Nesse caso, bastaria a concentração e permanência de indivíduos em quaisquer ambientes fechados e com pouca ventilação, para ocorrer a infecção pelos patógenos que estivessem em suspensão nesses locais.

A última atualização disponível das informações gerais da OMS (2021-1) sobre a transmissão do vírus, datada de 30 de abril de 2021, revela o robustecimento das hipóteses nesse sentido mais amplo, e a incorporação dessas constatações ao consenso científico. No informe, a Organização assenta que a transmissão por aerossóis ocorre em ambientes fechados com grande concentração de pessoas, nos quais estas tendem a passar longos períodos de tempo. Como se pode perceber, já não há a

restrição desse modo de transmissão aos ambientes nos quais são executados “procedimentos geradores de aerossóis”.

Também o Centro para Controle de Doenças dos Estados Unidos da América (*Center for Disease Control – CDC*) incorporou as conclusões desses estudos em suas diretivas, ao informar:

[...] People release respiratory fluids during exhalation (e.g., quiet breathing, speaking, singing, exercise, coughing, sneezing) in the form of droplets across a spectrum of sizes.¹⁻⁹ These droplets carry virus and transmit infection.

The largest droplets settle out of the air rapidly, within seconds to minutes.

The smallest very fine droplets, and aerosol particles formed when these fine droplets rapidly dry, are small enough that they can remain suspended in the air for minutes to hours (CDC, 2021).³

Diante da transmissão por aerossóis, a distância mínima de 6 pés (cerca de 1,83m) entre indivíduos, anteriormente recomendada pelo próprio CDC para as gotículas projetadas por uma pessoa não atingissem outras, já não pode ser reputada suficiente para conter a transmissão da doença (CDC, 2021). Os aerossóis permanecem em suspensão durante horas, e deslocam-se muito mais que a distância aludida (PRATHER *et al*, 2020, p. 1422 a 1424).

São intensas as repercussões dessas constatações, no tocante às situações sociais de trabalho.

Enquanto as gotículas têm vida curta, e os “procedimentos geradores de aerossóis” são executados em ambientes laborais restritos, encontrados em serviços de saúde; locais fechados e com grande número de pessoas, nos quais estas permanecem por longos períodos de tempo, são a realidade da quase totalidade dos ambientes de trabalho urbanos no mundo, inclusive no Brasil.

Não obstante essa realidade, o Boletim Epidemiológico da OMS, datado de 13 de julho de 2021 (OMS, 2021-2), indica a intensificação das pressões sofridas pelos governos nacionais para levantamento das Medidas Sociais e de Saúde Pública (*Public*

³ Em tradução livre dos autores:

As pessoas liberam fluidos respiratórios durante a exalação (por exemplo, respiração silenciosa, fala, canto, exercício, tosse e espirro) na forma de gotículas, com dimensões variadas, compreendidas dentro de um espectro. Essas gotículas transportam vírus e transmitem infecções.

As maiores gotículas se precipitam rapidamente para fora do ar, em um lapso de segundos a minutos. As menores e mais finas, e as partículas de aerossóis formadas quando essas gotículas finas rapidamente secam, são suficientemente pequenas para permanecer em suspensão no ar entre minutos e horas.

Health and Social Measures - PHSM) destinadas à contenção do vírus, entre as quais se encontram a imposição de distanciamento social e o controle do fluxo de pessoas, inclusive aquele relacionado com a execução de atividades laborais.⁴

A Organização registra um incremento da mobilidade, das reuniões, dos encontros e das aglomerações em variadas escalas, e registra preocupações com as avaliações impróprias de risco nessas situações, as quais contribuem para a disseminação do vírus e para a emergência de novas variantes, inclusive com possível escape vacinal (OMS, 2021-2).

Considerando-se que as respostas estatais à pandemia, pelo menos no caso de Estados Democráticos de Direito, dependem do enquadramento jurídico das questões envolvidas nos impactos sanitários, sociais, econômicos e éticos da pandemia; considera-se pertinente examinar como o Direito vem reagindo ao quadro multifacetado exposto acima, no qual convivem a crescente consistência científica da hipótese de transmissão do vírus por atos comuns de respiração e fala, e a não menos intensificada liberalização de situações de sociabilização, inclusive para fins de trabalho.

No exame, serão destacadas as situações de trabalho no Direito brasileiro.

2. Risco respiratório, distanciamento e proteção facial – o enfrentamento dos fatores de risco da COVID-19 no Direito Brasileiro

No início da pandemia, as *PHSM* adotadas pelos Estados nacionais chamavam a atenção pelo rigor, impactando fortemente nas relações de trabalho. O confinamento, inclusive de trabalhadores, e o fechamento dos seus locais de atividade, associavam-se à preservação da capacidade de resposta, à pandemia, dos sistemas de saúde dos países atingidos, visando assim evitar que entrassem em colapso (PÉREZ-TAPIAS, 2020).

A retomada das atividades laborais presenciais, no entanto, não demorou a surgir no âmbito de discussões da própria OMS (2020-3), da Organização Internacional do Trabalho – OIT (2020-1 e 2020-2) e da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (2020).

No Brasil, intensas disputas políticas envolveram a adoção das medidas do tipo *PHSM*, “[...] desencontradas e desarticuladas entre o Governo Federal, Distrito Federal, Estados e Municípios [...]” (ZANCO et al, 2020, p. 86 e 87), e cujo exame detalhado o espaço deste artigo não comporta.⁵

⁴ Nesse sentido, vide o documento emitido pela OMS, em 14 de junho de 2020 (OMS, 2020-2).

⁵ Um resumo bastante completo dos desencontros entre os Poderes da República, e das vicissitudes do combate à pandemia no Brasil, em seus momentos iniciais, pode ser encontrado em ZANCO et al, 2020.

De todo modo, foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 6341, a competência concorrente dos Estados e Municípios em relação à União, para adoção de medidas administrativas e legislativas destinadas ao enfrentamento da pandemia (ZANCO *et al*, p. 89 e 90).

Exararam-se, assim, atos estaduais e municipais de distinto teor, mas incluindo, de modo geral, restrições a atividades econômicas – e, via de consequência, laborais – segundo o critério de sua essencialidade, e de acordo com matrizes que estabelecem distintos graus de risco sanitário, conforme o número de casos e ocupação de leitos hospitalares; distanciamento social nos locais cujo funcionamento foi permitido; e exigência de uso de proteção facial (ZANCO *et al*, 2020, p. 88; BORTOLOTTI *et al*, p. 195).

Ao longo da evolução da pandemia, as restrições sofreram constante modulação, observando-se, recentemente, uma tendência mais permissiva, acompanhando o movimento aludido no boletim da OMS, referenciado acima.⁶

Na seara federal, a Lei nº 13.979/2020, de 6 de fevereiro de 2020, contemplava medidas a serem implementadas pelo Poder Público para arrostar a pandemia. O diploma franqueava, às autoridades públicas, a imposição de distintos graus de isolamento social, porém não a exigência de uso obrigatório de proteção facial (BRASIL, 2020-1). Ele sofreu modificação, em junho de 2020, através da Lei nº 14.035/2020 (BRASIL, 2020-2), para incorporar tal possibilidade.

Além dessas diretrizes gerais, o Ministério da Economia e o Ministério da Saúde publicaram, em junho de 2020, a Portaria Conjunta 20/2020, estabelecendo medidas a serem adotadas pelos empregadores para “[...] prevenção, controle e mitigação dos riscos de transmissão da COVID-19 nos ambientes de trabalho” (BRASIL, 2020-3).

⁶ À guisa de exemplo, podem-se comparar os atos exarados no Estado de Santa Catarina, ao longo da pandemia: o Decreto 515/2020, de 17.3.2020, proibiu o exercício de atividades públicas ou privadas não essenciais, e qualificou como essenciais apenas 9 categorias de atividades; o Decreto 525/2020, de 23.3.2020, ampliou as permissões relacionadas a serviços, para incluir agências bancárias e lotéricas, e incluiu as atividades industriais, desde que limitadas a 50% do quantitativo de trabalhadores por turno de trabalho; o Decreto 562/2020, de 17.4.2020, permitiu as atividades industriais sem qualquer restrição, e em qualquer matriz de risco sanitário; e o Decreto 1371/2021 eliminou as restrições de horários para exercício de quaisquer atividades públicas ou privadas, e determinou o restabelecimento das atividades presenciais no âmbito da própria administração pública. Vide: ESTADO DE SANTA CATARINA, 2020-1; ESTADO DE SANTA CATARINA, 2020-2; ESTADO DE SANTA CATARINA, 2020-3 e ESTADO DE SANTA CATARINA, 2021. Cabe observar que cada movimento na direção da liberalização de atividades, evidentemente, implica maior número de trabalhadores em deslocamento, utilização de transporte público, e permanência coletiva por longos, períodos em ambientes de trabalho fechados.

As providências incluem a observância do distanciamento social e da redução de contato entre os trabalhadores, mantendo-se afastamento mínimo de um metro entre eles, ou entre trabalhadores e o público (BRASIL, 2020-3).⁷

A portaria também impôs a revisão das diretrizes de proteção dos trabalhadores em face dos riscos gerados pela COVID-19, inclusive quanto aos Equipamentos de Proteção Individual – EPI (BRASIL, 2020-3)⁸. Ela preconiza a obrigatoriedade de fornecimento e exigência de uso de máscaras de tecido ou cirúrgicas, embora estatua que estas não são consideradas EPI, nos termos da Norma Regulamentadora pertinente (NR 6), e não substituem os Equipamentos de Proteção Respiratória, quando indicado o seu uso (BRASIL, 2020-3)⁹.

A saúde dos trabalhadores também foi objeto da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ao editar a sua Nota Técnica 4.2020 (BRASIL, 2020-4), embora somente daqueles em atividade nos serviços de saúde. Entre as diretrizes a serem observadas por organizações desse jaez, há indicação de distanciamento social mínimo de um metro, além do uso de proteção facial consistente em máscaras cirúrgicas, ou respiradores do tipo N95 ou PFF2 em ambientes nos quais são realizados “procedimentos geradores de aerossóis”¹⁰.

A crescente liberalização do desenvolvimento de atividades econômicas, e conseqüente fluxo e acesso dos obreiros aos ambientes de trabalho, associados à continuidade da pandemia, com elevado número de casos e óbitos, também não passou despercebida pelo Ministério Público do Trabalho.

Entre as medidas propugnadas pelo órgão para promover adequada vigilância epidemiológica e sanitária, evitando a proliferação da COVID-19 nos ambientes de trabalho, encontra-se a incorporação dos mecanismos de rastreamento e diagnóstico da doença, e de prevenção de sua transmissão, nos programas obrigatórios de controle de riscos ambientais e saúde ocupacional implementados pelos empregadores (BRASIL, 2020-5).

Embora essa nota não se refira especificamente à proteção facial ou ao distanciamento entre trabalhadores, ela pressupõe a incorporação do risco biológico COVID-19 às rotinas de prevenção, eliminação e mitigação de riscos já existentes no arcabouço de saúde ocupacional existente no Direito brasileiro, a partir do artigo 200 da Consolidação das Leis do Trabalho, como por exemplo as Normas Regulamentadoras

⁷ Vide item 4 e seus subitens, do Anexo I da Portaria.

⁸ Vide item 7 e seus subitens, do Anexo I da Portaria.

⁹ Vide item 7 e seus subitens, do Anexo I da Portaria. Relativamente à Norma Regulamentadora n. 6, vide BRASIL, 2018-1.

¹⁰ É o que consta, por exemplo, do Quadro I da Nota Técnica. Cf. BRASIL, 2020-4, p. 40 a 48.

6 (relativas aos Equipamentos de Proteção Individual), 7 (relativa ao Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional) e 9 (relativa ao Programa de Prevenção de Riscos Ambientais), este último incluindo medidas coletivas, organizacionais (como a distribuição de postos de trabalho no ambiente) e individuais (como o fornecimento de EPIs) para enfrentamento dos fatores de risco existentes nos ambientes de trabalho (Cf. BRASIL, 1943; BRASIL, 2018-2 e BRASIL, 2020-6).

Conquanto o quadro jurídico exposto permita entrever consonância entre as descobertas científicas relativas à transmissão do SARS-Cov-2 e os fatores de risco para tanto, especialmente as várias formas de contato social; também é possível notar um hiato concernente aos fortes indicativos expostos no item anterior, concernentes à transmissão do vírus através de aerossóis infecciosos.

Primeiramente, porque a distância interpessoal de 1,83m não é suficiente para prevenir a transmissão nessa modalidade, já que, como visto, os aerossóis deslocam-se a distâncias maiores e permanecem por um longo tempo em suspensão no ar. Evidentemente, a separação de apenas 1m é ainda menos adequada.

Além disso, a proteção facial eficaz contra aerossóis infecciosos é de uma modalidade muito específica: os respiradores N95 (na denominação norte americana) ou PFF2 (na denominação brasileira), os quais, ao contrário das máscaras cirúrgicas ou de tecido, são Equipamentos de Proteção Individual nos termos da NR 6.

Observe-se que, segundo a própria Nota Técnica 4 da ANVISA, esses equipamentos apresentam eficácia de 95% na filtração de partículas de até 0,3micrômetros, e, portanto, são capazes de captar os aerossóis infecciosos, com dimensão inferior a 0,5 micrômetros e evitar sua inalação (BRASIL, 2020-4, p. 51). Em outro documento, nesse caso um informativo sobre proteções faciais contra o vírus, a ANVISA assenta que “os respiradores, além de reter gotículas, protegem contra aerossóis contendo vírus, bactérias e fungos, a depender de sua classificação. [...] para proteção contra aerossóis contendo agentes biológicos, o respirador deve ter um filtro com aprovação mínima PFF2/P2 ou N95” (BRASIL, 2020-7).

No mesmo sentido, Nota Informativa expedida pelo Ministério da Saúde, segundo a qual “[...] as máscaras de proteção respiratória (Respirador particulado – N95/PFF2 ou equivalente) são EPI projetados para filtrar pelo menos 95% das partículas de até 0,3 μ que entram em contato com o respirador” (BRASIL, 2020-8).

Desse modo, se, por um lado, as atividades laborativas retomaram ou estão retomando, em grande parte, as suas características habituais, ou seja, grandes fluxos de trabalhadores deslocando-se, por meio do transporte coletivo, para ambientes de trabalho nos quais permanecem por várias horas, junto a um grande número de outras

peças; e, por outro, a pandemia segue seu curso, provocando adoecimentos, internações hospitalares e mortes associados, precisamente, a quadros de contato social como os mencionados; é certo que o agente etiológico da COVID 19 é um fator de risco laboral que deve ser enfrentado com medidas eficazes.

É válido questionar, assim, qual a compreensão constitucionalmente adequada da proteção facial a ser provida ao trabalhador, considerando-se o caráter da proteção jurídica ao Meio Ambiente de Trabalho. Essa discussão será enfocada no próximo tópico.

3. A compreensão constitucionalmente adequada da proteção facial a ser fornecida aos trabalhadores

O Meio Ambiente do Trabalho é o habitat laboral do ser humano, incluindo, em interação sistêmica centralizada no trabalhador, as condições de trabalho, a organização do trabalho, e as relações sociais, culturais e interpessoais desenvolvidas no contexto laborativo, qualquer que seja a natureza do vínculo jurídico mediante o qual a atividade ocorra (PADILHA, 2010, p. 137 a 149; MARANHÃO, 2016, p. 90 a 93).

É ampla a proteção oferecida pelo Ordenamento Jurídico a essa estrutura, tanto que ela chega a ser qualificada, por Ney Maranhão, como um “majestoso estuário” (MARANHÃO, 2016, p. 102).

Destaca-se o disposto no inciso XXII do artigo 7º da Constituição Brasileira, que expressamente dispõe consistir em direito dos trabalhadores a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (BRASIL, 1988).

Segundo Sebastião Geraldo de Oliveira, essa disposição implica o denominado risco mínimo regressivo, ou seja, dever fundamental do tomador de trabalho, de buscar eliminar totalmente os riscos existentes nos respectivos ambientes e, quando isso não seja possível, reduzi-los progressivamente ao mínimo, de acordo com os conhecimentos da época (OLIVEIRA, 2010, p. 124).

Importante ressaltar, ainda, que a proteção ao Meio Ambiente de Trabalho, como a de qualquer outra dimensão desse bem jurídico, norteia-se pelo Princípio da Precaução, o qual igualmente ostenta assento constitucional, decorrendo do *caput* do artigo 225 da Constituição Brasileira, bem como dos incisos V e VII do parágrafo 1º do mesmo artigo (LOPEZ, 2010, p. 229; EBERT, 2015, p. 286)¹¹.

Esse Princípio comanda uma

¹¹ Vide BRASIL, 1988.

[...] abordagem cautelosa de fatores de Risco, potencialmente transformáveis em Danos sérios e irreversíveis a Bens Jurídicos de elevada importância, e em relação aos quais haja incerteza científica; de modo a antecipar e gerir os Riscos de tais Danos, e solucionar os dissensos quanto à tolerabilidade deles, orientando decisões a esse respeito (KIRTSCHIG, 2021, p. XXII).

A combinação desses princípios permite vislumbrar a emergência da Responsabilidade Civil do tomador do trabalho, em sua modalidade preventiva; ou seja, voltada à imposição de medidas destinadas a afastar riscos injustos nos ambientes de trabalho, assim entendidos aqueles intoleráveis, face à probabilidade de sua transformação em danos, e à irreversibilidade de suas potenciais consequências (KIRTSCHIG, 2021; CARVALHO, 2013, p. 100, 187 e 198 a 232).

Não bastasse a proteção do Meio Ambiente, o Princípio da Precaução é de fundamental importância como critério balizador de decisões e organizador da atuação do Direito em casos de desastres, em todo o ciclo destes, desde a resposta emergencial, passando pela mitigação dos danos associados ao evento, até a prevenção de novos danos (CARVALHO, 2015, p. 102 a 114). A pandemia configura um desastre, atraindo a aplicação deste princípio para a construção de respostas juridicamente adequadas a ela (CARVALHO, 2020, p. 12 a 22).

Acrescente-se que, para além de uma certa objetivação proporcionada pela tradição jurídica, expressa nos conceitos acima, o sentido das disposições jusfundamentais, ora evocadas, carece de construção diante da necessidade de solução de problemas concretos, sem jamais desconsiderar sua inserção no mundo prático, histórico, vinculado às “coisas mesmas”, e não a abstrações (STRECK, 2011). Como aponta Lênio Streck, o “ser” do Direito é o “ser no mundo” (*Dasein*), e sua compreensão não parte do nada, mas de uma pré-compreensão emergente da intersubjetividade (STRECK, 2011).

Mutatis mutandis, noção similar pode ser atribuída a Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, 2015, p. 138 a 139), o qual reconhece a existência de uma dimensão performativa do fenômeno jurídico, denominada Direito vivente, em cujo âmbito os operadores jurídicos lançam mão da argumentação para motivar, externar e comunicar suas interpretações das prescrições validamente produzidas pelas autoridades competentes, atribuindo-lhes significados normativos.

Ora, o Direito é, vive e está no mundo pandêmico. Toda construção de sentido do Direito Fundamental à Redução dos Riscos Inerentes ao Trabalho e ao Princípio da Precaução deve considerar esse horizonte histórico.

Mais ainda: o “ser no mundo” do Direito abre as portas para a interdisciplinaridade (STRECK, 2011, p. 319) e para o pluralismo, habilitando-o a acomodar as

informações providas das mais distintas origens, em busca de efetividade (ZANON, 2019, p. 180-181; CARVALHO, 2013, p. 232 e 239).

O risco mínimo regressivo e o Princípio da Precaução são inerentemente receptivos ao conhecimento interdisciplinar e à sua historicidade, demandando “[...] assimilar irritações vindas do exterior do Sistema Jurídico, e convocá-las em instrumentos de estabilização de expectativas e redução de complexidades, antecipando o futuro com base numa descrição adequada do presente” (CABRAL, 2014, p. 170-171).

A dinamicidade do mundo da vida impõe lançar mão de informações produzidas em instâncias que apresentam uma sintonia mais intensa com os desenvolvimentos técnicos e científicos, a literatura e as pesquisas de ponta, tais como organismos internacionais voltados à saúde ocupacional e a academia; as quais são mais aptas a prover conhecimento para um manejo efetivo do Direito, orientado pelo Princípio da Precaução, diante de fatos laborais marcados pela incerteza (GOES *et al*, 2015, p. 172-204).

Observe-se que o Princípio da Precaução não apresenta caráter estático, limitando-se a apontar uma atitude cautelosa diante de incertezas relacionadas a um determinado fator de risco. Ao contrário, o Princípio impõe uma atitude dinâmica e ativa, de envidar esforços para ampliar e atualizar os conhecimentos que tenha acerca do risco, tanto no tocante aos seus potenciais efeitos adversos, quanto às probabilidades de que venham a concretizar-se, quanto ainda ao seu enfrentamento eficaz (CARVALHO, 2015, p. 102-114; EBERT, 2015, p. 287-288; TRONCOSO, p. 210 e 218; STEBBING, 2009, p. 42). E, quanto mais graves ou prováveis sejam as potenciais consequências danosas de um determinado fator de risco, mais afastada fica a certeza científica necessária a legitimar a intervenção, que passa a sustentar-se pela mera plausibilidade da conversão do risco em dano (FERREIRA, 2014, p. 189-190).

O problema concreto que existe, e foi suscitado ao final do item anterior, é aquele concernente à proteção facial do trabalhador, que pode ser exigida do tomador do trabalho pelos próprios obreiros, suas entidades representativas e pelo Poder Público, considerando-se os ditames constitucionais concernentes ao Meio Ambiente do Trabalho.

A resposta correta só pode ser o respirador PFF2 ou N95, considerada a compreensão do Direito Fundamental à Redução dos Riscos Inerentes ao Trabalho, com a busca do risco mínimo regressivo que lhe é inerente, e o Princípio da Precaução, informados pelos conhecimentos científicos que compõem o seu “ser-no-mundo”, incluindo aqueles concernentes à transmissão do SARS-Cov-2 por aerossóis.

Também compõe o seu “ser-no-mundo” o contexto histórico de liberalização das atividades laborais em geral, mesmo com a pandemia em curso, prejudicando o

distanciamento social e incorporando o risco biológico COVID 19 a todos os ambientes nos quais haja contato social e permanência de obreiros em ambientes fechados, por longos períodos de tempo. Sem medidas organizacionais como o afastamento social (e esse, claro, não limitado a 2m e, menos ainda, 1m), a única proteção é o EPI, e somente os respiradores PFF2 enquadram-se nessa categoria. Só assim haverá a mitigação do desastre e a prevenção de novos danos a ele relacionados.

Considerações Finais

Considerando-se todo o exposto, é possível afirmar, conclusivamente, que o arcabouço de textos normativos evocado no item 2 deve sofrer releitura, para que toda menção à proteção facial a trabalhadores, nele constante, seja compreendida como exigência de fornecimento de respiradores PFF2 ou N95. Do contrário, haverá violação constitucional, especialmente em sua vertente de proibição de insuficiência (*Untermassverbot*).

Referências

BORTOLOTTI, Guilherme Bettiato; GIACOMET, Natasha; CALGARO, Cleide. Aplicação do fato do príncipe nas relações trabalhistas em razão do estado de calamidade pública gerada pela pandemia do Covid-19. In PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; CALGARO, Cleide; ROCHA, Leonel Severo (orgs). **COVID-19: Democracia e Poder**. Itajaí: UNIVALI, 2020, p. 193 a 207.

BOUROUIBA, Lyda. Turbulent Gas Clouds and Respiratory Pathogen Emissions Potential Implications for Reducing Transmission of COVID-19. **Journal of American Medicine – JAMA** (Chicago), v. 323, n. 18, p. 1837 e 1838, mai. 2020. Disponível em: <https://jamanetwork.com/journals/jama/fullarticle/2763852>. Acesso em 21.jul. 2021.

BRASIL, MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Nota Técnica 20-GT COVID**. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica-20-gt-covid-19-mpt-revisao-11-12-2020-5.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA. **Covid-19: tudo sobre máscaras faciais de proteção (2020)**. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2020/covid-19-tudo-sobre-mascaras-faciais-de-protecao>. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA. **Nota Técnica GVIMS- GGES-ANVISA 4 (2020)**. Disponível em: https://www.gov.br/anvisa/pt-br/centraisdeconteudo/publicacoes/servicosdesaude/notas-tecnicas/nota-tecnica-gvims_gges_anvisa-04_2020-25-02-para-o-site.pdf. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal** 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5452, 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.** Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.035, de 11 de agosto de 2020.** Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para a aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14035.htm. Acesso em: 21.jul.2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. SECRETARIA DE PREVIDÊNCIA E TRABALHO. **NR 6** - equipamento de proteção individual – EPI (2018). Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho/pt-br/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/normas-regulamentadoras/nr-06.pdf/view>. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. SECRETARIA DE PREVIDÊNCIA E TRABALHO. **NR 7** - programa de controle médico de saúde ocupacional (2018). Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho/pt-br/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/normas-regulamentadoras/nr-07.pdf/view>. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. SECRETARIA DE PREVIDÊNCIA E TRABALHO. **Norma Regulamentadora nº 09** (2020). Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho/pt-br/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/ctpp-nrs/norma-regulamentadora-no-9-nr-9>. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Portaria Conjunta 20** (2020). Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-conjunta-n-20-de-18-de-junho-de-2020-262408085>. Acesso em 21 jul. 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Orientações sobre o uso de máscaras de proteção respiratória (respirador particulado – n95/pff2 ou equivalente) frente à atual situação epidemiológica referente à infecção pelo sars-cov-2 (COVID-19).** (2020) Disponível em: <https://portalquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/Abril/07/Nota-Informativa-uso-de-mascara.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2021.

CABRAL, Ângelo Antônio. **Sociedade de Risco e Direito Ambiental do Trabalho.** 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-10122014-163228/publico/Cabral_A_A_Completa_Sociedade_do_Risco.pdf. Acesso em: 21 jul. 2021.

CARVALHO, Délton Winter de. **A natureza jurídica da pandemia COVID 19.** In: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; CALGARO, Cleide; ROCHA, Leonel Severo (orgs). COVID-19: Democracia e Poder. Itajaí: UNIVALI, 2020. p. 12 a 22.

CARVALHO, Déltton Winter de. **Dano Ambiental Futuro. A responsabilização civil pelo risco ambiental.** 2 ed. rev. atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CARVALHO, Déltton Winter de. **Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica.** São Paulo: RT, 2015.

CENTER FOR DISEASE CONTROL – CDC. **Scientific Brief: SARS-CoV-2 Transmission (2021).** Disponível em: <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/science/science-briefs/sars-cov-2-transmission.html>. Acesso em: 21 jul. 2021.

EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. O Princípio da Precaução no Meio Ambiente do Trabalho: como lidar com os novos riscos labor-ambientais. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães *et al* (coords). **Direito Ambiental do Trabalho.** Apontamentos para uma teoria geral. v. 5. São Paulo: LTr, 2020, p. 281 a 299.

ESTADO DE SANTA CATARINA. **Decreto 1371 (2021).** Disponível em https://www.saude.sc.gov.br/coronavirus/arquivos/DEC_562_COMPILADO.pdf Acesso em : 21 jul. 2021.

ESTADO DE SANTA CATARINA. **Decreto 515 (2020).** Disponível em: https://www.saude.sc.gov.br/coronavirus/arquivos/DEC_515_COMPILADO.pdf. Acesso em: 21 jul. 2021.

ESTADO DE SANTA CATARINA. **Decreto 525 (2020).** Disponível em: https://www.saude.sc.gov.br/coronavirus/arquivos/DEC_525_COMPILADO.pdf. Acesso em: : 21 jul. 2021.

ESTADO DE SANTA CATARINA. **Decreto 562 (2020).** Disponível em https://www.saude.sc.gov.br/coronavirus/arquivos/DEC_562_COMPILADO.pdf Acesso em : 21 jul. 2021.

FENNELLY, Kevin P. Particle sizes of infectious aerosols: implications for infection control. **The Lancet Respiratory Medicine** (Londres), 2020:8, p. 914 a 924, jul. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos.** O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexander Araújo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade Civil Preventiva. Função, Pressupostos e Aplicabilidade.** 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-27102016-092601/pt-br.php>. Acesso em: 21 jul. 2021.

GÓES, Maurício de Carvalho; ENGELMANN, Wilson. **Direito das nanotecnologias e o meio ambiente do trabalho.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

KIRTSCHIG, Guilherme. **Responsabilidade Civil Preventiva e Meio Ambiente do Trabalho.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

KLOMPAS, Michael; BAKER, Meghan; RHEE, Chanu. What Is an Aerosol-Generating Procedure? **JAMA Surgery** (Chicago), v. 156, n. 2, p. 113 e 114, fev. 2021. Disponível em: <https://jamanetwork.com/journals/jamasurgery/fullarticle/2774161>. Acesso em: 21 jul. 2021.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da Precaução e evolução da responsabilidade civil.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MARANHÃO, Ney. Meio ambiente do trabalho. Descrição jurídico-conceitual. **Revista Direitos, trabalho e política social** (Cuiabá), v. 2, n. 3, jul-dez.2016, p. 80 a 117.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **COVID-19 causes unprecedented jobs crisis, almost all workers and businesses affected by lockdown measures** (2020). Disponível em https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_748441/lang-pt/index.htmAcesso em 21.jul.2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **É necessário garantir a proteção dos trabalhadores agora e após o fim do confinamento** (2020). Disponível em https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_743059/lang-pt/index.htmAcesso em 21.jul.2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Considerations for implementing and adjusting public health and social measures in the context of COVID-19**. Interim Guidance (2020). Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/considerations-in-adjusting-public-health-and-social-measures-in-the-context-of-covid-19-interim-guidance>. Acesso em: 21 jul. 2021..

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Coronavirus disease** (COVID-19): How is it transmitted? (2021). Disponível em: <https://www.who.int/news-room/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19-how-is-it-transmitted>. Acesso em: 21 jul. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Getting workplace ready for covid 19** (2020). Disponível em: <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/getting-workplace-ready-for-covid-19.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Weekly Epidemiological Update on Covid-19-13-july-2021** (2021). Disponível em: <https://www.who.int/publications/m/item/weekly-epidemiological-update-on-covid-19---13-july-2021>. Acesso em: 21 jul. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Transmission of SARS-CoV-2: implications for infection prevention precautions**. Scientific Brief. (2020). Disponível em: <https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/transmission-of-sars-cov-2-implications-for-infection-prevention-precautions>. Acesso em: 21 jul. 2021.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Apoio às pessoas e empresas para lidar com o vírus COVID-19: opções de respostas imediatas para emprego e as políticas sociais** (2020). Disponível em: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/apoio-as-pessoas-e-empresas-para-lidar-com-o-virus-covid-19-opcoes-de-respostas-imediatas-para-o-emprego-e-as-politicas-sociais-3771a5e3/>. Acesso em: 21 jul. 2021.

PADILHA, Norma Sueli. Meio ambiente do trabalho: o espaço de diálogo interdisciplinar entre o direito do trabalho e o direito ambiental. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região** (Campinas), n. 36, 2010, p. 135 a 163.

PÉREZ-TAPIAS, José Antonio. **Entre o Risco e o medo, a Biopolítica em Alta** (2020). Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597147-entre-o-risco-e-o-medo-a-biopolitica-em-alta>. Acesso em: 21 jul. 2021.

PRATHER, Kimberly; WANG, Chia C.; SCHOOLEY, Robert T. Reducing transmission of SARS-CoV-2. **Science** (Nova Iorque). v. 368, n. 6498, p. 1422 a 1424, jun. 2020. Disponível em: <https://science.sciencemag.org/content/368/6498/1422>. Acesso em: 21 jul. 2021.

STEBBING, Margaret. Avoiding the trust deficit: public engagement, values, the precautionary principle and the future of nanotechnology. **Bioethical Inquiry** (Sydney), v. 6, n. 1, mar. 2009. p. 37 a 48. Disponível em: http://www.academia.edu/attachments/48727676/download_file?st=MTU0MjExMzU0MSwyMDAuMTQyLjMuMjQ1&s=swp-splash-paper-cover. Acesso em: 21 jul. 2021.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TRONCOSO, María Isabel. El principio de precaución y la responsabilidad civil. **Revista de Derecho Privado** (Bogotá), n. 18, 2010, p. 205 a 220.

ZANCO, Andressa; MELLO, Nilvânia Aparecida de; PEREIRA, Reginaldo. E não é que nosso truncado regime de competências - ao menos, por enquanto - nos livrou do pior? Apontamentos sobre a ausência de coordenação federal e os reflexos nas atividades legislativas dos estados e municípios em tempos de sars-cov-2 e covid-19. In PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; CALGARO, Cleide; ROCHA, Leonel Severo (orgs). **COVID-19: Democracia e Poder**. Itajaí: UNIVALI, 2020. p. 77 a 92.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

DISPENSA EM MASSA E A OBRIGATORIEDADE DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Priscilla Caldeira Carbone¹

Isabella Alelaf de Alencar Fraia²

Fernanda Oliveira Pena Moraes³

RESUMO: O presente artigo tem o objetivo de apresentar as linhas argumentativas envolvendo a demissão em massa de empregados e a necessidade de negociação coletiva. O trabalho irá demonstrar a alteração legislativa ocorrida por meio da reforma trabalhista e a evolução jurisprudencial do tema, em vias de ser consolidada por meio de julgamento com repercussão geral da matéria, no Supremo Tribunal Federal (STF).

ABSTRACT: This article aims to present argumentative lines involving the mass dismissal of employees and the need for collective bargaining. The assignment will demonstrate the legislative change on the subject with the labor reform and the evolution of case law, in the process of being consolidated with the general repercussion of the matter in the Federal Supreme Court (STF).

PALAVRAS-CHAVE: Demissão em massa. Negociação coletiva. Artigo 477-A. Reforma trabalhista. Tema 638. STF. Participação sindical. Constitucionalidade. Inconstitucionalidade. Dignidade da pessoa humana. Função social.

KEYWORDS: Mass dismissal. Collective bargaining. Article 477-A. Labor reform. Subject 638. STF. Union participation. Constitutionality. Unconstitutionality. Dignity of human person. Social function.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Aspectos legislativos e jurisprudenciais: 1.1. Cenário anterior à reforma trabalhista; 1.2. Cenário posterior à reforma trabalhista. 2. Tema 638 de repercussão geral no STF: 2.1. Atual cenário do tema 638 no

¹ Advogada e sócia da área trabalhista no escritório Madrona advogados. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Fundação Getúlio Vargas. Especialização em Direito Processual Civil.

² Advogada da área trabalhista no escritório Madrona advogados. Formada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho.

³ Advogada da área trabalhista no escritório Madrona advogados. Formada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho.

STF; 2.2. Linha de pensamento dos ministros pendentes de voto. Conclusão. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. Legislative and jurisprudential aspects: 1.1. Scenario prior to labor reform; 1.2. Scenario after labor reform. 2. Theme 638 of general repercussion in the Supreme Court: 2.1. Current scenario of the theme 638 in the Supreme Court; 2.2. Line of thought of ministers pending to vote. Conclusion. References.

Introdução

A discussão envolvendo a demissão em massa de trabalhadores ganhou expressividade com a publicação da Lei nº 13.467/17 (reforma trabalhista), em 13 de julho de 2017, e sua posterior entrada em vigor, em 11/11/2017. Em que pese a discussão sobre o assunto não ter surgido com a reforma trabalhista, o tema não era regulamentado, de modo que o entendimento era pautado unicamente pelo posicionamento majoritário da jurisprudência. A reforma trabalhista, no entanto, trouxe a inclusão do artigo 477-A na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), com previsão expressa da matéria, evidenciando a possibilidade de alteração dos precedentes.

Essa possibilidade, porém, não é nítida e de aplicabilidade imediata. Isso porque a demissão em massa envolve aspectos constitucionais e ordinários, que fazem com que os julgadores da justiça do trabalho tenham entendimentos diversos sobre o tema.

Por um lado, a Constituição Federal da República de 1988 (CF/88) prevê o trabalho como um direito fundamental e reconhece as convenções e acordos coletivos como direitos do trabalhador, que visam a melhoria da sua condição social.

Por outro lado, a reforma trabalhista equiparou, para todos os fins, as dispensas imotivadas individuais, plúrimas e coletivas, afastando a necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.

Dessa forma, a existência de repercussão geral no STF sobre a necessidade de negociação coletiva nos casos envolvendo a matéria é justificada pelo histórico dicotômico existente.

1. Aspectos legislativos e jurisprudenciais

1.1. Cenário anterior à reforma trabalhista

A CLT, antes da reforma trabalhista de 2017, era omissa quanto à necessidade de procedimentos ou formalidades específicas, prévios às demissões em massa. O

texto era expresso tão somente quanto às formas de extinção do contrato individual de trabalho. A matéria, no entanto, sempre foi de suma importância, principalmente considerando o histórico brasileiro de crises econômicas e políticas, com efeitos diretos nas relações empregatícias.

A fim de sanar a omissão legislativa, a jurisprudência teve que uniformizar o entendimento da matéria, embasada em aspectos constitucionais e principiológicos. Assim, para se compreender o entendimento majoritário da época, é necessário realizar considerações sobre argumentos utilizados pela justiça do trabalho, tendo como base a decisão emblemática do processo nº 0030900-12.2009.5.15.0000.

Em síntese, trata-se de um dissídio coletivo, ajuizado pelo Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região (“Sindicato dos Metalúrgicos”), em face da Empresa Brasileira de Aeronáutica (“Embraer”), pleiteando a suspensão das demissões em massa ocorridas e suas nulidades, decorrente da não negociação prévia com a entidade sindical.

Como será abordado no tópico 3 (três) deste artigo, referida decisão ainda poderá ser revertida. No entanto, para fins de entendimento jurisprudencial da época, os argumentos utilizados pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) serão analisados a seguir.

Após a interposição de recurso ordinário face a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (“TRT 15”), os Ministros do TST proferiram a decisão, cuja ementa encontra-se abaixo:

RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. DISPENSAS TRABALHISTAS COLETIVAS. MATÉRIA DE DIREITO COLETIVO. IMPERATIVA INTERVENIÊNCIA SINDICAL. RESTRIÇÕES JURÍDICAS ÀS DISPENSAS COLETIVAS. ORDEM CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA EXISTENTE DESDE 1988. A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. A lógica de funcionamento do sistema econômico-social induz a concentração e centralização não apenas de riquezas, mas também de comunidades, dinâmicas socioeconômicas e de problemas destas resultantes. A massificação das dinâmicas e dos problemas das pessoas e grupos sociais nas comunidades humanas, hoje, impacta de modo frontal a estrutura e o funcionamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes pretensões jurídicas têm natureza massiva. O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista

de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas a que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos de uma sociedade contemporânea – sem prejuízo da preservação da matriz individualista, apta a tratar os danos e pretensões de natureza estritamente atomizada – é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é sob esse aspecto que a questão aqui proposta será analisada. As dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora, somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado hobbesiano na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional como a de 1891, já há mais um século superada no país. Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a direitos humanos e, por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inevitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontestável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresa, cidade e toda uma importante região. Em consequência, fica fixada, por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”. DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS. EFEITOS JURÍDICOS. A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por se tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1o, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1o, IV, 6o e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5o, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8o, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas

massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A d. Maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, para casos futuros, de que “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”, observados os fundamentos supra. Recurso ordinário a que se dá provimento parcial.⁴

Da leitura da ementa e da íntegra do acórdão, tem-se que a linha argumentativa dos Ministros se pautou nos seguintes aspectos: massificação de danos e necessidade de adequação jurídica na sociedade contemporânea; Estado Democrático de Direito como regulamentador social, que preza pelo bem-estar social e dignidade da pessoa humana; proibição pela ordem constitucional, infraconstitucional e diplomas internacionais ratificados, da dispensa em massa potestativa; e princípios constitucionais da valorização do emprego, função social da propriedade e a intervenção sindical nas demandas coletivas do trabalho.

Como corolário dessa linha argumentativa, fixou-se a tese que “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”. Essa decisão tornou-se um precedente do TST e antecipou o modo pelo qual diversos casos seriam julgados.

Ocorre que, tanto o Sindicato dos Metalúrgicos, quanto a Embraer interpuseram recurso extraordinário da decisão. Embora o recurso extraordinário da entidade não tenha sido admitido, o da Companhia logrou êxito na admissibilidade. Sob a fundamentação a seguir, pleitearam o reconhecimento de repercussão geral considerando a relevância do tema para casos semelhantes:

[...] o Tribunal de origem, ao estabelecer como condição para a dispensa em massa de empregados a negociação coletiva prévia, estaria atribuindo ao poder normativo da Justiça do Trabalho tarefa que o Texto de 1988 reserva a lei complementar, invadindo a esfera de competência do Poder Legislativo.⁵

Assim, no âmbito do STF e não mais no TST, o Ministro relator Marco Aurélio reconheceu a repercussão geral da matéria, diante da possibilidade de repetição da demanda. Frisa-se que este reconhecimento ocorreu em período anterior à reforma trabalhista, o que demonstra a relevância do tema antes mesmo da alteração legislativa.

⁴ Processo nº 0030900-12.2009.5.15.0000. DEJT: 03/09/2009. TST. Ministro Relator: Maurício Godinho Delgado.

⁵ RE 999435. DJE: 02/05/2013. STF. Ministro Relator: Marco Aurélio.

Nesse sentido, o período anterior à reforma trabalhista foi ditado por 3 (três) momentos: (i) o primeiro, envolvendo discussões sobre o tema e ausência de entendimento majoritário; (ii) pacificação do entendimento jurisprudencial acerca da necessidade de negociação coletiva prévia; e (iii) a suspensão de todos os processos envolvendo demissão em massa até julgamento da supracitada ação pelo STF, em sede de repercussão geral.

Os primeiros votos envolvendo o tema, contudo, foram proferidos após a publicação da reforma trabalhista, motivo pela qual, expõe-se abaixo o novo cenário argumentativo e legal envolvendo demissões em massa.

1.2. Cenário posterior à reforma trabalhista

De início, importante mencionar que os argumentos apontados pelos julgadores anteriormente à reforma trabalhista não deixaram de existir. Os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito e a adequação jurídica envolvendo questões massificadas ainda permeiam o judiciário brasileiro e, por isso, a questão manteve-se controversa.

A reforma trabalhista, no entanto, introduziu à CLT o artigo 477-A, *in verbis*:

Art. 477-A. As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.⁶

Da leitura do texto legal, tem-se que as dispensas imotivadas coletivas foram equiparadas às individuais, não havendo que se falar em autorização prévia de entidade sindical para sua efetivação. Assim como realizado no tópico acima, para se entender a linha argumentativa após a reforma trabalhista, será utilizado como base as decisões já proferidas na repercussão geral reconhecida no recurso extraordinário nº 999435.

A primeira e principal decisão no recurso extraordinário a favor da Embraer foi proferida pelo Ministro relator Marco Aurélio, a qual foi acompanhada pelos ministros Nunes Marques e Alexandre de Moraes.

No voto⁷ o Ministro faz considerações sobre previsões constitucionais envolvendo a dispensa arbitrária de empregados. De pronto, destaca como o artigo 7º da CF/88, que

⁶ Lei nº 13.467/2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2017].

⁷ RE 999435. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio em 19/05/2021.

veda expressamente a despedida arbitrária sem justa causa, carece de lei complementar para ser aplicado nas relações trabalhistas. Em seguida, constrói um pensamento sobre o artigo 10º do ato das disposições constitucionais transitórias (“ADCT”) proteger a relação de emprego contra a dispensa arbitrária em situações específicas.

A principal conclusão do voto é fundamentada no fato de que a única forma de se corrigir desigualdades se dá por meio de força legal. Com esse pressuposto, o Ministro é categórico ao evidenciar a necessidade da idealização da solução mais justa, com apoio indispensável do direito positivado.

Aqui, observa-se como o uso de princípios constitucionais, fundamentais na decisão do TST, é novamente utilizado, mas para fundamentar decisão em sentido contrário, de considerar a negociação coletiva prescindível nas dispensas em massa.

O Ministro continua o voto com a busca do equilíbrio entre a preservação da dignidade do homem e a previsão expressa contida no texto do artigo 477-A da CLT, concluindo que, no direito, o meio justifica o fim, e não o inverso.

Com essa conclusão, ficou registrada a tese de que a dispensa em massa prescinde de negociação coletiva, com voto de 3 Ministros da suprema corte.

Inobstante esse entendimento parecer o mais lógico do período pós-reforma trabalhista, o Ministro Luiz Edson Fachin, divergiu do relator, acompanhado pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

Em seu voto,⁸ o Ministro Fachin fundamenta a necessidade de negociação coletiva prévia à demissão em massa de empregados, por meio de elementos constitucionais e basilares do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, inicia o voto prestigiando a convivência harmônica de princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, com prevalência das liberdades e do Estado Social de Direito, que se compromete com a igualdade, ambos previstos no texto constitucional brasileiro.

Sob esse aspecto, destaca como a ordem constitucional entende que os destinatários da CF/88 são legitimados a reivindicarem direitos sociais fundamentais trabalhistas, como corolário do modelo político do Estado Democrático de Direito. Entende, assim, que o fenômeno da mitigação dos direitos sociais trabalhistas, considerando o âmbito das contingências econômicas e políticas, impedem a concretização dos ideais deste modelo de Estado.

Continua o voto com o entendimento que, sendo o direito do trabalho instituto de direito social, não pode a regulamentação da norma infraconstitucional afrontar

⁸ RE 999435. Voto do Ministro Luiz Edson Fachin em 19/05/2021.

a proteção constitucional dada ao contrato de trabalho e às partes envolvidas, sob pena de afronta à dignidade da pessoa humana. Afirma que esse princípio vincula não apenas as autoridades públicas, mas os indivíduos como pessoas físicas e, no âmbito da sociedade, as pessoas jurídicas, inclusive nas relações privadas.

Por esse motivo, entende que a CF/88 garante, através do rol exemplificativo de direitos sociais do artigo 7º, a dignidade jurídica mínima aos trabalhadores. Daí tem-se o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, previsto no do inciso XXVI do supracitado artigo, como direito fundamental dos trabalhadores, devendo ser respeitado pela legislação infraconstitucional.

Conclui, por fim, que em atenção ao patamar civilizatório mínimo, não pode haver regressão dos direitos sociais, sob pena de retrocesso, de modo que medidas flexibilizadoras sobre o tema geram esvaziamento da orientação constitucional sobre negociação coletiva.

Pelo exposto, tem-se que o período posterior à reforma trabalhista tampouco pacificou o entendimento do judiciário sobre a matéria. Assim, a fim de traçar o atual cenário do recurso extraordinário nº 999435 e, com isso, termos em mente como o STF irá resolver a questão, será abordado a seguir aspectos específicos do tema 638 de repercussão geral (“tema 638”) na suprema corte, com previsões dos possíveis votos pendentes de serem proferidos.

2. Tema 638 de repercussão geral no STF

2.1. Atual cenário do tema 638 no STF

A fim de ilustrar as expectativas dos votos pendentes, é necessária a análise do atual cenário do tema de repercussão geral, com o atual placar da votação, a declaração de impedimento do Ministro Luiz Fux e eventual ocorrência de empate.

Conforme fundamentos apresentados no item 2 (dois) deste trabalho, até a data de conclusão deste artigo, o placar de votação acerca da obrigatoriedade da negociação coletiva na dispensa em massa de empregados é de 3 (três) votos contra e 2 (dois) votos a favor.

Nesse cenário, faltaria o voto de 6 (seis) Ministros para conclusão da votação. No entanto, o Ministro Luiz Fux, que havia votado contra o reconhecimento da repercussão geral no tema 638, declarou-se impedido para julgamento.

Dessa forma, tem-se como pendente o voto de 5 (cinco) Ministros, sendo eles: Dias Toffoli, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Considerando que a tese será resolvida com voto de 10 (dez) Ministros, existe a

possibilidade de empate, motivo pela qual é necessário entender também como ficaria a decisão, havendo o impasse.

O regimento interno do STF prevê, no artigo 146⁹ que “considerar-se-á julgada a questão proclamando-se a solução contrária à pretendida ou à proposta”. Essa previsão significa que, havendo empate, será negado provimento ao recurso extraordinário interposto pela Embraer, ficando mantida a decisão do TST, no sentido que “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”.

No momento, não há previsão de retomada das votações, uma vez que o processo foi retirado de pauta após o Ministro Dias Toffoli pedir vistas dos autos. Com o objetivo de traçar as expectativas dos votos pendentes, será abordado a seguir a linha de pensamento de cada um dos Ministros.

2.2. Linha de pensamento dos ministros pendentes de voto

Conforme supramencionado, estão pendentes de votação do tema 638 os votos dos Ministros Dias Toffoli, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, motivo pelo qual as linhas de pensamento destes Ministros serão analisadas.

Para conclusão dessa análise serão expostos os votos desses Ministros, em 3 temas relevantes, envolvendo direitos sociais trabalhistas e atuação dos sindicatos, quais sejam: validade dos planos de dispensa incentivada, com quitação ampla e irrestrita; constitucionalidade da terceirização da atividade-fim; e, o mais recente, constitucionalidade da medida provisória nº 936/2020 quanto a redução de salário e jornada e suspensão do contrato de trabalho, sem a participação dos sindicatos.

O primeiro tema, sobre a validade dos planos de dispensa incentivada, assim como o tema 638, aborda a discussão envolvendo o artigo 7º, inciso XXVI da CF/88, quanto à necessidade de negociações coletivas para legitimação dos planos de dispensa incentivada.

Em que pese a decisão ter sido unânime, não apresentando, portanto, divergência de entendimentos dos Ministros, não participaram do julgamento a Ministra Rosa Weber e o Ministro Dias Toffoli, de modo que o entendimento demonstrado nessa matéria reflete a linha de pensamento dos Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, que acompanharam o voto do Ministro Relator Luís Roberto Barroso.

No voto, o Relator, que, lembrando, votou pela obrigatoriedade da negociação coletiva prévia em demissões em massa, assentiu que:

⁹ Regimento interno do Supremo Tribunal Federal. Estabelece a composição e a competência dos órgãos do Supremo Tribunal Federal, regula o processo e o julgamento dos feitos que lhe são atribuídos pela Constituição da República e a disciplina dos seus serviços. Brasília, DF. 2020.

A negociação coletiva é uma forma de superação de conflito que desempenha função política e social de grande relevância. De fato, ao incentivar o diálogo, ela tem uma atuação terapêutica sobre o conflito entre capital e trabalho e possibilita que as próprias categorias econômicas e profissionais disponham sobre as regras às quais se submeterão, garantindo aos empregados um sentimento de valor e de participação. É importante como experiência de autogoverno, como processo de autocompreensão e como exercício da habilidade e do poder de influenciar a vida no trabalho e fora do trabalho. É, portanto, um mecanismo de consolidação da democracia e de consecução autônoma da paz social.¹⁰

Da análise do voto supra, percebe-se que os Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes concordam que a negociação coletiva é uma forma de consolidação da democracia e de superação de conflitos políticos e sociais. Em que pese o voto ter contexto distinto e ter sido proferido antes da reforma trabalhista de 2017, representa uma linha de pensamento importante para análise do tema 638.

O próximo tema analisado, a constitucionalidade da terceirização da atividade-fim, demonstra um entendimento mais atual, envolvendo proteção dos valores sociais do trabalho para além do direito positivado, também importante para o tema 638.

Ao contrário da validade dos planos de dispensa incentivada, a constitucionalidade da terceirização da atividade-fim foi julgada por maioria de votos, tendo como vencidos os Ministros Rosa Weber e Ricardo Lewandowski e ausentes os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Destaca-se, inicialmente, os entendimentos dos Ministros Rosa Weber e Ricardo Lewandowski

Tanto Rosa Weber quanto Ricardo Lewandowski ponderaram nos seus votos como a CF/88 preza pela valoração dos direitos sociais no âmbito trabalhista. Abaixo, trechos relevantes dos votos de ambos:

Para além de uma análise positivista da regulação da terceirização, o desafio que se coloca é compreender, sob a ótica de uma ordem jurídica constitucional de proteção aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, quais seriam as possibilidades e limites desse fenômeno, a partir da ótica da centralidade do contrato de trabalho no paradigma da Constituição de 1988, como vetor normativo que orienta a construção interpretativa a respeito de tais limites e possibilidades.¹¹

¹⁰ RE 590.415. Voto do Ministro Relator Luís Roberto Barroso em 30/04/2015.

¹¹ RE 958.252. Voto da Ministra Rosa Weber em 30/08/2018.

“Em verdade, a busca da legalização dessa prática não passa de um apelo do empreendedor pela ampla liberdade de contratar e de terceirizar de acordo com seus interesses. No entanto, tal autonomia não pode ser considerada absoluta, menos ainda quando em conflito com uma nova ordem constitucional democrática que erige os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como princípios fundantes da República.¹²

Em que pese os entendimentos acima, prevaleceu no julgamento do tema o voto proferido pela Ministra Cármen Lúcia. Na apresentação de suas razões, a Ministra alega que não é a terceirização que atenta contra o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana, pois:

[...] com a proibição da terceirização nós teríamos talvez uma possibilidade de as empresas deixarem de criar postos de trabalho e, portanto, aumentar a condição de não emprego, e o não emprego é uma das formas de indignidade maior contra aquele que está em condição de trabalhar, precisa do emprego, procura o emprego, e faz com que o seu trabalho dê sentido a sua vida. Não tenho dúvida, portanto, que a precarização do trabalho e a inviabilização da busca do pleno emprego contrariam a Constituição.¹³

Inobstante o contexto, também diverso do tema 638, o voto da Ministra Cármen Lúcia demonstra uma ponderação de preceitos constitucionais, onde o desemprego seria o menos digno na relação do trabalho.

Por fim, o mais recente dos julgamentos, acerca da constitucionalidade da medida provisória nº 936/2020, diz respeito a não participação dos sindicatos na redução de salário e jornada e suspensão do contrato de trabalho, e está diretamente relacionado ao tema 638, ainda que decorrente de situação excepcional, qual seja, a pandemia da COVID-19.

Bem como no julgamento da constitucionalidade da terceirização da atividade-fim, a decisão se deu por maioria, vencidos novamente os Ministros Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. Assim, os Ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes votaram contra a necessidade de negociação prévia com o sindicato para redução de salário e jornada e suspensão do contrato de trabalho.

Limitando-se a seguir o voto da maioria, o Ministro Dias Toffoli não apresentou maiores ponderações sobre o tema, tendo a Ministra Cármen Lúcia novamente demonstrado suas inclinações sobre a prevalência da manutenção dos empregos. O

¹² RE 958.252. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski em 30/08/2018.

¹³ RE 958.252. Voto da Ministra Cármen Lúcia em 30/08/2018.

Ministro Gilmar Mendes apresentou argumentação no sentido de possibilidade de interpretação diversa à Constituição a depender do cenário político e econômico do país. Abaixo trechos relevantes dos votos de ambos:

Há o risco concreto de que, se não for viável a pactuação de acordos, haja demissões em massa no País, aumentando ainda mais a dramática situação experimentada por trabalhadores que formem levas de novas hordas de desempregadas sem dignidade, porque sem trabalho, o que é incompatível com a busca do pleno emprego, fundamento da ordem econômica (inc. VIII do art. 170 da Constituição).¹⁴

Ressalto que não é absolutamente incomum ao Direito Constitucional deparar-se com situações de crise que desafiam a interpretação literal das constituições. Uma das grandes conquistas do constitucionalismo, a propósito, foi exatamente a de, ao longo dos anos, incorporar, nos textos constitucionais, a experiência verificada.¹⁵

Proferidos em sentido contrário os votos dos Ministros vencidos Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. Para Ricardo Lewandowski a medida provisória nº 936/2020 deveria passar a prever que os acordos individuais sobre redução de salário e jornada e suspensão do contrato de trabalho fossem comunicados ao sindicato competente, para que, querendo, deflagrasse negociação coletiva, sob o argumento que:

[...] o afastamento dos sindicatos de negociações, entre empregadores e empregados, com o potencial de causar sensíveis prejuízos a estes últimos, contraria a própria lógica subjacente ao Direito do Trabalho, que parte da premissa da desigualdade estrutural entre os dois polos da relação laboral.¹⁶

A Ministra Rosa Weber, em que pese proferir voto em sentido contrário, bem como o Ministro Ricardo Lewandowski, discorda também deste, entendendo ser necessário atribuir maior extensão à medida cautelar, nos termos pleiteados, qual seja:

[...] afastar o uso de acordo individual para dispor sobre as medidas de redução de salário e suspensão de contrato de trabalho, o § 4º do art. 11; e o art. 12, na íntegra; bem como das expressões ‘individual escrito entre empregador e empregado’ do inciso II do art. 7º; ‘individual do inciso II do parágrafo único do art. 7º; ‘individual escrito entre empregador e empregado’ do

¹⁴ ADI 6363. Voto da Ministra Cármen Lúcia em 16/04/2020.

¹⁵ ADI 6363. Voto do Ministro Gilmar Mendes em 16/04/2020.

¹⁶ ADI 6363. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski em 16/04/2020.

§ 1º do art. 8º; 'individual' do inciso II do § 3º do art. 8º; e 'no acordo individual pactuado ou' do inciso I do § 1º do art. 9º.¹⁷

mediante o argumento que:

[...] dentre os princípios e regras coletivos que integram o núcleo inexpugnável da Constituição, se encontram sem dúvida os que asseguram aos sindicatos a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria e a obrigatória participação das entidades sindicais nas negociações coletivas.¹⁸

Pela análise dos votos dos Ministros Dias Toffoli, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, nos 3 temas relevantes envolvendo direitos sociais trabalhistas e atuação dos sindicatos, é possível identificar suas linhas argumentativas envolvendo matérias correlatas à obrigatoriedade de negociação coletiva em dispensas em massa.

De pronto, importante frisar que, em que pese determinadas decisões demonstrarem inclinações dos Ministros para decisões mais favoráveis ao empregado ou empregador, as fundamentações devem ser levadas em conta. A título exemplificativo, caso os votos proferidos pela Ministra Cármen Lúcia sejam estudados, somente em relação a sua posição favorável ao empregador, deixa-se de analisar como seus embasamentos dão destaque a manutenção de empregos. Esses embasamentos demonstraram possível tendência da Ministra em votar a favor da obrigatoriedade de negociação coletiva em dispensas em massa, como forma de se evitar demissões.

O Ministro Gilmar Mendes, no entanto, além de demonstrar uma postura mais favorável aos empregadores, não nos limitando às decisões supramencionadas, não dá indícios de que pode vir a votar a favor da obrigatoriedade de negociação coletiva em dispensas em massa.

Já a Ministra Rosa Weber, conforme os 3 acórdãos analisados, possui linha argumentativa clara em defesa dos empregados, inclusive quanto à importância das negociações coletivas como forma de garantia de direitos sociais trabalhistas.

Levando em consideração as percepções ora analisadas, o julgamento do tema 638 resultaria no empate da votação, dependendo, portanto, das decisões dos Ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski. Embora a posição de ambos serem incógnitas nessa matéria, é importante levar em consideração que, mesmo com ponderações distintas, o Ministro Ricardo Lewandowski votou em sentidos semelhantes à

¹⁷ ADI 6363. Páginas 21 e 22 da petição inicial.

¹⁸ ADI 6363. Voto da Ministra Rosa Weber em 16/04/2020.

Ministra Rosa Weber. O Ministros Dias Toffoli, porém, pouco se manifestou nos casos em destaque.

Inobstante as cogitações feitas, os Ministros podem apresentar decisões que conflitam com suas próprias fundamentações, em votos distintos daqueles esperados. O fato das Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia seguirem linhas de pensamentos convergentes com seus próprios votos não significa que irão manter o padrão no julgamento do tema 638.

Fato é que a matéria envolve questão relevante no âmbito dos direitos trabalhistas, com efeitos econômicos imediatos, com expressiva magnitude no atual cenário do Brasil, principalmente por afetar empresas de grande porte.

Conclusão

A obrigatoriedade de negociação coletiva nos casos envolvendo demissão em massa tem, historicamente, divergências jurisprudenciais, que se perpetuam até a contemporaneidade. Mesmo com a alteração legislativa, decorrente da reforma trabalhista, o tema não deixou de ser discutido, principalmente em razão de aspectos constitucionais.

Se por um lado a CLT passou a prever expressamente a ausência de necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para efetivação da demissão em massa, a CF/88 perpetua princípios e direitos que vão de encontro com a lei ordinária.

A dignidade da pessoa humana, o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho como direito constitucional dos trabalhadores, a desigualdade que permeia as relações trabalhistas e a função social da propriedade são fatores ponderados pelos julgadores face ao direito positivado.

O STF, como pacificador jurisprudencial reconheceu a relevância da matéria e a necessidade de se aplicar um entendimento comum para toda e qualquer demanda envolvendo a questão. Em que pese a decisão estar pendente de votação de metade dos Ministros, a análise da linha de pensamento seguida por cada um dos julgadores é uma forma de especular, de forma fundamentada, o resultado do tema em sede de repercussão geral.

Inobstante a possibilidade dos Ministros não seguirem as mesmas linhas argumentativas dos votos em casos com objetos correlatos, tem-se que o tema 638 pode vir a empatar e, com isso, a tese do TST no sentido que “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores” acabaria por fim consolidada.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 9 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 9 jun. 2021.

MELO, Raimundo. Dispensa coletiva antes e depois da reforma trabalhista. **Revista Consultor Jurídico**, 1/12/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-01/reflexoes-trabalhistas-dispensa-coletiva-antes-depois-reforma-trabalhista>. Acesso em: 9 jun. 2021.

Regimento interno do Supremo Tribunal Federal. Estabelece a composição e a competência dos órgãos do Supremo Tribunal Federal, regula o processo e o julgamento dos feitos que lhe são atribuídos pela Constituição da República e a disciplina dos seus serviços. Brasília, DF. 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2021.

SILVA, João Victor. AS DEMISSÕES COLETIVAS E A REFORMA TRABALHISTA DE 2017. UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. 2016. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/174619/001060557.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 jun. 2021.

VALE, Sílvia Isabelle. As decisões trabalhistas no STF: A nossa era Lochner. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Vol. 86 nº 2 Abril/jun 2020. *Lex Magister*. Págs. 263 a 280. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/175937/2020_rev_tst_v0086_n0002.pdf?sequence=1&isAllowed=y#page=263. Acesso em: 15 jun. 2021.

DEJT TST. 03/09/2009. Págs. 3 a 21. Processo nº 0030900-12.2009.5.15.0000. Disponível em: [file:///C:/Users/isabella.fraia/Downloads/Diario_309__3_9_2009%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/isabella.fraia/Downloads/Diario_309__3_9_2009%20(1).pdf). Acesso em: 11 jun. 2021.

DJE STF. 30/04/2013. Pág. 28. Agravo 647.651. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20130430_081.pdf. Acesso em: 11 jun. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. STF. 30/04/2015. VOTO, RE 590.415. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8590961>. Acesso em: 15 jun. 2021.

LEWANDOWSKI, Ricardo. 30/08/2018. VOTO, RE 958.252. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341103626&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.

ROCHA, Cármen Lúcia. STF. 30/08/2018. VOTO, RE 958.252. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341103626&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.

WEBER, Rosa. 30/08/2018. VOTO, RE 958.252. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341103626&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.

LEWANDOWSKI, Ricardo. 14/04/2020. VOTO, ADI 6363. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345059901&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.

WEBER, Rosa. 14/04/2020. VOTO, ADI 6363. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345059901&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.

AURÉLIO, Marco. STF. 19/05/2021. VOTO, RE 999435. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/3/4ffd88aa34677a_ma5255127.pdf. Acesso em: 14 jun. 2021.

FACHIN, Luiz. STF. 19/05/2021. VOTO, RE 999435. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=kKssuEAQ1ec>. Acesso em: 14 jun. 2021.

A OBRIGATORIEDADE DE O MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA EXERCER O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE QUANDO DA EDIÇÃO OU ALTERAÇÃO DAS NORMAS REGULAMENTADORAS

Renato Sabino Carvalho Filho¹

Luciani Coimbra de Carvalho²

RESUMO: O artigo tem o objetivo de resolver o problema sobre a obrigatoriedade de o Ministério do Trabalho e Previdência fazer o controle de convencionalidade quando da edição ou alteração das normas regulamentadoras. A hipótese que se levanta é de que a atuação administrativa deve respeitar o bloco de constitucionalidade convencionalizado. O artigo é escrito por levantamento bibliográfico e método dialético, com análise da doutrina sobre o tema. O artigo é iniciado com a análise do bloco de constitucionalidade convencionalizado e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Após, é explorada a teoria da coisa interpretada, pela qual se conclui que os Estados devem cumprir as interpretações dadas pela Corte Internacional de Direitos Humanos acerca dos dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos. Por fim, analisa-se e conclui-se que o Ministério do Trabalho e Previdência também está vinculado à obediência dos tratados internacionais e da jurisprudência da Corte IDH quando da edição de atos administrativos.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de convencionalidade. Coisa interpretada. Ministério do Trabalho e Previdência.

ABSTRACT: This article intends to solve the problem concerning the obligatoriness of the Labour and Social Security Ministry Public Administration to do the

¹ Doutor em Direito do Trabalho pela USP. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Juiz da 62ª TV de São Paulo.

² Doutora e mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora-adjunta da Graduação e do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Editora da Revista Direito UFMS. Vice-presidente do Conselho de Curadores da Fundação de Apoio à Pesquisa, ao Ensino e à Cultura (Fapec)

control of conventionality when editing or altering regulatory labour standards. The hypothesis is that the administrative action demands respect to the conventionalized constitutionality block. This article is written after bibliographic survey and dialectic method, with doctrine analysis about the theme. The article begins with the analysis of the conventionalized constitutionality block and the Inter-American System of Human Rights. After that, the *res interpretata* doctrine is explored, concluding that the States have to obey the interpretations in the Inter-American Court of Human Rights sentences over the articles of the American Convention of Human Rights. Finally, It is analyzed and concluded that the Labour and Social Security Ministry is also vinculated to obey the international treats and the Inter-American Court of Human Rights jurisprudence when editing regulatory labour standards.

KEYWORDS: Control of conventionality. *Res interpretata*. Labour and Social Security Ministry.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Bloco de constitucionalidade convencionalizado. 2. Teoria da coisa interpretada no SIDH. 3. A discussão acerca do controle de convencionalidade pelo Ministério do Trabalho e Previdência. Conclusão.

SUMMARY: Introduction. 1. Conventionalized constitutionality block. 2. Theory of the thing interpreted in the ISHR. 3. The discussion about conventionality control by the Ministry of Labor and Social Security. Conclusion.

Introdução

É já cediço na doutrina e na jurisprudência que a Administração Pública se vincula ao princípio da estrita legalidade, pelo qual o administrador pode apenas praticar os atos quando houver expressa previsão legal. Tal entendimento já evoluiu, no sentido de se admitir que o permissivo esteja diretamente na Constituição e em demais fontes normativas, e não especificamente na lei. Trata-se do controle de juridicidade, e não apenas da legalidade.

O presente artigo pretende resolver o problema da aplicação do controle de convencionalidade pelo Ministério do Trabalho e Previdência, enquanto ente da Administração Pública, quando da edição ou alteração das normas regulamentadoras (NRs) ou seja, pretende perquirir se, ao editar a norma, o Ministro de Estado deve observar o bloco de constitucionalidade convencionalizado, analisando a compatibilidade dos seus atos também com os tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário, abrangidas as Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

A importância do tema reside, inclusive, na possibilidade de ser feita a revisão de diversas normas regulamentadoras, o que demanda a detida análise dos limites da Administração Pública quanto ao conteúdo da norma.

Para tanto, será feito um estudo sobre os tratados internacionais e o seu *status* de recepção pelo ordenamento jurídico pátrio, bem como do Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos. Em seguida, será feito um estudo sobre o controle de convencionalidade e a teoria da *res interpretada*. Por fim, será abordado o ponto central do estudo, que é a posição do Ministério do Trabalho e Previdência frente ao controle de convencionalidade.

A hipótese a ser desenvolvida é de que tal controle é obrigatório, como uma evolução do tradicional princípio da legalidade estrita. Além disso, trabalha-se com a hipótese de que a adoção do bloco de constitucionalidade convencionalizado seja meio de se efetivar os direitos fundamentais no Brasil.

O objetivo do artigo é estudar a postura da Administração Pública contemporânea no Estado democrático de direito e o seu grande desafio de fazer um controle de juridicidade mais amplo do que o tradicional controle de legalidade.

Para tanto, será feito levantamento bibliográfico e utilizado o método dialético, para o exame das posições doutrinárias antagônicas a respeito de cada problema apresentado. Também será utilizado o método dedutivo, pois as conclusões específicas do trabalho serão atingidas por meio da verificação das premissas gerais que serão realizadas. Como fontes, valer-se-á, primordialmente, dos textos legislativos nacionais e estrangeiros que regulam a matéria.

1. Bloco de constitucionalidade convencionalizado

O controle de constitucionalidade, em uma acepção restrita, refere-se à análise sobre a compatibilidade de determinado ato ou norma com a Constituição Federal (CF). O bloco de constitucionalidade abarca, ainda, a análise da compatibilidade com as demais normas de nível constitucional, tais como os tratados internacionais em direitos humanos aprovados, em cada uma das casas do Congresso Nacional, em dois turnos, com *quórum* de 3/5 de votos dos respectivos membros (art. 5º, § 3º, da CF)³.

³ Foram aprovados de forma qualificada: a) Decreto n. 6.949/09: Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007; b) Decreto n. 9.522/18: Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, firmado em Marraqueche, em 27 de junho de 2013. Disponível em:

Contudo, a doutrina moderna propõe que a análise de constitucionalidade tenha como parâmetro o bloco de constitucionalidade convencionalizado, que também abrange a análise de compatibilidade dos atos e normas com os tratados internacionais ratificados pelo Brasil e pela jurisprudência da Corte IDH.

Justifica-se tal possibilidade porque, ao se analisar o art. 102, I, a, da Constituição e o art. 3º da Lei n. 9.868/99, verifica-se que eles delimitam apenas o objeto de controle, ou seja, prevêm apenas que deve ser indicado o dispositivo de lei ou ato normativo impugnado. Todavia, eles não indicam qual é a amplitude do conteúdo paradigma, o que permite concluir que eles não restringem a análise à Constituição e normas equivalentes. (CONCI; FARACO, 2020)

Tal premissa já vem sendo adotada pela jurisprudência do STF, que, na ADPF 347, reconheceu a possibilidade de a jurisprudência da Corte IDH ser parâmetro de constitucionalidade. Em referida ADC, se discutiu a inconveniência por omissão de norma necessária a regular as audiências de custódia no Brasil previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ainda, na ADI 2404, o STF decidiu que a interpretação do art. 254 do ECA (sobre a expressão “em horário diverso do autorizado”) deve se dar de acordo com a jurisprudência da Corte IDH no caso *Olmedo Bustos versus Chile* (2001), no qual se discutiu a proibição de censura prévia, que não se confunde com classificação etária.

Quanto ao controle de convencionalidade, ele pode se dar de forma concentrada ou difusa. O controle concentrado de convencionalidade é feito pela Corte IDH, pela qual ela decide se um determinado dispositivo de lei é compatível ou não com a CADH. Como exemplo, a Corte IDH reconheceu que a Lei de Anistia brasileira carecia de efeitos jurídicos. Já a via difusa ocorre quando o controle é feito por qualquer autoridade do Estado, de qualquer Poder, dentro de suas competências (GUSSOLI, 2020).

Conclui-se, assim, que o controle de constitucionalidade a ser feito pela Excelsa Corte deve respeitar também os tratados e a jurisprudência da Corte IDH (incluídas as sentenças e as opiniões consultivas do Tribunal).

Com efeito, na Opinião Consultiva n. 21/2014, a Corte IDH decidiu que as suas opiniões consultivas também devem servir de parâmetro quando da realização de controle de convencionalidade. Nesse sentido são os parágrafos 31 e 32:

31. Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera

responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”. A su vez, *a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos.* 32. Dado el amplio alcance de la función consultiva de la Corte que, como ya se expuso, involucra no sólo a los Estados Partes de la Convención Americana (supra párr. 23), todo lo que se señala en *la presente Opinión Consultiva también tiene relevancia jurídica para todos los Estados Miembros de la OEA que han acordado la Declaración Americana, independientemente de que hayan o no ratificado la Convención Americana*, así como para los órganos de la OEA cuya esfera de competencia se refiera al tema de la consulta.⁴ (grifo nosso)

Vale ponderar que tal premissa é uma via de mão-dupla, tendo em vista que a jurisprudência da Corte IDH também deve se pautar na jurisprudência das cortes constitucionais dos países membros. Trata-se dos diálogos interjudiciais, que alimentam reciprocamente os ordenamentos nacionais e internacionais (CARVALHO; CALIXTO, 2019).

Para a compreensão do controle de convencionalidade, é preciso expor que o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos (SIDH) engloba diplomas normativos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte IDH.

⁴ Corte IDH. Opinión Consultiva n. 21/2014. Derechos e garantías de meninas e meninos no contexto de migración e/ou em necessidade de proteção internacional. Publicada em 19 ago. 2014. § 31 e 32. Disponível em: <https://www.ipddh.mercosur.int/pt-br/publicaciones/opiniao-consultiva-oc-21-14/>. Acesso em: 25 jun. 2021.

Dentre os diplomas normativos, destacam-se a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948), a Carta da Organização dos Estados Americanos (1948), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969, conhecido como Pacto de São José da Costa Rica – Decreto n. 678/1992) e o Protocolo adicional à CADH em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988, conhecido como Pacto de São Salvador). (DOS SANTOS, 2011).

Já a Comissão Interamericana de Direitos Humanos é prevista no art. 106 da Carta da OEA e na CADH. Trata-se da instância prévia de envio de casos à Corte IDH. Vale ponderar que, segundo o art. 61.1 da CADH, “Somente os Estados-Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte”. Em tal norte, referida comissão faz uma análise prévia de casos e, se entender pertinente, pode submetê-lo à análise da Corte IDH.

Por fim, a Corte IDH é o intérprete autêntico da CADH. Ela é o tribunal que faz a interpretação dos dispositivos da CADH em consultas e processos. E o art. 1º do Decreto 4.463/2002 reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos como obrigatória no Brasil, de pleno direito e por prazo indeterminado. Tal dispositivo prevê que a competência da Corte sobre todos os casos relativos à interpretação da CADH.⁵

A partir do momento em que se constata que tanto a Corte IDH quanto o STF pode decidir quanto à violação de direitos fundamentais previstos na CADH, bem como que deve existir o diálogo interjudicial entre elas, é importante definir como se resolvem os conflitos entre as decisões do sistema internacional e do interno.

Em primeiro lugar, não há norma interna no Brasil que regulamente a aplicação das decisões da Corte IDH. Tal omissão, contudo, não pode permitir a conclusão de que os juízes brasileiros não se vinculam ao sistema internacional.

Ao contrário, conquanto sejam distintos, os sistemas internacional e interno devem interagir entre si. Deve, assim, o Poder Judiciário brasileiro respeitar as decisões da Corte IDH, da mesma forma com que a Corte IDH deve considerar a jurisprudência das cortes constitucionais internas em suas decisões (Carvalho e Calixto, 2019).

A questão que permanece, todavia, é como resolver o conflito entre as decisões, caso ele ocorra.

⁵ “Art. 1º do Decreto n. 4.463/2002: É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998”.

Caso haja conflito de decisões entre a Corte IDH e o STF, quanto à interpretação que a Constituição Federal dá às normas internas, deve prevalecer a decisão da Corte IDH. A mesma conclusão se aplica quando o conflito versa sobre a norma interna brasileira. Tal conclusão se justifica pelo caráter supralegal da CADH. Com efeito, a Corte IDH é competente para analisar as violações à CADH, que, por ser tratado internacional, tem caráter supralegal. Assim, a sua interpretação deve prevalecer sobre o posicionamento de uma corte interna de um dos países que ratificaram o tratado (DOS SANTOS, 2011).

Por outro lado, se existir conflito material entre as decisões da Corte IDH e do STF sobre interpretação da Constituição Federal frente às normas internacionais, deve prevalecer a decisão da Suprema Corte. Com efeito, o STF é o guardião da Constituição, que tem *status* superior ao das normas supraleais (DOS SANTOS, 2011).

Contudo, caso a decisão do STF seja em sentido oposto ao de decisão da Corte IDH, no plano externo, o Brasil pode receber sanções previstas na Carta da OEA. Como exemplo, pode sofrer exclusão ou ter reputação internacional de país que não cumpre os seus acordos e viola os direitos humanos (DOS SANTOS, 2011).

2. Teoria da coisa interpretada no SIDH

Nos termos do art. 68.1 da CADH, as decisões da Corte IDH possuem efeito vinculante para os Estados que foram partes nos processos internacionais.⁶ Trata-se da coisa julgada internacional, que impõe o efeito obrigatório entre as partes de um processo (semelhante, assim, à coisa julgada *inter partes* nos processos jurisdicionais do sistema interno).

Como exemplo, após julgar um processo internacional do qual o Brasil foi parte, a Corte IDH editou Resolução de 22/11/2018 (Medidas provisórias a respeito do Brasil – Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho), na qual determinou que fosse computados em dobro os dias de pena privativa de liberdade cumpridas no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (IPPSC), no Rio de Janeiro, em decorrência das condições degradantes e desumanas a que os presos lá são submetidos. Em tal hipótese, o Brasil deve obrigatoriamente cumprir tal decisão, sem contestá-la no plano interno, uma vez que foi parte no processo que a gerou.

Vale ponderar que as decisões proferidas pela Corte IDH vinculam o Estado brasileiro tanto em processos litigiosos quanto em consultas.

⁶ “Art. 68.1 da CADH: Os Estados-Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”.

Já a teoria da coisa interpretada propõe que a interpretação dada pela Corte IDH sobre a aplicação do tratado internacional tenha efeito *erga omnes*. Com isso, ainda que o Estado não tenha participado do processo internacional, ele deve cumprir a diretriz interpretativa exarada pela Corte (FUCHS MARINO; COIMBRA DE CARVALHO, 2020).

A exceção existiria, todavia, nos casos em que a norma local que seja mais favorável à proteção do direito fundamental envolvido. Em tal hipótese, a norma interna deve ser aplicada em detrimento da decisão internacional.

Vários são os argumentos que embasam a aplicação da coisa interpretada no plano interno.

Em primeiro lugar, o art. 2º da CADH prevê que os Estados devem adotar todas as medidas necessárias para tornar efetivos os direitos e as liberdades fundamentais de todas as pessoas, conforme previsão no art. 1º da Convenção.⁷ Ademais, o art. 1º do Decreto n. 4.463/2002 chancela a jurisprudência da Corte IDH no Brasil. Em tal norte, a jurisprudência internacional também deve ser internalizada no sistema interno, para garantir a efetividade dos direitos fundamentais no Brasil.

Além disso, o art. 69 da CADH prevê que *a sentença da Corte deve ser notificada às partes no caso e transmitida aos Estados-Partes na Convenção*. Ora, se a sentença tivesse que ser obrigatoriamente cumprida apenas pelos Estados que foram partes no processo, não haveria motivo para ser transmitida a todos os Estados-Partes da convenção. A justificativa para tanto é exatamente a obrigatoriedade de todos os Estados cumprirem a diretriz interpretativa exarada pela Corte IDH (FUCHS MARINO; COIMBRA DE CARVALHO, 2020).

Ademais, o art. 26 da Convenção de Viena estabelece o dever de boa-fé dos Estados no cumprimento dos tratados. Nesse sentido, a partir do momento em que o Brasil ratifica a CADH, comprometendo-se a garantir a efetividade dos direitos e liberdades fundamentais nela previstos, é necessário que o país siga a interpretação dada pelo sistema judiciário internacional acerca das disposições do tratado.

Acrescente-se que, considerando que os Estados se comprometem a cumprir o texto da CADH, o corolário disso também é o compromisso de observar as decisões do seu intérprete autêntico. Não faria sentido se um Estado-membro se comprometesse a

⁷ “Art. 2º da CADH: Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outras natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.

cumprir os dispositivos da CADH, mas não se compromettesse a dar a eles a interpretação que lhe for dada pela Corte IDH.

Vale ponderar também que, ao cumprir a interpretação da Corte IDH no sistema interno, os Estados evitam condenações futuras e antecipam a instituição de direitos fundamentais previstos na convenção. Com efeito, quando a Corte IDH se pronunciar sobre um tema, espera-se que a CADH seja interpretada e aplicada na mesma maneira em demandas posteriores, envolvendo outros Estados.

Grande exemplo disso ocorreu com os julgamentos do Caso Barrios Alto x Peru pela Corte IDH, da ADPF 153 pelo STF e do Caso Julia Gomes Lund e outros x Brasil (2010). Ao desrespeitar o precedente da Corte IDH com relação às leis de anistia de períodos de transição de governo, o Brasil permitiu que houvesse futura condenação no sistema internacional, ocorrida meses depois. No primeiro julgamento, datado de 14 de março de 2001, a Corte IDH reconheceu que era incompatível com a CADH a lei de anistia peruana, ao impedir que as vítimas e as vítimas sobreviventes fossem ouvidas por um juiz, bem como ao impedir a investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos ocorridos em Barrios Alto (houve, assim, violação aos artigos 1.1, 8.1 e 25 da CADH).⁸ Já posteriormente, na ADPF 153, o STF, em 29/04/2010, desrespeitou a interpretação conferida pela Corte IDH e reconheceu a compatibilidade da Lei n. 6.683/79 com a Constituição. Após o julgamento pela Corte Constitucional Brasileira, a Corte IDH enfrentou a questão no Caso da Guerrilha do Araguaia e reiterou a sua jurisprudência de que as leis de anistia são incompatíveis com a CADH em razão de seu conteúdo, independentemente de questões formais.⁹

Não se pode esquecer, contudo, que existe a margem de apreciação nacional, a ser aplicada respeitando o princípio da subsidiariedade. Por ela, a aplicação da coisa interpretada não afasta a liberdade dos Estados para aplicar as normas convencionais de acordo com a realidade local.

Conquanto o presente artigo objetive analisar a Corte IDH, é necessário uma breve comparação com o sistema europeu, em que a aplicação da doutrina da coisa interpretada conta com previsão normativa expressa.

No Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), a aplicação da teoria da coisa interpretada conta com previsão no art. 46.1 da Convenção Europeia para a

⁸ Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Peru. Publicada em 14 mar. 2001. § 42. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/092b2fec1ad5039b26ab5f98c3f92118.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2021.

⁹ Corte IDH. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) versus Brasil. Publicada em: 24 nov. 2010. § 175. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf Acesso em: 25 jun. 2021.

proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (CEDH), ao prever que os Estados se comprometem a respeitar as sentenças definitivas do TEDH. Ainda, de acordo com a Resolução 1.226/2000, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa previu a aplicação do princípio da solidariedade, pelo qual a jurisprudência do TEDH faz parte da Convenção. Isso reforça o fato de que as sentenças do TEDH são de observância obrigatória pelos Estados, ainda que não tenham sido partes no processo.

Na Corte Internacional Europeia, a teoria da coisa interpretada já foi adotada em diversos processos, tais como Caso Irlanda versus Reino Unido (1978), Caso Loizidou versus Turquia (1995), Casos Chapman x Reino Unido (2001), Caso Christina Goodwin x Reino Unido (2002) e Caso Mamatkulov e Askarov x Turquia (2008).

No Sistema Interamericano, a Corte IDH também conta com precedentes que determinam a aplicação da sua interpretação pelas cortes constitucionais dos Estados. Citem-se, como exemplos, os Caso Almonacid Arellano e outros x Chile (2006), Caso Aguado Alfaro e outros x Peru (2006) e o Caso Gelman x Uruguai (2013).

Neste último caso, decidiu-se, assim, expressamente que os Estados devem obrigatoriamente fazer o controle de convencionalidade quando houver sentença internacional com coisa julgada contra o próprio Estado ou mesmo quando não tenha sido parte no processo em que foi estabelecida a jurisprudência.

3. A discussão acerca do controle de convencionalidade pelo ministério do trabalho e previdência

A partir das premissas acima, conclui-se que o Poder Judiciário brasileiro deve obrigatoriamente fazer o controle de constitucionalidade convencionalizado, ou seja, deve julgar os processos verificando a compatibilidade das leis e dos atos normativos e administrativos com a Constituição, as normas com *status* constitucional, os tratados internacionais ratificados e a jurisprudência da Corte IDH.

Resta analisar se tal obrigação também se aplica ao Poder Executivo ou se este ainda fica restrito ao clássico princípio da legalidade em sentido estrito. Com isso, analisa-se se, em eventual revisão de normas regulamentadoras, o Ministério do Trabalho e Previdência pode precarizar o conteúdo, sem prestigiar a proteção conferida pela Constituição e pelos tratados internacionais.

Gustavo Binenbojm aponta que o direito administrativo está em crise e tem seus paradigmas colocados em cheque. Essa crise de paradigmas abrange: o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei; a intangibilidade do mérito administrativo; e a ideia de

um Poder Executivo unitário, fundada em relações de subordinação hierárquica (formal ou política) entre a burocracia e os órgãos de cúpula do governo. (Binenbojm, 2008)

Para o presente trabalho, analisa-se o clássico princípio da estrita legalidade administrativa, pelo qual a Administração Pública só pode agir quando houver autorização legal. O autor aponta que a constitucionalização do direito administrativo demanda que o Estado não mais se vincule à lei, mas sim à Constituição, passando a situar o cerne da vinculação administrativa à juridicidade (BINENBOJM, 2008)

A lei não foi capaz de atender às demandas de que ela própria pretendia tratar no Estado liberal, sendo, ainda mais, inábil a responder aos anseios do Estado providência. Existem cinco razões básicas da crise da legalidade: a) o excesso de leis; b) a constatação de que a lei pode veicular injustiça e ser instrumento de barbárie; c) o fato de a Constituição passar a ser a principal e mais importante manifestação da vontade do povo; d) a criação de atos normativos infraconstitucionais que, por si sós, servem de fundamento à atuação administrativa, como as medidas provisórias e as leis delegadas; e) o fato de o Poder Legislativo não ter atuação independente do Poder Executivo (art. 61, §1º, 62, §6º, 63, 64, §§1º e 2º, da CF). Em tal norte, a atuação administrativa só será válida, legítima e justificável quando condizente com o sistema de princípios e regras delineado na Constituição, de maneira geral, e com os direitos fundamentais, em particular (Binenbojm, 2008).

Com tal crise da lei e o neoconstitucionalismo, a Administração Pública passa a se vincular ao ordenamento jurídico, que abarca uma pluralidade de fontes, e não estritamente à lei. Trata-se do princípio da juridicidade administrativa, que substitui a vinculação à lei pela vinculação à Constituição e a outras fontes normativas (BINENBOJM, 2008).

Com a mudança do paradigma da legalidade para a juridicidade, vê-se que tal obrigatoriedade também abrange o Poder Executivo, ou seja, o gestor público também se obriga a fazer o controle de convencionalidade.

Com efeito, a Constituição, as normas com *status* constitucional, os tratados internacionais ratificados e a jurisprudência da Corte IDH servem como parâmetros da juridicidade administrativa.

Vários são os argumentos que sustentam tal conclusão.

Em primeiro lugar, ela se fundamenta pelo fato de que os Estados devem cumprir as obrigações internacionalmente assumidas, sob pena de praticar ilícitos internacionais sancionáveis. Dessa forma, a possibilidade de desrespeito aos tratados e interpretação da Corte IDH pela Administração Pública implicaria a possível prática de ilícito.

Ademais, a partir do momento em que a Administração Pública está vinculada ao cumprimento da lei e da Constituição, a conclusão lógica a que se chega é de que ela também está vinculada ao cumprimento dos tratados, que possuem *status* supralegal, intermediário entre as leis e a Constituição.

Acrescente-se o argumento de que a aplicação do controle de convencionalidade pelos agentes da Administração Pública se justifica também pela regra da subsidiariedade do art. 46.1 da CADH. Com efeito, dispõe o tratado que, para que uma petição ou comunicação seja apresentada à Comissão, devem ser interpostos e esgotados todos os recursos de jurisdição interna no país de origem. Ora, a submissão à jurisdição internacional é a última instância, é porque existe um dever de Estado de se evitar a responsabilização internacional (Gussoli, 2020).

Vale ponderar que o art. 2º da CADH prevê que os Estados-parte devem adotar todas as medidas legislativas ou de outra natureza que sejam necessárias para a efetividade dos direitos fundamentais ali previstos. Dentre as outras medidas, pode-se incluir os atos administrativos (Gussoli, 2020).

Ainda, um dos critérios da juridicidade e da validade da atividade estatal é a compatibilidade com os direitos fundamentais, mesmo para analisar as omissões da Administração Pública. Assim, a validade da conduta estatal está condicionada à realização de direitos fundamentais, e não apenas à ausência de desconformidade com a ordem jurídica. Por outro lado, ofende a ordem jurídica o ato administrativo que objetive neutralizar o compromisso do Estado de promover os direitos fundamentais (JUSTEN FILHO, 2009).

Não se pode olvidar que o art. 2º da Lei n. 9.784/99 traz vários critérios de observância obrigatória nos processos administrativos, havendo vários que se ligam à obrigação de se fazer o controle de convencionalidade pela Administração. O inciso I determina que a Administração atue conforme a lei e o Direito, o que permite acrescentar diversas fontes normativas, dentre as quais se incluem a Constituição e os tratados (e a sua interpretação dada pela Corte IDH). O inciso IV também reitera o dever de respeito à boa-fé na atuação administrativa (também presente no já mencionado art. 26 da Convenção de Viena). O inciso XIII também obriga a Administração Pública a conferir a interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento no fim público a que se dirige, o que abrange também a interpretação dada à CADH pela Corte IDH, com a aplicação do princípio *pro persona*.

Há, ainda, precedentes da Corte IDH em tal sentido.

No julgamento do Caso Fernández Ortega e outros x México (2010), a Corte IDH decidiu que o controle de convencionalidade deve ser exercido por todos os órgãos

do Estado. Tal conclusão abrange, assim, não apenas o Poder Judiciário, mas também os Poderes Executivo e Legislativo.

Especificamente no Caso Gelman x Uruguai (2013), a Corte decidiu expressamente que o controle de convencionalidade é dever de toda autoridade pública, e não apenas do Poder Judiciário. Considerando que o Brasil se submete à jurisdição da Corte, tal premissa deve ser observada. Assim dispõe o §239 da referida sentença:

239. A simples existência de um regime democrático não garante, per se, o permanente respeito do Direito Internacional, incluindo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o que foi assim considerado inclusive pela própria Carta Democrática Interamericana. A legitimação democrática de determinados fatos ou atos numa sociedade está limitada pelas normas e obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos reconhecidos em tratados como a Convenção Americana, de modo que a existência de um verdadeiro regime democrático está determinada por suas características tanto formais como substantivas, motivo pelo qual particularmente em casos de graves violações às normas do Direito Internacional, a proteção dos direitos humanos constitui um limite intransponível à regra de maiorias, isto é, à esfera do “suscetível de ser decidido” por parte das maiorias em instâncias democráticas, nas quais também deve primar um “controle de convencionalidade” (par. 193 supra), que é função e tarefa de qualquer autoridade pública e não apenas do Poder Judiciário. [...]”¹⁰ (grifo nosso)

No mesmo sentido é o § 471 da Sentença da Corte IDH no Caso Pessoas dominicanas e haitianas expulsas vs. República Dominicana, que assim dispõe: “Por fim, esta Corte considera pertinente recordar, sem prejuízo do ordenado, que no âmbito de sua competência “todas as autoridades e órgãos de um Estado Parte da Convenção tem a obrigação de exercer um ‘controle de convencionalidade’”.¹¹

Ainda, a separação de poderes tem em si um sistema de freios e contrapesos, sendo todos os Poderes da República competentes para controlar a juridicidade e controlar a ordem jurídica. Dessa forma, como a separação desses poderes não tem conceito estático, todos estão obrigados ao cumprimento dos tratados. Não poderia,

¹⁰ Corte IDH. Caso Gelman x Uruguai. Publicada em 24 fev. 2011. § 239. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/09b4d396111fe41e886a744a9f8753e1.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2021.

¹¹ Corte IDH. Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana. Publicada em 28 ago. 2014. § 471. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/edc3cfd3cd-fbb8cb73bdf425abbf85c9.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2021.

assim, o Poder Executivo editar normas inconventionais, porque são antijurídicas (GUSSOLI, 2020).

De todo o exposto, conclui-se que o controle de convencionalidade também deve ser obrigatoriamente feito por todos os agentes da Administração Pública. Dessa forma, tal obrigação também alcança o Ministro de Estado do Trabalho e Previdência.

Com efeito, o Ministério do Trabalho e Previdência foi recriado pela Medida Provisória n. 1.058/2021, possuindo a competência na área de segurança e saúde de trabalho e de regulação profissional (art. 48-A da Lei n. 13.844/2019). Fica, assim, mantida a competência do antigo Ministério do Trabalho e Emprego para a edição de normas regulamentadoras (NRs), com o objetivo de estabelecer disposições complementares às normas do capítulo da CLT referente à saúde e segurança do trabalho, observando as peculiaridades de cada atividade ou setor de trabalho (art. 200 da CLT).

A Portaria n. 787/2018 da Secretaria de Inspeção e Trabalho classificou as normas regulamentadoras em gerais, especiais e setoriais.¹² Ainda, estabeleceu regras quanto à aplicação, interpretação e estruturação das normas regulamentadoras a serem editadas. Todavia, tal portaria não trata especificamente do conteúdo das normas regulamentadoras.

Isso, contudo, não traz a completa liberdade com relação ao conteúdo das normas regulamentadoras, a serem editadas ou alteradas pelo Ministério do Trabalho e Previdência, pois este, enquanto órgão da Administração Pública, continua vinculado ao controle de juridicidade.

Assim, conclui-se que as normas regulamentadoras não podem conter previsões que se afastem das normas com natureza constitucional, dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil (incluídas aqui as Convenções da Organização Internacional do Trabalho) e a interpretação da Corte IDH quanto às violações à CADH.

Conclusão

Em primeiro lugar, a visão moderna do controle de constitucionalidade demanda que seja utilizado, como parâmetro, o bloco de constitucionalidade convencionalizado.

¹² “Art. 3º As NR são classificadas em normas gerais, especiais e setoriais. § 1º Consideram-se gerais as normas que regulamentam aspectos decorrentes da relação jurídica prevista na Lei sem estarem condicionadas a outros requisitos, como atividades, instalações, equipamentos ou setores e atividades econômicas específicos. § 2º Consideram-se especiais as normas que regulamentam a execução do trabalho considerando as atividades, instalações ou equipamentos empregados, sem estarem condicionadas a setores ou atividades econômicas específicas. § 3º Consideram-se setoriais as normas que regulamentam a execução do trabalho em setores ou atividades econômicas específicas”.

Dessa forma, o ato normativo ou administrativo deve estar em consonância com a Constituição, os tratados internacionais ratificados e a jurisprudência da Corte IDH, tanto em suas sentenças quanto em suas opiniões consultivas.

Além disso, a Corte IDH determina que os agentes estatais ajam de maneira a cumprir a CADH e a interpretação dada pela Corte aos seus dispositivos. Inclusive, a jurisprudência do STF já acata tais premissas.

Ademais, a doutrina da coisa interpretada determina que os Estados-partes do SIDH devem respeitar a interpretação que foi dada a determinado dispositivo da CADH pela Corte IDH, mesmo nos processos em que não tenham sido partes. A aplicação de tal teoria é determinada expressamente pela Corte IDH.

Por fim, a necessidade de se fazer o controle de convencionalidade não alcança apenas o Poder Judiciário, mas também o Poder Legislativo e o Executivo (cf. sentença no Caso Gelman vs Uruguai). Com isso, a Administração Pública também deve respeitar os tratados e a interpretação da Corte IDH quando da edição de atos administrativos.

E, como o Ministério do Trabalho e Previdência integra o Poder Executivo, também está obrigado a editar ou alterar as normas regulamentadoras em consonância com o disposto nas normas constitucionais, tratados internacionais e interpretação da Corte IDH.

Referências

ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 15, n. 59, p. 29-46, 2015.

BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 19, p. 25-70, 2015.

BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Renovar, 2008.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FARACO, Michel. O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira. In: CLEVE, Clèmerson Merlin. *et al.* **Jurisdição Constitucional em Perspectiva**. Revista dos Tribunais, 2020.

DE CARVALHO, Luciani Coimbra; CALIXTO, Angela Jank. Diálogos interjudiciais: a obrigatoriedade de seu desenvolvimento no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. **Revista eletrônica do curso de direito da UFSM**, v. 14, n. 1, p. 30919, 2019.

DOS SANTOS, Neves; CORBACHO, Juliana. Execução das Decisões Emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Sistema Jurídico Brasileiro e Seus Efeitos. **Prismas: Dir., Pol. Publi. E Mundial**, Brasília, v. 8, n. 1, 261-307, 2011.

GUSSOLI, Felipe Klein. Controle de convencionalidade de ofício pela Administração Pública no exercício de sua função típica. **Revista Jurídica (FURB)**, v. 24, n. 53, p. 7853, 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. **Fórum Administrativo Direito Público 100**, 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bidLogin.aspx?ReturnUrl=%2fbid%2fPDI0006.aspx%3fpdiCntd%3d57927&pdiCntd=5792>.

MARINO, Tiago Fuchs; DE CARVALHO, Luciani Coimbra. A Doutrina da Res Interpretata no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Diferenciais, Potencialidades e Desafios. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, v. 8, n. 16, p. 75-94, 2020.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y los controles legisferante y administrativo de convencionalidad. *In*: SAGÜÉS, Néstor Pedro. **La Constitución bajo tensión**. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.

A APLICAÇÃO TRIFÁSICA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO DO TRABALHO

Renato Sabino Carvalho Filho¹

Luciani Coimbra de Carvalho²

RESUMO: O problema envolvido no artigo diz respeito à possibilidade de se aplicar o princípio da proporcionalidade para solucionar situações trabalhistas que envolvem conflitos entre os direitos fundamentais dos empregados e dos empregadores. A hipótese que se levanta é de que a análise trifásica da proporcionalidade é apta para resolver tais conflitos, quando não houver previsão legal expressa a respeito. O artigo é escrito por levantamento bibliográfico e método dialético, com análise da doutrina sobre o tema. O artigo é iniciado com a análise do princípio da proporcionalidade, analisando a doutrina quanto à natureza e previsão constitucional do princípio. Após, são explorados os três subprincípios constitutivos do princípio da proporcionalidade, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Por fim, analisam-se alguns casos recorrentes em que a se deve concluir se alguma restrição aos direitos fundamentais dos trabalhadores é permitida, após a análise de compatibilidade com o princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT: The problem involved in the article concerns the possibility of applying the principle of proportionality to solve labor situations that involve conflicts between the fundamental rights of employees and employers. The hypothesis that arises is that the three-phase analysis of proportionality is able to resolve such conflicts, when there is no express legal provision about it. The article is written by bibliographic survey and dialectical method, with analysis of the doctrine on the subject. The article is initiated with the analysis of the principle of proportionality, analyzing the doctrine regarding the nature and constitutional prediction of the principle. After that, the three sub-principles cons-

¹ Doutor em Direito do Trabalho pela USP. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Juiz da 62ª TV de São Paulo.

² Doutora e mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora-adjunta da Graduação e do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Editora da Revista Direito UFMS. Vice-presidente do Conselho de Curadores da Fundação de Apoio à Pesquisa, ao Ensino e à Cultura (Fapec)

tituting the principle of proportionality are explored, such as adequacy, necessity and proportionality in the strict sense. Finally, there are some recurrent cases in which it must be concluded whether any restriction on the fundamental rights of workers is permitted, after the analysis of compatibility with the principle of proportionality

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da proporcionalidade. Adequação. Necessidade.

KEYWORDS: Principle of proportionality. Adequacy. Need

SUMÁRIO: Introdução. 1. Princípio da proporcionalidade: natureza e fundamento constitucional. 2. Os subprincípios constitutivos: 2.1. Princípio da adequação; 2.2. Princípio da necessidade; 2.3. Princípio da proporcionalidade em sentido estrito. 3. A aplicação trifásica do princípio da proporcionalidade em casos trabalhistas: 3.1. O princípio da adequação como limitador de obrigações de não fazer; 3.2. Vigilância à distância por câmeras; 3.3. Monitoramento de e-mail privado e profissional. Conclusão. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. Principle of proportionality: nature and constitutional basis. 2. The constitutive sub-principles: 2.1. Principle of adequacy; 2.2. Principle of necessity; 2.3. Principle of proportionality in the strict sense. 3. The three-phase application of the principle of proportionality in labor cases: 3.1. the principle of adequacy as a limiting limitor of non-obligations; 3.2. Remote surveillance by cameras; 3.3. Private and professional email monitoring. Conclusion. References.

Introdução

A jurisprudência trabalhista tem muitos precedentes, pelos quais a verificação da validade de restrição a um direito fundamental da pessoa (normalmente o trabalhador) é decidida por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade. Tal princípio é normalmente ligado à ideia de razoabilidade, porém ele encerra em si uma análise mais complexa, feita em três fases distintas. Cada uma dessas fases é composta por um princípio ou subprincípio, quais sejam, princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

O problema a ser resolvido é a verificação da possibilidade e a forma de aplicação do princípio da proporcionalidade para solucionar os conflitos em que direitos fundamentais protegidos estão envolvidos.

Para tanto, será feito um estudo sobre aspectos gerais do princípio da proporcionalidade, como sua natureza jurídica e sua previsão constitucional. Após, cada uma das três fases do princípio da proporcionalidade serão estudadas. Por fim, o artigo se

dedica a fazer a análise de três situações, cuja solução demanda a aplicação do princípio da proporcionalidade.

A hipótese a ser desenvolvida é de os conflitos podem ser resolvidos por meio do uso do princípio da proporcionalidade, podendo haver a reprovação da adoção de determinada restrição na primeira fase de análise, assim como na segunda ou na terceira fase.

O objetivo do artigo é, assim, estudar o raciocínio que se deve fazer para concluir se a restrição a um direito fundamental do empregado é válida, para se proteger um direito fundamental do empregador.

Para tanto, será feito levantamento bibliográfico e utilizado o método dialético, para o exame das posições doutrinárias antagônicas a respeito de cada problema apresentado. Também será utilizado o método dedutivo, pois as conclusões específicas do trabalho serão atingidas por meio da verificação das premissas gerais que serão realizadas. Como fontes, valer-se-á, primordialmente, dos textos legislativos nacionais e estrangeiros que regulam a matéria.

1. Princípio da proporcionalidade: natureza e fundamento constitucional.

O princípio da proporcionalidade é o meio pelo qual se concretiza limitação a direito fundamental no caso concreto. A sua aplicação é vinculante aos Poderes de Estado, evitando, assim, intromissões arbitrárias na vida dos cidadãos. Não se trata de um direito fundamental, mas sim de um critério para se controlar a extensão e o alcance de uma limitação a direito fundamental (AMARAL, 2007).

É a exigência de racionalidade, sendo imposto para que os atos estatais não sejam desprovidos de um mínimo de sustentabilidade. O princípio surgiu na Suíça, porém teve maior desenvolvimento teórico e aplicação prática no ordenamento jurídico alemão. No período após a 2ª Guerra Mundial, o princípio da proporcionalidade foi alçado a princípio constitucional, na esteira da posição consolidada no Tribunal Constitucional da República Federal Alemã (TAVARES, 2003).

Discute-se se a proporcionalidade encerra um princípio, uma máxima, um postulado ou uma regra.

Os princípios são normas que demandam uma realização na maior medida possível, em razão de condições fáticas e jurídicas do caso concreto, ou seja, são os mandamentos de otimização (ALEXY, 2007). Por isso, Virgílio Afonso da Silva ensina que a proporcionalidade não deveria ser chamada de um princípio, pois a proporcionalidade não segue o raciocínio meramente de otimização. Ao contrário, ela teria estrutura de regra, pois impõe um dever definitivo. Com isso, a aplicação da proporcionalidade é

feita no todo, e não está sujeita a condicionantes de fato e de direito do caso concreto. Vale ponderar que a regra da proporcionalidade deve ser entendida como uma regra especial, uma meta-regra, em um segundo nível, com o objetivo de diferenciá-la das demais regras de conduta ou de competência, por exemplo (DA SILVA, 2009).

Da mesma forma, não se deve adotar a tradução literal do alemão, que trataria da máxima da proporcionalidade. Isso porque se poderia passar a ideia de que a sua aplicação é apenas uma recomendação, e não um dever. Além disso, o termo não é usualmente aplicado na linguagem pátria (DA SILVA, 2009).

Por fim, afasta-se o uso da denominação postulado, pois este se refere a uma norma que estabelece a estrutura de aplicação de outras normas (uma metanorma, portanto). Contudo, a proporcionalidade, em verdade, seria uma regra de aplicação de outras regras (DA SILVA, 2009).

Também não há na doutrina posicionamento pacífico quanto à previsão do princípio da proporcionalidade na Constituição.

Com base na doutrina alemã, defende-se que o princípio seria decorrente do Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º da Constituição. Isso, porque seria uma vedação ao arbítrio e ao excesso de poder. Garante, assim, o núcleo essencial dos direitos fundamentais por acomodar diversos interesses em jogo. Em tal norte, o princípio vincula, inclusive, o Poder Legislativo na elaboração de leis. (TAVARES, 2003).

Por outro lado, com inspiração na doutrina norte-americana, defende-se que o princípio é decorrência do devido processo legal substantivo, que é limitação constitucional dos poderes do Estado que estaria atrelada aos direitos fundamentais. Ele estaria, assim, previsto no art. 5º, LIV, da Constituição (BARROSO, 2009) e (MENDES, 1998).

Referida teoria está ligada às três fases empíricas do desenvolvimento do devido processo legal nos Estados Unidos. A primeira delas é a fase adjetiva, em que o devido processo legal é uma garantia do réu, ou seja, o foco da atenção era o procedimento, o contraditório e a ampla defesa. Após, caminha-se para a fase substantiva, com o devido processo legal como instrumento de avaliação de constitucionalidade das leis estaduais e das leis do Congresso. Assim, com a *regra da razão*, os tribunais passaram a limitar o poder do Estado, que era liberal. Isso acabou por dar aos julgadores muito poder, considerando que o Estado era liberal e havia forte limitação das ingerências estatais e das garantias individuais. Por fim, a fase substantiva é marcada pelo Estado Social, estando os juízes vinculados a critérios de justiça material no momento de controlar a razoabilidade dos atos estatais. Nessa fase, existe um processo técnico de adequação das leis aos princípios fundamentais do direito, que é um controle feito pela adoção do princípio da proporcionalidade (TAVARES, 2003).

Também se sustenta que o princípio da proporcionalidade decorre do princípio da isonomia, principalmente em decorrência da igualdade proporcional que

está presente na justiça retributiva. Estaria ligado ao aspecto material do princípio da isonomia, sendo critério de justa medida de distribuição dos direitos e deveres sociais. Em tal ponto, deve-se atentar para a passagem da igualdade-idade para a igualdade-proporcional. Assim, o princípio estaria presente no art. 5º, *caput*, da Constituição (BONAVIDES, 1997).

Há, por fim, corrente segundo a qual o princípio da proporcionalidade estaria previsto no art. 5º, § 2º, da Constituição (TAVARES, 2003).

Conclui-se, assim, que, ante a falta de previsão expressa do princípio da proporcionalidade na Constituição, ele tem diversas matrizes constitucionais, de onde emerge seu fundamento de validade para aplicação na solução de conflitos entre direitos fundamentais.

2. Os subprincípios constitutivos

O princípio da proporcionalidade é constituído por três grandes princípios, subprincípios, elementos ou subcritérios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Por meio deles é que se analisa uma determinada restrição a direito fundamental é proporcional.

Trata-se de um caminho composto por três fases. Verifica-se, assim, se determinada restrição é adequada e necessária para, ao final, valorar-se se ela atende à proporcionalidade em sentido estrito. A restrição será válida se houver aprovação em todas essas etapas. Por outro lado, ela não será considerada válida se algum desses critérios não for atingido, por falta de legitimidade constitucional.

2.1. Princípio da adequação

O princípio da adequação determina que a restrição a direito fundamental deve ser apta e adequada a permitir a proteção de outro direito ou bem jurídico, que também conte com proteção constitucional. De fato, o objetivo a ser atingido deve ser constitucionalmente legítimo, pois deve realizar e proteger outro direito fundamental (DA SILVA, 2009). Por tal motivo, o princípio da necessidade também é chamado de princípio da idoneidade, pois exige-se a legitimidade constitucional do objetivo, além da idoneidade da medida examinada (PULIDO, 2003).

É uma análise prática e linear, para verificar se aquela restrição é apta a alcançar a finalidade pretendida. O fim poderá ser alcançado pelo meio eleito (ainda que, em fase posterior, se entenda que a medida é desproporcional).

Quanto à finalidade da adequação, para parte da doutrina, o princípio da adequação deve ser necessário para realizar por completo o objetivo perseguido (Mendes, 2000). Contudo, prevalece o entendimento de que ela deve ser necessária

apenas para fomentar o objeto pretendido, ainda que não o realize por concreto. Com efeito, é contraproducente exigir a realização por completo do objetivo perseguido, pois não se saberá, logo em princípio, se uma medida efetivamente realizará por completo a finalidade a que se propõe (DA SILVA, 2009).

Por fim, nesta fase, a análise é meramente técnica e não tem juízo de valor (que estará presente apenas na última fase). O meio escolhido deve servir para, ainda que de forma parcial, realizar o objetivo pretendido, sem considerações sobre seu grau de aptidão (AMARAL, 2007).

Para ilustrar, imagine-se a situação de empregador que, para controlar a existência de pequenos furtos, queira fazer revista íntima em seus empregados ou, então, instalar câmeras de vigilância. Haveria choque entre o direito fundamental à propriedade do empregador e o direito fundamental à intimidade do empregado. A partir do momento em que a revista íntima é um meio pelo qual se atinge o objetivo de controlar a existência de pequenos furtos, então se conclui que a revista é medida adequada para tanto. O juízo valorativo não é, portanto, feito nesta primeira fase.

2.2. Princípio da necessidade

O princípio da necessidade aponta que a medida de limitação deve ser imprescindível para que se alcance o objetivo pretendido. Em tal norte, deve-se buscar o meio menos gravoso para se atingir o objetivo final com a mesma eficácia (AMARAL, 2009).

Neste caso, é feita uma análise comparativa entre duas formas de restrição. O meio limitador deve ser necessário quando for comparado com outras alternativas. É o contrário do princípio da adequação, em que a análise era estritamente linear (DA SILVA, 2009).

É importante ponderar que a medida a ser escolhida nesta segunda fase é a que atinja o objetivo final com mais eficácia, mesmo que seja meio mais gravoso. Mais uma vez, não é feito juízo de valor nesta fase.

Esta segunda fase conta com duas etapas distintas, com feição comparativa. A primeira delas é a análise do grau em que o direito é realizado por cada uma das medidas em comparação, ou seja, é a verificação da igualdade de adequação dos meios, ou seja, a constatação de que ambos os meios devem promover igualmente a finalidade pretendida. A segunda delas é o exame do grau de restrição do direito fundamental que será atingido, ou seja, a análise de qual seria o meio menos restritivo, para se poder constatar se os meios alternativos restringem direitos fundamentais em menor medida (SARLET, 2009).

Vê-se, assim, que a restrição a direito fundamental mais eficiente pode ser a mais gravosa (assim como a menos gravosa pode ser a menos eficiente). Em tal caso, na

análise desta segunda fase, deve prevalecer a medida que seja mais eficiente, ainda que mais gravosa. Com efeito, se a medida menos gravosa fosse a medida preferencial, então a conclusão seria de que a resposta para o princípio da necessidade é sempre a omissão do Estado (ineficiente, porém menos gravosa). Além disso, a análise valorativa será feita apenas na última fase, que é a da proporcionalidade em sentido estrito (DA SILVA, 2009).

Por esse ponto, o exame do grau de restrição do direito fundamental só será avaliado se houver duas medidas de restrição que realizem o direito com a mesma eficiência. A questão a se fazer é se existem medidas tão eficientes quanto, porém com menor restrição de direito (DA SILVA, 2009).

Ainda no exemplo abordado no item anterior, na análise comparativa entre a revista íntima e as câmeras de vigilância, é de se concluir que a revista íntima é o meio mais eficiente para se realizar a proteção ao direito de propriedade do empregador, ainda que seja o meio mais gravoso.

Por fim, existem algumas condições que são inerentes à necessidade. A necessidade material aponta que o meio deve ser o mais poupado possível para a limitação de direitos fundamentais. A exigibilidade espacial exige-se a necessidade de limitação do âmbito da intervenção. A exigibilidade temporal demanda a limitação no tempo da medida coativa. Por fim, a exigibilidade pessoal propõe que a medida deve ser limitada à pessoa ou às pessoas que terão seus interesses sacrificados (CANOTILHO, 1991).

2.3. Princípio da proporcionalidade em sentido estrito

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito exige que a medida que foi escolhida quando da análise da necessidade (segunda fase) traga equilíbrio entre os benefícios obtidos com a proteção do direito a ser protegido e os prejuízos para o direito de quem sofreu a intervenção. A medida será proporcional se ela gerar mais benefícios para a coletividade do que prejuízos para os demais valores e direitos em conflito. Por outro lado, ela será desproporcional se os prejuízos à coletividade forem maiores do que os benefícios. Deve existir, assim, a proporcionalidade entre o sacrifício de determinado direito fundamental e a finalidade a ser alcançada (Amaral, 2007). A medida mais adequada e necessária pode ser, portanto, desproporcional (SARLET, 2009).

É nesta última etapa, portanto, que é feita a análise valorativa ou axiológica da restrição que foi escolhida na fase anterior como sendo a mais eficiente para proteger determinado direito. Por tal motivo é que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito também é chamado de princípio da proibição do excesso (Abrantes, 2005) ou de princípio da razoabilidade ou justa medida (SARLET, 2009).

Enquanto a adequação e a necessidade referem-se aos pressupostos fáticos da proporcionalidade, a proporcionalidade em sentido estrito diz respeito à sua ponderação jurídica (TAVARES, 2003).

Finalizando a análise da possibilidade de revista íntima para a proteção da propriedade do empregador (que havia sido escolhido como o meio para eficiente para tanto quando da verificação da necessidade), entende-se que tal restrição à intimidade dos empregados é desproporcional, pois traz mais prejuízos à coletividade do que benefícios ao bem protegido. A revista íntima, portanto, deve ser reputada inconstitucional, não pela violação ao princípio da adequação (1ª fase) ou da necessidade (2ª fase), mas sim pela violação ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito.³

O sopesamento entre os prejuízos e os benefícios encerra uma avaliação subjetiva, o que pode ser digno de crítica. Contudo, mesmo a análise da necessidade já existe certo caráter subjetivo para se verificar qual medida de restrição seria a mais eficiente (DA SILVA, 2009).

Aliás, mesmo que a proporcionalidade em sentido estrito fosse suprimida, por ser subjetiva, mesmo assim a verificação da hierarquia dos bens tutelados não deixaria de existir, mas seria deslocada para uma das etapas anteriores. Isso porque o sopesamento entre os meios e os fins almejados é intrínseca ao princípio da proporcionalidade (SARLET, 2009).

3. A aplicação trifásica do princípio da proporcionalidade em casos trabalhistas

É comum que muitos conflitos trabalhistas abranjam a colisão de direitos fundamentais do empregador (notadamente o direito fundamental de propriedade ou à livre iniciativa) e os direitos da personalidade do empregado. Em tais casos, o princípio da proporcionalidade pode ser utilizado para solucionar a controvérsia.

O princípio da proporcionalidade foi expressamente adotado pelo art. 18º, 2, da Constituição de Portugal, pois este prevê que a lei só poderá restringir os direitos, garantias e liberdades nas hipóteses expressamente previstas na Constituição, devendo as restrições se limitar ao necessário para proteger outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos.⁴

³ O artigo 373-A, VI, da Consolidação das Leis do Trabalho proíbe a revista íntima às empregadas, vedação esta que também se aplica aos homens, em razão do princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da Constituição).

⁴ Artigo 18º - (Força jurídica)1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Tal previsão traz a essência e a destinação do princípio, qual seja, a proteção aos direitos fundamentais, compatibilizando-se, assim, com a essência e a destinação da própria Constituição (GUERRA FILHO, 1999).

A previsão constitucional portuguesa demonstra que os poderes do empregador e a liberdade negocial possuem o limite intransponível da intangibilidade do conteúdo essencial de qualquer dos direitos fundamentais dos empregados. Em tal norte, qualquer limitação deve sempre respeitar a extensão e o alcance dos direitos fundamentais, sob pena de ser inválida. Assim, a previsão do n. 3 do art. 18 da Constituição de Portugal também se aplicaria às relações privadas. Além disso, referidas limitações não podem ser injustificadas, arbitrárias ou desrazoáveis, pois elas devem ser necessárias e adequadas ao fim protegido (ABRANTES, 2005).

Com efeito, o poder diretivo do empregador não é ilimitado, notadamente quando alguma medida pode ferir direito fundamental dos empregados. Com isso, o princípio da proporcionalidade deve ser o método para se avaliar a constitucionalidade de alguma restrição, por meio de sua análise trifásica.

Saliente-se que a conclusão de que uma medida é desproporcional pode ocorrer por violação ao princípio da adequação, da necessidade ou da proporcionalidade em sentido estrito, conforme se demonstrará a seguir.

A proporcionalidade não se confunde com a razoabilidade.

Com relação à origem, a proporcionalidade deriva do direito alemão, enquanto a razoabilidade tem sua origem no direito anglo-saxão, com destacado desenvolvimento no direito norte-americano.

Além disso, a proporcionalidade demanda uma análise comparativa em três fases distintas. Já a razoabilidade não exige uma análise comparativa entre dois meios de restrição de direitos, sendo feita por meio da verificação da pertinência de apenas uma medida, sem a adoção de um procedimento trifásico.

O maior ponto de contato entre a razoabilidade e a proporcionalidade seria a proporcionalidade em sentido estrito, pois esta exige uma comparação entre a importância da realização e a intensidade da restrição (SARLET, 2009).

Por outro lado, Barroso defende que os conceitos são próximos e poderia haver fungibilidade entre ambos, por serem intercambiáveis, apesar de terem origem e desenvolvimento diversos. Isso porque possuem os mesmos valores subjacentes, de racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum e rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos (BARROSO, 2009).

A razoabilidade também é enxergada como mais ampla do que a proporcionalidade, pois a razoabilidade tem ligação com a qualidade da ação concreta, enquanto

que a proporcionalidade tem ligação com a quantidade, para se evitar a proibição do excesso (QUEIROZ, 2000).

3.1. O princípio da adequação como limitador de obrigações de não fazer

Considerando a livre iniciativa, a empresa tem a liberdade de definir as modalidades de contratação mais adequadas para a atividade empresarial, desde que previstas em lei. A partir do momento em que a empresa adota prática ilegal, pode ser condenada em ação civil pública ao cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer.

Contudo, eventual condenação em obrigação de não fazer não pode limitar o regular exercício de liberdade negocial além do estritamente necessário para fazer cessar a prática ilícita. Caso isso ocorra, haverá violação ao princípio da proporcionalidade, especificamente ao subprincípio da adequação. Isso porque a medida adotada em excesso não seria adequada para coibir a prática ilícita.

Imagine-se a situação em que uma empresa adota a prática de intermediação ilícita de mão de obra por meio de cooperativa para todos os seus prestadores de serviço e, com isso, deixar de reconhecer formalmente o vínculo empregatício. Caso se reconheça, em ação civil pública, que houve fraude aos artigos 2º e 3º da CLT, é possível que o Poder Judiciário condene a empresa na obrigação de não fazer consistente em não contratar ilicitamente trabalhadores cooperativados. Isso porque a medida é apta para se conseguir o objetivo a ser alcançado, de evitar a fraude no reconhecimento de vínculo empregatício.

Saliente-se que as cooperativas contam com previsão na Lei n. 5.764/1971 e na Lei n. 12.690/2012, sendo consideradas sociedades de trabalhadores autônomos de uma mesma região, que, por afinidade profissional, aglutinam-se profissionalmente para obterem lucro (MARTINEZ, 2020). Assim, a contratação de trabalhadores cooperados é lícita, quando atender tiver o objetivo de facilitar e permitir a contratação de trabalhador autônomo.

Por tal motivo, uma pessoa física ou jurídica possui o direito de contratar trabalhadores cooperados quando atender a finalidade legal. Assim, se a condenação abranger a proibição geral de contratar trabalhadores cooperados, haverá ofensa ao princípio da proporcionalidade, pois a vedação deve abranger apenas a prática inadequada da contratação de cooperados, e não a contratação lícita. Nesse sentido foi o julgamento da Subseção de Dissídios Individuais 1 (SBDI-1) do TST nos autos E-ED-RR-152800-16.2001.5.03.0019, SBDI-1, rel. Ministro Aloysio Correa da Veiga, DJE 19/12/2013).

Vê-se, assim, que a proibição geral de intermediação de obra por cooperativas abrangeria, inclusive, os casos de intermediação lícita. E, se houver ilicitude, a obri-

gação imposta não é apta ou adequada a alcançar o objetivo de se evitar fraude, daí porque há violação especificamente ao subprincípio da adequação.

Trata-se, portanto, de limitação desproporcional (e indevida, portanto), à livre iniciativa imposta pelo Poder Judiciário.

3.2. Vigilância à distância por câmeras

O uso de câmeras de vigilância traz restrição ao direito fundamental à intimidade do trabalhador, uma vez que este permanecerá o tempo todo sob a supervisão remota do empregador. Tal medida pode ter a finalidade de proteger o ambiente de trabalho, porém muitas empresas as têm utilizado também para controlar o desempenho dos empregados, verificando se estão, efetivamente, se dedicando ao trabalho.

O art. 20º, I, do Código de Trabalho Português (CTP) prevê que o uso de câmeras de vigilância é ilícito se tiver como objetivo o controle de desempenho das atividades dos empregados⁵.

Já o art. 20º, II, do CTP prevê que a instalação de câmeras de vigilância no ambiente de trabalho é lícito para a proteção e segurança de pessoas e bens ou quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade o justifiquem, a exemplo de câmeras nos bancos e em casas lotéricas. Mesmo assim, o empregador deve informar os empregados previamente e por escrito sobre o monitoramento⁶.

Em Portugal, a utilização para o uso de câmeras deve ser autorizada pela Comissão Nacional de Proteção de Dados, o que só ocorrerá se a utilização dos meios for necessária, adequada e proporcional aos objetivos que a atingir, o que demonstra que o art. 21º, 2, do CTP já trouxe para a previsão legal a aplicação trifásica do princípio da proporcionalidade⁷.

O ordenamento jurídico brasileiro, todavia, não conta com previsão legal acerca da possibilidade ou vedação do uso de câmeras de acordo com a sua finalidade. Por isso, a solução para o conflito entre direitos fundamentais deve ser feita por meio do princípio da proporcionalidade.

⁵ Artigo 20º (Meios de vigilância a distância): 1 – O empregador não pode utilizar meios de vigilância a distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador.

⁶ Artigo 20º (Meios de vigilância a distância): 2 – A utilização de equipamento referido no número anterior é lícita sempre que tenha por finalidade a proteção e segurança de pessoas e bens ou quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade o justifiquem. 3 – [...].

⁷ Artigo 21º (Utilização de meios de vigilância a distância). 1 – A utilização de meios de vigilância a distância no local de trabalho está sujeita a autorização da Comissão Nacional de Proteção de Dados. 2 – A autorização só pode ser concedida se a utilização dos meios for necessária, adequada e proporcional aos objetivos a atingir.

Vale ponderar que o Código de Trabalho Português, ao invés de prever limites, previu soluções que decorrem de regras gerais de aplicação da Constituição e do Código Civil, bem como esclareceu dúvidas referentes a vários aspectos, nomeadamente limitando a possibilidade de o empregador fiscalizar a prestação da atividade com câmeras de vídeo (MARTINEZ, 2019).

Ainda que não exista proibição legal expressa, o uso de câmeras de vigilância para o controle de produtividade deve ser reputado desproporcional, por violar o princípio da necessidade. Com efeito, ao se comparar o uso de câmeras com outros meios de verificação de produtividade (como controles de metas ou indicadores de produção), a conclusão a que se chega é de que o uso de câmeras não será o meio mais eficiente para o objetivo a ser alcançado.

Por outro lado, é proporcional o uso de câmeras para garantir a segurança patrimonial ou das pessoas, bem como quando existirem exigências relativas à natureza da atividade, sendo relevante que haja conhecimento prévio dos empregados (Garcia, 2020). Contudo, as câmeras não podem ser instaladas em áreas que possam violar a intimidade das pessoas, a exemplo de banheiros e vestiários (DELGADO, 2016).

3.3. Monitoramento de e-mail privado e profissional

Outra situação que gera controvérsia e pode ser resolvida com fundamento no princípio da proporcionalidade é o monitoramento de e-mail pessoal ou profissional dos empregados.

Da mesma forma, o CTP conta com previsão expressa quanto ao ponto no art. 22°. Garante-se o direito de confidencialidade quanto ao e-mail pessoal, porém, de outro lado, permite-se que o empregador possa instituir regras de utilização do e-mail corporativo.⁸

No Brasil, conforme vedação no art. 5º, XII, da Constituição, é inviolável o sigilo de correspondência e das informações telegráficas, o que deve abranger o e-mail pessoal do empregado. Em tal norte, a vedação é decorrente de expressa previsão constitucional.

Já com relação ao e-mail corporativo, a análise trifásica da proporcionalidade permite o monitoramento por parte do empregador. Isso porque o e-mail corporativo se destina às mensagens para fins estritamente profissionais, equiparando-se a uma ferramenta do trabalho. Ademais, a conduta do empregado com seu e-mail funcional

⁸ Artigo 22º (Confidencialidade de mensagens e de acesso a informação). 1 – O trabalhador goza do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso a informação de carácter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio eletrónico. 2 – O disposto no número anterior não prejudica o poder de o empregador estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação na empresa, nomeadamente do correio eletrónico.

pode refletir negativamente na imagem da empresa e eventual ato faltoso do empregado com o e-mail funcional pode refletir em responsabilidade da empresa, nos termos do art. 932, III, do Código Civil. Da mesma forma, é indicado que o empregado tenha ciência de que o empregador tem a possibilidade de monitorar o e-mail funcional dos empregados. Tal permissão se justifica especificamente pelo princípio da proporcionalidade (GARCIA, 2020). Nesse sentido foi a decisão da 1ª Turma do TST no RR 61300-23.2000.5.10.0013 (rel. Ministro João Oreste Dalazen, DJ 10/06/2005).

Conclusão

Enquanto existir um conflito entre dois direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade é o método pelo qual se pode concluir que determinado direito deve prevalecer sobre outro.

O princípio da adequação é composto de três subprincípios, que devem ser aplicados ao caso concreto em uma análise trifásica. Pelo princípio da adequação, a medida de restrição deve ser adequada para se alcançar determinado fim. Pelo princípio da necessidade, a medida de restrição deve ser aquela que atinge a finalidade com mais eficiência, ainda que seja mais gravosa. Por fim, pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito, é feita uma análise valorativa se a medida de restrição traz mais benefícios à coletividade do que prejuízo aos direitos fundamentais, sem excluir o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Por ter fundamento na Constituição, o princípio da proporcionalidade pode ser utilizado na análise de meios de restrições de direito dos empregados normalmente impostos pelos empregadores. Em tais casos, a solução é obtida pela aplicação trifásica dos subprincípios constitutivos, tendo sido analisadas algumas situações mais recorrentes.

Por violação ao subprincípio da adequação, o Poder Judiciário não pode condenar uma empresa a uma obrigação de não fazer, abrangendo indistintamente práticas ilícitas e lícitas.

Por violação ao subprincípio da necessidade, não pode o empregador instalar câmeras de vigilância para controlar a produtividade dos empregados. Já por respeitar o princípio da proporcionalidade, em regra, o empregador pode instalar câmeras de vigilância para garantir a segurança patrimonial e das pessoas.

Por violação ao art. 5º, XII, da Constituição, o empregador não pode acessar o e-mail pessoal dos seus empregados. Contudo, por respeitar as três fases do princípio da proporcionalidade, o empregador pode exercer controle sobre as mensagens enviadas em e-mail corporativo.

Referências

- ABRANTES, José João. **Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais**. Coimbra editora, 2005.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Saraiva, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Malheiros, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- DA SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. Editora Malheiros, 2009.
- DE MORAES, Guilherme Braga Penã. **Dos Direitos Fundamentais: contribuição para uma teoria**. LTr, 1997.
- DE PAULA AMARAL, Júlio Ricardo. **Eficácia nos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. LTr, 2007.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2009.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. Saraiva, 2020.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago **Processo constitucional e direitos fundamentais**. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/Celso Bastos, 1999.
- MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. Saraiva Educação SA, 2020.
- MARTINEZ, Pedro Romano. **Curso de Direito do Trabalho**. Almedina, 2019.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. Celso Bastos, 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Repertório IOB de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo**, 14, 2000.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Atlas, 2008.
- PULIDO, Carlos Bernal. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como critério para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. **Centro de Estudios Políticos y Constitucionales**, 2003.
- QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. **Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 44, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Livraria do Advogado, 2009.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. Saraiva, 2003.

LEI Nº 14.151/2021: PRIMADOS, CONSEQUÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS SOBRE A PROTEÇÃO DA VIDA DE GESTANTES E NASCITUROS

Rodrigo Trindade¹

RESUMO: A recente Lei nº 14.151/2021 traz em sua justificacão a bagagem civilizaco de priorizaco na protecco à gestante e à crianca em formaco e também apresenta diversas dvidas interpretativas. Sua fórmula é coerente com o direito brasileiro de avanco na protecco. Trata-se de norma de caráter público e cogente, prescindindo de qualquer condico para imediato afastamento do servico na sede da empresa. Avaliam-se diversas divergências interpretativas, como âmbito aplicativo, termo inicial e final, responsabilidade por salários, constitucionalidade, condicoes para migraco ao trabalho doméstico, possibilidade de suspensão contratual e integracco a outras classes de trabalhadoras.

ABSTRACT: The recent Law No. 14,151/2021 provides in its justification the civilizing baggage of prioritization in the protection of pregnant women and children in training and also presents several interpretative doubts. Its formula is consistent with the Brazilian right of advancement in protection. It is a public and cogent rule, without any condition for immediate removal from the service at the company's headquarters. Several interpretative divergences are evaluated, such as application scope, initial and final term, responsibility for wages, constitutionality, conditions for migration to domestic work, possibility of contractual suspension and integration to other classes of workers.

PALAVRAS-CHAVE: Gestante. Suspensão contratual. Lei nº 14.151/2021.

KEYWORDS: Pregnant woman. Contractual suspension. Law No. 14,151/2021.

SUMÁRIO: Introducco. 1. A opcco brasileira de protecco à gestante e ao nascituro. 2. O direito emergencial do trabalho. 3. Âmbito aplicativo. Norma de ordem pública. 4. Período de afastamento. 5. Responsabilidade por salários. 6. Possibilidade de passagem ao trabalho em domicílio. 7. É possível a suspensão

¹ Mestre em Direito das Relacoes Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Juiz do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da IV Região.

do contrato de trabalho de gestante, com aplicação da MP nº 1.045? 8. Outras questões controvertidas. Conclusões. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. The Brazilian option of protection for pregnant women and the unborn child. 2. The emergency right of work. 3. Application scope. Public order standard. 4. Period of removal. 5. Responsibility for wages. 6. Possibility of going to work at home. 7. Is it possible to suspend the pregnant woman's employment contract, with application of MP no. 1,045? 8. Other questions at issue. Conclusions. References.

Introdução

“Toda a unanimidade é burra”, escreveu o cronista Nelson Rodrigues. Boa frase para repetir e refletir, pois – bem verdade – costuma se aplicar a quase universalidade dos temas simples do cotidiano. Mas nem tudo encontra guarda, há unanimidades que podem ser inteligentes, éticas, necessárias, sob risco de se cair em relativismo destituído de moral. O reconhecimento da prioridade na proteção à gestante e ao nascituro é posição, se não unânime na humanidade ainda humanizada, pelo menos apresenta-se muito próxima a isso.

A recente Lei nº 14.151/2021 traz em sua justificativa a bagagem civilizatória de priorização na proteção à gestante e à criança em formação. E embora seus fundamentos se acerquem da unanimidade, a lei não chega nem próxima das perspectivas de conformidades aplicativas. No mundo adulto, para temas importantes e complexos não há de se esperar soluções simples e absolutas. Por isso, ainda que essa “pequena notável” se constitua de único artigo normativo – ou talvez justamente por isso – apresenta-se com invulgares divergências sobre modos e consequências em sua aplicação.

Eis o singelo texto legal:

Art. 1º Durante a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do novo coronavírus, a empregada gestante deverá permanecer afastada das atividades de trabalho presencial, sem prejuízo de sua remuneração.

Parágrafo único. A empregada afastada nos termos do *caput* deste artigo ficará à disposição para exercer as atividades em seu domicílio, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou outra forma de trabalho a distância.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Adianta-se que, mesmo com tão reduzida redação, não há de se esperar fórmulas avaliativas prontas. O objetivo do presente estudo não é o de mastigar tema intrincado e devolvê-lo reduzi-lo a simplificações forçadas, fórmulas aplicativas artificiais e desonestas expectativas de julgamentos infalíveis. Pretende-se, justamente,

pontuar os embaraços de suas questões mais importantes, apresentar fundamentos para opções hermenêuticas razoáveis e auxiliar na construção de uma prática que possa alcançar os objetivos sistêmicos - tanto do direito brasileiro perene, como do contexto próximo, o direito emergencial do trabalho.

1. A opção brasileira da proteção à gestante e ao nascituro

O mais importante documento brasileiro de convivência, a Constituição da República, traz espaço privilegiado na proteção à gestante e ao nascituro. Em seu artigo 5º, *caput*, estabelece, como um dos seus valores basilares, o direito inviolável à vida. No art. 7º, XVIII, assim como no art. 392 da CLT, assegura-se à gestante uma licença-maternidade de 120 dias, sem prejuízo do emprego e do salário no período. A estabilidade da empregada grávida está prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988, que versa sobre a proibição de dispensa arbitrária ou sem justa causa desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

A personalidade do nascituro é garantida pelos compromissos internacionais firmados pelo Brasil. O Pacto de San José da Costa Rica esclarece em seu art. 4º, n. 1, que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”. O documento faz reconhecer direito à personalidade jurídica a toda pessoa humana, sem aparente distinção da vida intra ou extrauterina.

O forte caráter público do agasalho constitucional se projeta aos regulamentos das relações privadas nacionais. O Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/2002) dispõe, em seu artigo 2º, que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Da mesma forma, determina o artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) que esses têm direito à proteção da vida e da saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

No campo estritamente trabalhista, e seguindo os dispositivos constitucionais citados, tem-se previsão de licença maternidade de 120 dias, sem prejuízo do salário (art. 392 da CLT); dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário à realização de, no mínimo, seis consultas médicas e outros exames complementares (§ 4º, II do art. 392 da CLT); intervalos para a amamentação, até que a criança complete seis meses de idade (art. 396 da CLT); licença para levar o filho ao médico (art. 473, XI da CLT). A partir da Lei 1.770/2008, é possível aos empregadores privados aderirem ao programa “Empresa Cidadã”, permitindo às empregadas gestantes direito de prorrogar a licença maternidade por 60 dias.

A jurisprudência trabalhista brasileira demonstra nítido entendimento sobre essa axiologia. A título exemplificativo, a Súmula de n. 244 do Tribunal Superior do Trabalho fez superar antiga interpretação para passar a entender que, mesmo na hipótese de contrato de trabalho por prazo determinado, a empregada gestante faz jus à estabilidade provisória prevista genericamente no ADCT da Constituição².

Parece muito claro – se não, unânime – que a legislação pátria nada tem de escondido em suas vigorosas opções de privilegiar proteção ao nascituro e à gestante. E se faz especialmente importante o reconhecimento da regularidade nas fórmulas de outorgar, em diversos casos, responsabilidade também aos empregadores na preservação de vida e saúde de gestantes.

O novíssimo normativo em análise segue essa linha construtiva: direciona-se à proteção da gestante e nascituro, cria fórmula genuína e adaptada ao excepcional ambiente de pandemia e estabelece encargo ainda imprevisível ao empregador. Não há – pelo menos não de forma explícita – qualquer corte na orientação constitucional, ambiente normativo perene e corrente trajetória jurisprudencial. Percebe-se, assim, que a Lei nº 14.151/2021 mantém uma tripla coerência sistêmica, a saber: a) reconhecimento do privilégio protetivo ao fenômeno da gravidez; b) progressividade na formação de regras garantidoras dessa proteção; c) direcionamento de encargo ao empregador da trabalhadora grávida.

Cumpra ainda avaliar essas orientações gerais quanto ao reduzido ambiente normativo pandêmico e, principalmente, em relação à objetividade aplicativa.

2. O direito emergencial do trabalho

Quase tão graves como os problemas de saúde humana têm sido os produzidos no mundo do trabalho. De um microssistema trabalhista direcionado para condições ditas normais de saúde pública, passou-se a um complexo de regras de exceção, voltadas à mais grave emergência sanitária de nossa geração.

A Lei nº 14.151/2021 insere-se nesse novo arcabouço normativo marcado pela origem em fenômeno de saúde pública, direcionado aos efeitos trabalhistas dos afetados pela pandemia e que se pretende temporizado.

² É importante registrar não haver uma interpretação absoluta quanto às empregadas destinatárias dessa garantia de emprego. O Pleno do TST, em Incidente de Assunção de Competência, com efeito vinculante, no julgamento do IAC-5639-31.2013.5.12.0051, em sessão realizada em 18/11/2019, firmou a seguinte tese jurídica: “é inaplicável ao regime de trabalho temporário, disciplinado pela Lei nº 6.019/74, a garantia de estabilidade provisória à empregada gestante, prevista no art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.” É, portanto, a garantia de estabilidade provisória prevista no art. 10, II, b, do ADCT à empregada gestante contratada sob o regime de trabalho temporário previsto na Lei nº 6.019/74.

Integrada a ambiente regulatório que apenas tem aplicabilidade enquanto durarem as condições de vida excepcionais, a grande tarefa hermenêutica passa a ser a de estabelecer condições de compatibilização entre regras e princípios do direito do trabalho perene com novas regras e demandas, temporalmente limitadas e absolutamente condicionadas a evento histórico singular. Afinal, um direito do trabalho de exceção não pode ser confundido com exceção ao direito do trabalho e, muito menos, aos basilares determinantes constitucionais que a todos orientam.

A Lei nº 14.151/2021 não deve, pois, ser avaliada de forma isolada. O ambiente de pandemia enxerta um conjunto de regras distintas *dentro* do nosso microsistema de direito do trabalho. E não o faz de forma pontual, com disposições esparsas, atomizadas, mas a partir da construção de um conjunto harmonizado de regras, encadeadas a partir de balizadores muito próprios. Ainda que com limitação temporal, há a inconfundível necessidade da edificação de uma unidade sistêmica dentro do todo direito do trabalho.

Percebe-se que o novo normativo como mais um dos novos galhos deste direito emergencial do trabalho, mas não descuidou-se da firmeza das raízes. Dizer se tratar de um nanossistema de forma alguma impõe visão autonomista, ilhada, deslumbrada. Ao contrário, obriga diuturna responsabilidade de oferecer tanto diálogos como condicionamentos – asas e pilares. Não é tarefa fácil, mas se faz necessário identificar particularmente os pontos em que a Lei nº 14.151/2021 ata-se à sua matriz do direito perene, e em que aspectos deve se afastar para conferir efetividade e coerência. Tudo para que se busque o resguardo de empresas, de dignidade laboral e, principalmente, de vidas.

3. Âmbito aplicativo. Norma de ordem pública

Promulgada em 15 de abril de 2021, a Lei nº 14.151 determina de forma imediata o afastamento do trabalho presencial de todas as empregadas gestantes. Na exposição de motivos do projeto de lei já trouxe espantosas incidências de óbitos de grávidas brasileiras, em razão de contaminações pelo SARS-COV-2,³ mostrando o caráter emergencial de providenciar regulação.

Atendendo-se ao suposto de que a pandemia afeta empresas de diferentes modos, muitos dos normativos do direito emergencial do trabalho trazem a marca da disponibilidade – apresentam opções a serem avaliadas por empregados e empregadores para enfrentamento da pandemia. Assim ocorre, exemplificativamente, com as possibilidades abertas para adiantamento de férias e passagem ao teletrabalho (MP nº 927/2020 e MP nº 1.046/2021), redução proporcional de jornada e salário e

³ A íntegra do projeto de lei está disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mosstrarintegra;jsessionid=node011abw8gb35emwiujigf5nzwzy4383508.node0?codteor=1916193&filename=PL+3932/2020.

suspensão contratual (Lei nº 14.2020/2020 e MP nº 1.045/2021) e financiamento de folha de salários (Lei 14.043/2020).⁴

A Lei nº 14.151/2021, todavia, trata de ordem valorativa diferente e, portanto, sua disponibilidade é coerentemente afetada. O normativo claramente direciona-se tanto a prover proteção de saúde e segurança individual para gestante e nascituro como busca garantir condições de enfrentamento à crise mundial de saúde pública, criando condições para redução de contágio e suas complicações na saúde humana. Cuida-se, como se vê, de norma de ordem pública e, como tal, está excluída da disponibilidade das partes.⁵ Nesses termos, parece de todo evidente que sobre afastamento imediato, as partes não podem individualmente transigir.

A possibilidade de transação sobre a matéria, a partir de normativa coletiva, todavia, demanda análise ainda mais profunda. De modo geral, a indisponibilidade dos direitos trabalhistas está assegurada não só no art. 9º, como também nos arts. 444 e 468, todos da CLT. Observam-se, também, as inovações de incerta constitucionalidade de relativização via normas coletivas, trazidas nas redações dos arts. 611-A e 611-B, ambos com redação dada pela Lei nº 13.467/2017.

A evidente obrigatoriedade de respeito às normas de saúde, higiene e segurança do trabalho por parte das normas coletivas trabalhistas foi esclarecida na redação que a revogada Medida Provisória nº 808/2017 ofereceu ao art. 611-A, XII, da CLT. Tem-se aqui hipótese de indisponibilidade absoluta, a qual envolve os direitos que necessitam de uma tutela inserida no campo do interesse público, e guardam como caso próprio as normas de proteção à saúde e segurança do trabalho. Dado o caráter imperativo das normas desta matéria, veda-se aos particulares adoção de medidas ou atos para elidir os seus efeitos.^{6,7} Em poucas palavras, nem mesmo na norma coletiva pode prevalecer disposição que ofenda aos indisponíveis direitos trabalhistas que tratem de saúde e segurança.

Como consequência do caráter geral e indisponível firmado, excluindo-se o concurso de ordens dispositivas individuais ou coletivas, consolida-se a orientação de integral aplicabilidade.

Não há requisito de afastamento para as chamadas gestações de risco. Atenta-se que a Portaria Conjunta 20/2020, expedida pelo Ministério da Economia/Secretaria

⁴ Sobre a sistematicidade analítica do direito emergencial do trabalho ver: PRITSCH, Cesar; TRINDADE, Rodrigo. **Direito Emergencial do Trabalho: análise completa, artigo por artigo, dos mais importantes normativos trabalhistas da pandemia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

⁵ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso Crítico de Direito do Trabalho**. Teoria Geral do Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 106.

⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 593-594.

⁷ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 5. ed. rev. e ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2010. p.117.

Especial de Previdência e Trabalho, já estabelecia que apenas “gestantes de *alto risco*” integrariam grupo de condições clínicas de risco (item 2.11.1) e deveriam, portanto, ser afastadas do trabalho (item 6.1). Essa parcela do regulamento do Executivo é anterior à Lei nº 14.151/2021 e fica, portanto, de aplicabilidade afastada, a partir da vigência do normativo mais amplo e moderno.

4. Período de afastamento

4.1. Termo inicial

A lei não estabelece período estante no qual deve se dar o afastamento e nada menciona sobre necessidade de comunicação ao empregador. Deve-se considerar o conteúdo do art. 10, II, “b”, do ADCT, pelo qual se garante à gestante garantia de emprego, a contar da confirmação da gravidez.

A obrigação de afastamento da gestante do trabalho presencial deve ser contado a partir do fato da gravidez. Havendo dependência de averiguação laboratorial de responsabilidade da própria empregada, não há como o empregador descobrir o estado gestacional – pelo menos não nos primeiros meses – sem informação prestada pela própria. Portanto, acredita-se que eventual descumprimento por parte do empregador de seu dever de afastamento do trabalho presencial deve ser reconhecido a partir do momento em que toma conhecimento. Apenas a partir desse marco é que pode ser identificada mora na obrigação patronal, avaliando-se responsabilidade indenizatória.

4.2. Termo final

O afastamento presencial insere-se dentro do que a lei definiu como “emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do novo coronavírus”. Trata-se de expressão quase idêntica a utilizada pela Lei nº 13.979/2020, a qual remete a ato do Ministério da Saúde e avaliação pela Organização Mundial de Saúde.⁸ Todavia, o art. 8º da Lei nº 13.979/2020 (com redação dada pela Lei nº 14.035/2020) remete a vigência da lei para outro normativo, o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.⁹

⁸ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre as medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

[...]

§ 2º Ato do Ministro de Estado da Saúde disporá sobre a duração da situação de emergência de saúde pública de que trata esta Lei.

§ 3º O prazo de que trata o § 2º deste artigo não poderá ser superior ao declarado pela Organização Mundial de Saúde.

⁹ Art. 8º Esta Lei vigorará enquanto estiver vigente o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, observado o disposto no art. 4º-H desta Lei.

Apesar do Decreto Legislativo nº 6/2020 dirigir-se inicialmente ao prazo autorizado para dispensas do atingimento de responsabilidades fiscais, teve seu âmbito de normatização ampliado pela Lei nº 13.979/2020, englobando delimitação temporal para outras políticas públicas de enfrentamento da pandemia. O decreto guarda disposição temporal muito mais fechada, indicando data limite de 31/12/2020.¹⁰

Portanto, o panorama normativo posto para reconhecimento da emergência sanitária brasileira, autorizando-se aplicação das medidas especiais coloca-se como tendo a data de 31/12/2020.¹¹

Tratando-se de questão que envolve avaliação de fatores próprios das ciências que lidam com pandemias, considera-se que o marco final a ser observado para a obrigação de afastamento de gestantes do trabalho presencial deve ser retirado do órgão governamental responsável, o Ministério da Saúde. Reconhece-se, portanto, com base na Portaria n. 188 do Ministério da Saúde a condição fática pressuposta no art. 1º da Lei nº 14.151/2021, qual seja a “Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional”. O encerramento desse estado demanda, portanto, a expedição de normativo análogo, reconhecendo cessada a pandemia em território nacional. Apenas a partir desse momento, será possível o retorno das gestantes ao trabalho presencial.

5. Responsabilidade por salários

A Lei nº 14.151/2021 define de forma clara a responsabilidade do empregador pelo pagamento integral dos salários da empregada, durante toda a gravidez, e limitada à emergência de saúde pública. Aplica-se, portanto, mesmo que não haja qualquer trabalho em domicílio desenvolvido em substituição.

Optou o legislador por não considerar a gravidez durante a pandemia como evento de incapacidade temporária, para fins de recebimento de benefício previdenciário. Embora, implicitamente, haja reconhecimento de que há impossibilidade temporária – em razão direta da gestação – de permanecer no trabalho presencial.

¹⁰ Art. 1º Fica reconhecida, exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, notadamente para as dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020.

¹¹ É importante lembrar que por meio da ADI n. 6.625 buscou-se a extensão de dispositivos da Lei n. 13.979/2020 e houve expedição de liminar deferindo o requerido. Todavia, o provimento não estendeu o prazo de vigência para toda a lei, mas apenas a específicos artigos. Não houve alteração no art. 1º, § 2º, o qual remete para ato do Ministério da Saúde disposição sobre duração da situação de saúde pública. Logo, também esse dispositivo teve a aplicação esgotada.

O art. 392, § 4º, I, da CLT determina a obrigação de transferência de local de trabalho da gestante, quando as condições de saúde exigirem. Trata-se de dispositivo de orientação geral, do direito perene do trabalho e, portanto, tem aplicabilidade suspensa durante o período de emergência sanitária. A ordem pública é outra: de que, a partir de 12/5/2021, haja imediata saída de gestantes do trabalho presencial. A única avaliação de alteração de local diz respeito à passagem para labor domiciliar.

Percebe-se que, durante a gravidez e sem possibilidade de trabalho em domicílio, tem-se hipótese de suspensão contratual: mantém-se vigente o contrato de emprego, com pagamento de salário e contagem de tempo de serviço para todos os fins. Nessa situação, atentando-se para o objetivo do afastamento associado com a responsabilidade de permanência de meios financeiros de sustento, tem-se o pagamento (pelo empregador) de parcela “funcionalmente” previdenciária, embora “organicamente” mantenha-se a natureza salarial.

A ordem legal de permanência da *remuneração* deve ser lida e aplicada a partir do modo que o direito do trabalho trata a expressão. O conceito do instituto remuneração na ciência que lhe anima – o direito do trabalho - não pode ser confundida com o significado ordinário de pagamento de salário mensalizado¹². Aqui, deve-se ter claro que se trata de “complexo salarial”¹³.

Consequentemente, a Lei nº 14.151/2021 deve incorporar não apenas os aportes remuneratórios efetuados pelo empregador, como também as parcelas de natureza remuneratória e não salarial, mas excluindo-se os de natureza instrumental. Integram-se, por valores médios, os pagamentos efetuados por clientes do empregador, diretamente ao empregado, caso de gorjetas e gueltas¹⁴.

¹² Falou-se de salário “mensalizado” apenas porque o módulo mês é o mais comum para pagamento de salários no Brasil. Incorpora-se na mesma análise salários alcançados em outras frequências, como a semanal e quinzenal.

¹³ O caminhar da complexificação da relação de emprego – soma de tarefas, responsabilidades e deveres anexos – acompanha as formas de contraprestar o trabalho. Raríssimos são os contratos em que há única parcela remuneratória e isso faz com que, via de regra, ao salário base agreguem-se diversas frações econômicas, tradicionalmente com natureza salarial. Assim ocorre com adicionais e gratificações, por exemplo. A esse agrupamento, em constante expansão, a doutrina, contemporaneamente, segue nominando de complexo salarial. Nesse sentido, ver: CATHARINO, Carlos Martins. **Tratado jurídico do salário**. São Paulo: LTr, 1994 (edição fac-similada). p. 1332.

¹⁴ Seguindo-se o magistério de RODRIGUES PINTO, tudo o que o empregado receber, em razão da existência do contrato individual de emprego ou da efetiva prestação do trabalho, cabe no amplíssimo conceito de retribuição. Mas, alerta, há diversos fragmentos econômicos, com diversificação imediata da fonte e da motivação. A natureza jurídica salarial das parcelas alcançadas no contexto da relação de emprego define-se a partir de duas grandes causas: origem e correspondência. Primeiramente, pela origem. A partir do conceito mais amplo de remuneração, apenas se considera salário se o pa-

Em segundo lugar, colocam-se as parcelas salariais não mensalizadas. Também aqui o conceito de remuneração deve englobar frações com natureza salarial que são alcançadas em módulos temporais mais largos que o salário mensal, caso especial de 13º salários, férias e gratificações semestrais.

Por fim, mantém-se obrigações empresariais que são dependentes da vigência do contrato de emprego, prestadas à benefício do empregado, mas que não se confundem com remuneração. Aqui, tem-se os casos universais dos depósitos de FGTS e recolhimentos previdenciários.

Singela que é, a lei não traz consequências expressas para o descumprimento da ordem de abstenção de exigência do trabalho presencial. Mas, como toda regra jurídica, a transgressão obriga à aplicação de mecanismos de conserto. Tem-se, então, possíveis manejos de tutelas para obrigar pagamento de salário. Caso tenha havido trabalho presencial (com adimplemento de salário), deve-se avaliar situação de dano moral presumido, ainda que não tenha ocorrido contaminação da gestante.

5.1 Possibilidade de ressarcimento junto ao INSS

Questão de relevante interesse coloca-se na possibilidade do empregador buscar ressarcimento junto ao INSS dos pagamentos efetuados à empregada gestante afastada.

O tema pode ser avaliado observando-se inicialmente a orientação trazida no artigo 394-A, § 3º, da CLT, o qual também parte da suposição de necessidade do afastamento da empregada gestante de labores submetidos a condições de insalubridade e, não havendo setor salubre na empresa para transferência, a trabalhadora receberá salário maternidade durante todo o período. O que parece animar a regra celetista é a compreensão de que o ônus do salário-maternidade não pode ser direcionado aos empregadores, pois poderia implicar, de forma transversa, afronta à proteção da gravidez e da maternidade.

Seguindo essa compreensão, a Receita Federal do Brasil, por meio da Solução de Consulta 287 da Cosit, veio integrar as disposições do multicitado artigo 394-A da CLT com aquelas da Lei 8.213, de 1991. Reconheceu-se plena aplicação às então inovações da CLT, permitindo ao contribuinte direito à compensação integral do salário maternidade, durante o período de afastamento, quando proveniente da impossibilidade de a gestante ou lactante, afastada em face de atividades insalubres. Na conclusão da Consulta restou consignado que “a) segundo a previsão legal objeto do artigo 394-A, e

gamento é feito diretamente pelo empregador. Com isso, excluem-se outras parcelas remuneratórias, mas alcançadas por terceiros, caso das gorjetas e gueltas. (RODRIGUES PINTO, José Augusto.

Tratado de Direito Material do Trabalho. São Paulo: LTr, 2007. p. 328.)

§ 3º, da CLT, ao contribuinte é permitido o direito à dedução integral do salário-maternidade, durante todo o período de afastamento.”

Embora a epidemia COVID-19 não seja formalmente considerada condição de trabalho insalubre, há uma comunhão de justificação para o afastamento: a presunção de graves prejuízos à gestante e ao nascituro com o trabalho presencial. A Lei nº 14.151/2021 não seguiu a matriz e a experiência de direcionamento do ônus do afastamento para o Poder Público e o colocou para o empregador. Abre-se, todavia, possibilidade de busca de ressarcimento junto ao INSS, utilizando-se a regra celetista como analogia.

Ademais, o artigo 93 do Regulamento da Previdência Social, Dec. 3048/99 reconhece dever de tratamento isonômico, com possibilidade de aplicação da legislação trabalhista.¹⁵

Por fim, a aplicação analógica do dispositivo da CLT é reforçada pelo art. 4º, item 8, da Convenção 103 da OIT, e que foi internalizada no ordenamento interno nacional com o Decreto n. 58.0820/1966. Estabelece que “em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega.” Tratando-se de norma com conteúdo de direitos humanos, possui status normativo supralegal. Nessa condição o direcionamento da integral responsabilidade do empregador brasileiro, efetivada na Lei nº 14.151/2021, seria de difícil compatibilização, sem que fosse possível buscar ressarcimento junto ao INSS.

Tem-se claro, todavia, que a possibilidade aventada de buscar compensação no órgão previdenciário não pode ser tomado como justificativa para o não cumprimento da ordem legal de permanência no pagamento dos salários, durante o afastamento da empregada gestante.¹⁶ O que se vislumbra é, tão somente, a oportunidade de *restituição com* o que foi pago, e que parece ter o caminho mais adequado a partir da compensação com obrigações previdenciárias futuras.

6. Possibilidade de passagem ao trabalho em domicílio

A Lei nº 14.151/2021 estabelece uma única exceção à obrigação patronal de abster-se na exigência de trabalho da empregada gestante: a possibilidade de passagem ao regime do trabalho em domicílio.

¹⁵ § 1º Para a segurada empregada, inclusive a doméstica, observar-se-á, no que couber, as situações e condições previstas na legislação trabalhista relativas à proteção à maternidade.

¹⁶ Em convergência a esse entendimento colocam-se Zavarella e Miziara (MIZIARA, Raphael; ZAVANELLA, Fabiano. Obrigatoriedade de afastamento da empregada gestante: quem paga a conta? **Conjur**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-14/opiniao-obrigatoriedade-afastamento-empregada-gestante>

Havendo incompatibilidade à passagem para o trabalho em domicílio tem-se espécie de interrupção contratual, mantendo-se obrigação de pagamento de salário, mas sem exigência de trabalho/tempo à disposição.

6.1. Diversas formas de trabalho à domicílio

Inicialmente, deve-se pontuar a dimensão que possui o trabalho em domicílio.

O mais amplo *trabalho à distância* é entendido como o que se realiza fora dos estabelecimentos e centros habituais da empresa. A novíssima normativa espanhola de trabalho à distância nos fornece boas delimitações.¹⁷ No *artículo 2 da Ley n. 10/2021*, os conceitos de trabalho à distância, teletrabalho e trabalho presencial são apresentados, com ênfase às suas particularidades¹⁸. *Trabalho à distância* é tomado como forma de organização do trabalho ou da realização de atividade laboral, em domicílio ou outro lugar escolhido pelo empregado, durante a jornada ou parte dela, com regularidade. Já o *teletrabalho* é definido como serviço prestado por meio do uso exclusivo ou preponderante de meios informáticos, telemáticos e de telecomunicação. Por fim, o *trabalho presencial* é o prestado no centro de trabalho ou em lugar determinado pela empresa.¹⁹

O teletrabalho apresenta-se, assim, como subespécie do trabalho à distância, tributário da prestação dos serviços a partir de novas tecnologias de informação e transmissão de dados. Estabelece-se no marco contratual de uma relação de emprego, em que as mesmas atribuições também poderiam se realizar internamente na empresa.

Ao que se percebe, a Lei nº 14.151/2021, define a possibilidade de realização de trabalho à distância, desde que realizado no domicílio da empregada. Dentro desses limitadores, caso necessite de sistemático uso de tecnologias de informação e transmissão de dados, será na modalidade de teletrabalho.

¹⁷ Inteiro teor da lei, inclusive exposição de motivos e disposições transitórias/finais. Disponível em: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-11472. Acesso em: 27 jul. 2021.

¹⁸ **Artículo 2. Definiciones.**

A los efectos de lo establecido en esta Ley, se entenderá por:

- a) «Trabajo a distancia»: *forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular.*
- b) «Teletrabajo»: *aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación.*
- c) «Trabajo presencial»: *aquel trabajo que se presta en el centro de trabajo o en el lugar determinado por la empresa.*

¹⁹ Sobre a análise a nova normativa espanhola ver: KROST, Oscar & TRINDADE, Rodrigo. **Teletrabalho na Espanha: redescobrimo a América**. Disponível em: <http://revisaotrabalhista.net.br/2021/07/27/teletrabalho-na-espanha-redescobrimo-a-america/>.

O regime de trabalho em domicílio definido pela lei é, portanto, o de tipo *home office*. Ou seja, deve ser realizado dentro da residência da empregada. Eventual imposição de desinternalização do trabalho que imponha a realização dos serviços fora da residência do empregado faz descaracterizar o modelo previsto.

6.2. Requisitos para a passagem ao trabalho no domicílio

Há algumas questões a serem avaliadas nessa alteração geográfica de trabalho. Com a nova normativa brasileira, abre-se espaço à redução do ônus empresarial de não poder exigir trabalho presencial da empregada. A permanência do aproveitamento econômico com o contrato de emprego da gestante é exceção e, portanto, deve ser analisada a partir de ponderados requisitos, orientados pela distribuição razoável de encargos.

a. Fornecimento de infraestrutura

Não há qualquer subversão à regra geral do art. 2º da CLT, no sentido de que o empregador deve fornecer os meios de realização do trabalho. Pode-se avaliar o transporte das regras do art. 75-D²⁰ da CLT e, principalmente, das Medidas Provisórias n. 927²¹ e n. 1046,²² ambos relativos à modalidade telepresencial do labor em domicílio, durante o período da pandemia. Deve restar claro que mesmo nenhum dispositivo dessas normas impõe ao trabalhador a assunção do correspondente custo – e nem

²⁰ Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

²¹ Art. 4º.

[...]

§ 4º Na hipótese de o empregado não possuir os equipamentos tecnológicos e a infraestrutura necessária e adequada à prestação do teletrabalho, do trabalho remoto ou do trabalho a distância:

I - o empregador poderá fornecer os equipamentos em regime de comodato e pagar por serviços de infraestrutura, que não caracterizarão verba de natureza salarial; ou

II - na impossibilidade do oferecimento do regime de comodato de que trata o inciso I, o período da jornada normal de trabalho será computado como tempo de trabalho à disposição do empregador.

²² Art. 3º.

[...]

§ 4º Na hipótese de o empregado não possuir os equipamentos tecnológicos nem a infraestrutura necessária e adequada à prestação de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância:

I - o empregador poderá fornecer os equipamentos em regime de comodato e pagar por serviços de infraestrutura, que não caracterizarão verba de natureza salarial; ou

II - o período da jornada normal de trabalho será computado como tempo de trabalho à disposição do empregador, na impossibilidade do oferecimento do regime de comodato de que trata o inciso I.

poderia ser diferente, ante o permanente elemento da alteridade da relação de emprego. Antes pelo contrário, as MPs preveem ajuste da forma de reembolso das despesas antecipadas pelo trabalhador, caso não haja pleno fornecimento pelo empregador.

O deslocamento da gestante para o trabalho em domicílio segue essas orientações gerais: cumprirá ao empregador o fornecimento da infraestrutura necessária ou indenização das despesas que a empregada passará a inicialmente suportar.

a) Compatibilidade de atribuições

O trabalho a ser realizado em casa deve ser, se não o mesmo, pelo mesmo compatível com o contratado com a empregada, observando elementos como qualificação, complexidade e experiência. Nessas delimitações, é importante relembrar que a normatividade apresentada pela Lei 14.151/2021 ao tema diz respeito à alteração *geográfica* do trabalho, não ao conteúdo do serviço. A autorização introduzida faz ampliar o direito de variação do contrato por parte do empregador para que possa, frente às adversidades da pandemia, redirecionar o *local* de prestação do serviço. Ou seja, a migração refere-se à mudança ambiental, mas preserva-se a essência do trabalho contratado.

Mas acredita-se ser possível que alterações de sintonia fina devam ser realizadas e reconhecidas como válidas pelo intérprete. Da mesma forma que atribuições dependentes do trabalho internalizado na sede do empregador terão de ser suspensas, admite-se que tarefas até então estranhas ao cotidiano laboral precisem ser desempenhadas, de forma a dar utilidade ao trabalho em domicílio da gestante.

Não havendo grandes subversões relativas à qualificação profissional da empregada, admite-se que, excepcionalmente e durante o período de aplicação da Lei nº 14.151/2021, atribuições estranhas sejam exigidas no trabalho em casa. Excepcionalmente, novas tarefas, que sirvam para instrumentalizar o serviço e não imponham ônus excessivos, são válidas e não ensejam readequações salariais.

Pondera-se, todavia, que nenhuma tarefa pode ser exigida que demande conhecimentos e habilidades aos quais a empregada não dispõe.

b) Não afetação substancial do espaço familiar

O trabalho migrado para a residência da empregada gestante precisa ser compatível com a estrutura física da moradia e sem afetação substancial do espaço de convivência.

A avaliação pontual de prejuízos gerados na migração ao trabalho em domicílio deve ser feita de modo particularizado. A passagem de qualquer trabalho à distância naturalmente tem potencial de gerar desconfortos para empregada e sua família. A situação de gestação pode potencializar as dificuldades. Isso está *contabilizado* nas

regras de imputação, mas há um limite de razoabilidade. Embora não haja qualquer fórmula rígida e universal, o direcionamento do trabalho em casa não pode ser acompanhado por imposição de graves sofrimentos, modificando sobremaneira a convivência familiar e ocupando largos espaços temporais e físicos de convivência.

c) Avaliar eventuais restrições médicas específicas

Deve ser observado se a gestante não possui orientação médica de restrição de trabalho em domicílio. A autorização posta na Lei para exigência de trabalho em casa pressupõe que a gestante esteja em condições de realizar o serviço. Havendo determinação médica que impeça o serviço na residência será possível o recebimento de benefício previdenciário substitutivo do salário.

d) Possível alteração no regime de jornada de trabalho

Seguindo-se a orientação de adaptação, compreende-se a possibilidade que, mesmo sem realização de acerto específico com a empregada, possa haver válida alteração contratual temporalizada para exclusão do controle de jornada. A flexibilização na modificação do pacto é avaliada como forma de manter a utilidade econômica mútua ao contrato de emprego.

Por meio da Lei nº 13.467/2017, o legislador estabeleceu o teletrabalho como uma exceção à regra de controle de jornada e contabilização de horas extras (art. 62, III, da CLT), o que importaria, em certas análises, impossibilidade do pagamento de horas extras. Tal se justificaria uma vez que um dos atrativos do regime de teletrabalho, em regra, é justamente a flexibilidade de horários, podendo o trabalhador disciplinar os momentos nos quais vai prestar o serviço. Salvo, evidentemente, se houver estipulação de horário fixo.

De modo algum pode se considerar o teletrabalho, ou outra modalidade de trabalho à distância, como universalmente impossibilitado de controle rígido de jornada.²³ Há diversas formas ordinariamente aplicáveis, como submissão a log-in/log-out, reportes comunicativos por parte do empregado ou simples controle do tempo de conexão. Ademais, a imposição de carga de trabalho que apenas possa ser realizada em períodos extensos de jornada também forma circunstância impositiva de realização de horas extras.

²³ A questão dos efeitos de integração do inciso III ao art. 62 é complexa e sem uniformidade na doutrina e jurisprudência. Para DELGADO, a dicção do inciso III representa uma presunção relativa de ausência de controle de jornada, incumbindo ao trabalhador o ônus de infirmá-la. Entende que tal presunção seria razoável, já que em muitos casos de teletrabalho “mostra-se difícil enxergar o controle estrito da duração do trabalho, em face da ampla liberdade que o funcionário ostenta, longe das vistas do empregador, quanto à escolha dos melhores horários para cumprir seus misteres”, ensejando uma presunção, suscetível a prova em sentido contrário. (DELGADO, Maurício Godinho. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. 2. ed. LTr, 2018. p. 139.)

Cumpre, portanto, efetuar análise pontual, verificando-se efetiva aferição de horários laborados e, principalmente, não exigência de jornadas extensas.

7. É possível a suspensão do contrato de trabalho de gestante, com aplicação da MP 1.045?

Essa, provavelmente, é uma das questões mais intrincadas e de difícil acerto na análise da nova legislação. O art. 22 da Lei nº 14.020/2020, bem como o art. 13 da MP 1.045, trazem a possibilidade da empregada gestante, inclusive a doméstica, participar do (Novo) Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda. Há, portanto, e pelo menos formalmente, regra própria autorizadora de suspensão contratual da empregada gestante. Nessa hipótese, a trabalhadora não realiza qualquer serviço para o empregador, e tem seu salário substituído pelo pagamento de benefício emergencial e possível complementação com ajuda de custo mensal.

Inicialmente, parece bastante claro que a empregada gestante não pode ser integrada no programa emergencial para redução proporcional de salário e jornada, mantendo-se trabalho em jornada parcial na forma presencial.

Há, todavia, fator complicador, observando-se que a Lei nº 14.151/2021 é posterior à vigência da MP 1.045/2021 e, com isso, subsistem fortes dúvidas sobre possibilidade de ser colocada em suspensão contratual.

As respostas não são fáceis de serem construídas e pode-se identificar, primeiramente, três posições sobre o tema:

A primeira é da impossibilidade de integração da gestante no Programa da MP 1.045, vez que a Lei nº 14.151/2021 excepciona o previsto na medida provisória. Há um normativo mais recente, especial e com maiores benefícios às gestantes.

Em uma segunda posição, tem-se a possibilidade de suspensão do contrato de emprego da gestante, em aplicação à MP 1.045. E, tratando-se de situação excepcional, pode haver essa condição unicamente para empregada grávida, sem necessidade de consideração do critério da integralidade da filial, departamento ou setor.

Na terceira opção interpretativa, tem-se a viabilidade de inserção da gestante no Programa Emergencial, mas apenas caso haja possibilidade de integrar a coletividade autorizada pela MP 1.045: estabelecimento, setor ou departamento. Não haveria, portanto, legalidade em acerto customizado.

Nas duas últimas alternativas, ambas com necessidade de aceite pela gestante de integração à suspensão contratual, há ainda outras duas questões a serem avaliadas.

Primeiramente, saber se há necessidade de prévia averiguação sobre colocação em trabalho domiciliar. E, somente com a inviabilidade do desenvolvimento do

serviço em casa é que seria cabível a suspensão. Ou, em sentido oposto, considerar a suspensão contratual para a gestante como equivalente à dos demais colegas.

A segunda, diz respeito a saber se há necessidade de complementação salarial por parte do empregador, integrando-se com o benefício emergencial pago pela União. Como já visto, a MP 1.045 sempre implicará algum grau de redução da renda dos empregados afetados. De outra banda, a Lei 1.451 prevê que a gestante não pode ter “prejuízo de sua remuneração”.

As questões são nebulosas e todas as opções interpretativas são razoáveis, dentro do contexto normativo posto. Considera-se, inicialmente, que o Direito Emergencial do Trabalho não pode ser interpretado em “tiras”, mas necessita de avaliação a partir da compreensão de sua sistematicidade, integrando os diversos normativos postos e, principalmente, as peculiares condições fáticas em que estão inseridos.

Embora a Lei nº 14.020/2020 e a MP 1.045 sejam anteriores à Lei nº 14.151/2021, é necessário observar que se tratam de normativos bastante complexos, avaliam diferentes hipóteses e apresentam normatização com particularização a diversas situações. É na virtude de sua fartura de dispositivos que se reconhece o potencial de oferecer regramento para a questão. Assim se coloca a situação das gestantes, integradas na possibilidade de suspensão contratual, dentro das suas peculiaridades. A lei de 2021, ao contrário, é extremamente sucinta e sua generalidade precisa ser sopesada e abrangida a partir de normativos que são, ao mesmo tempo, mais complexos, e inseridos no nanossistema do direito emergencial.

Em suma, não se considera que tenha havido revogação tácita, e reconhece-se plena aplicabilidade das disposições de suspensão contratual para gestantes. E, para tanto, não há necessidade de prévia averiguação de colocação em trabalho domiciliar – mesmo porque não parece haver lógica em opção empresarial de suspensão de contratos de emprego se havia possibilidade e demanda para serviço em domicílio.

A segunda matriz interpretativa é retirada da Convenção n. 103 da Organização Internacional do Trabalho, que impede direcionar ao empregador os custos de proteção à maternidade. Trata-se de norma integrada ao ordenamento brasileiro e orienta o intérprete a não tomar opções hermenêuticas sobre aspectos controvertidos que impliquem ainda maiores ônus para o empregador afetado.

Reconhece-se que os programas da Lei 14.020 e da MP 1045 não garantem a integralidade da remuneração, mesmo com o pagamento do benefício emergencial. A Lei 14.151/2020 prevê que não pode haver prejuízo na remuneração da gestante afastada, de modo que o empregador deve manter todo volume remuneratório da

trabalhadora. Mesmo aqui, não se identifica obrigação do empregador em complementar os ganhos da gestante com contrato suspenso e pagamento de benefício emergencial. Em termos simples, não se vê justificativa para a empregada gestante ter tratamento remuneratório diferenciado de outros colegas.

Acredita-se que a Lei nº 14.151 apenas define a integralidade remuneratória como aspecto secundário, impedindo corte de salário, em suspensão contratual unilateral. O aspecto principal, todavia, é o de redução de riscos de saúde, associado à preservação das condições econômicas de sobrevivência. As considerações de constitucionalidade referentes à garantia de não redução salarial são substancialmente as mesmas para gestantes e não gestantes integradas no programa emergencial que permita a suspensão contratual. Se há constitucionalidade para não gestantes, haverá também para gestantes.

Está bastante evidente a impossibilidade de suspensão de contrato da gestante ser feita de forma individualizada. Tanto a lei 14.020, como a MP 1045 são bastante evidentes na consideração de que a integralização nos programas deve ser feita a partir de uma coletividade, seja de todo o estabelecimento, seja de setores especificamente afetados. Não há qualquer autorização – na lei ou na MP – para realização de suspensões fragmentadas em empregados específicos, justamente para se evitar prática discriminatória.

Por fim, faz-se uma concessão à revisão. No momento de confecção deste estudo, a Medida Provisória 1.045/2021 encontra-se em análise de comissão mista do Congresso Nacional para projeto de conversão em lei. Deixando de haver previsão na lei de conversão dos dispositivos que tratam da integração das gestantes nos programas de suspensão contratual e redução proporcional de jornada e salário, a questão se inverte. Nessa situação, será possível reconhecer definição legislativa razoavelmente clara sobre impossibilidade de integração das gestantes.²⁴

8. Outras questões controvertidas

A concisão da Lei nº 14.151/2021 traz, ainda, boa quantidade de divergências sobre os destinatários da norma. Relacionou-se.

a) Aplicação a empregadas domésticas

A Lei nº 14.151/2021 tem aplicação a toda classe de empregadas, de modo que deve integrar aquelas que realizam trabalhos domésticos. Empregadas domésticas que residem durante a semana na residência em que trabalham podem ter confundida

²⁴ Neste momento, esse é, precisamente, o encaminhamento. O parecer de plenário à MPV 1045, pela Comissão Mista é de não integração do art. 13 da MP. Para justificar, o relatório registra que a matéria já foi tratada pela Lei nº 14.151/2021.

sua residência com a dos patrões, permitindo-se que a gestante permaneça fazendo lá seu trabalho habitual. Todavia, aqui, parece-nos que a lei, ao tratar de domicílio para o trabalho à distância, refere à morada pessoal e permanente da empregada, ou seja, à *sua casa*. E isso não se confunde com a habitação que ocupa transitoriamente para instrumentalização dos serviços domésticos.

A natureza do serviço para âmbito residencial faz com que, ordinariamente, não possa ser feito à distância e, portanto, deve haver afastamento do trabalho da empregada doméstica, mantendo-se os salários. É possível, a título excepcional, reconhecer duas opções: a) possibilidade de tarefas como lavagem de roupas serem mantidas na casa da empregada, desde que haja a devida estrutura e os custos sejam suportados pelo empregador; b) a empregada doméstica efetivamente não possuir outra morada, que não a fornecida pelos patrões. Nessas duas situações, reconhece-se possível a permanência dos serviços.

b) Possibilidade de destinação da norma a trabalhadoras não empregadas

A Lei 14.151/2021 é explícita na destinação da norma para *empregadas gestantes*, de modo que se direciona a trabalhadoras integradas na específica modalidade de trabalho do tipo emprego, regrada pela CLT.

O direito brasileiro confere condição de pessoa, titular de direitos ao nascituro. Também há especial proteção conferida à gestante, com atendimento pré natal (art. 8º do ECA) e garantia de alimentos gravídicos, cuja titularidade é o nascituro (Lei n. 11.804/2008).

Vê-se que toda a orientação constitucional de proteção da maternidade é estabelecida, não a partir de modalidades de contratação da mulher trabalhadora, mas pela condição de gestação e para proteção do nascituro. Assim, o direcionamento da proteção especial, ainda que universalmente necessária, apenas para empregadas promoveria ruptura no compromisso de isonomia, insculpido no art. 5º da CRFB e fuga de todo referencial valorativo de proteção da gestação e do nascituro.

Reconhece-se, assim, a possibilidade de construção de ampliação do raio aplicativo da Lei nº 14.151/2021, alcançando trabalhadoras gestantes não empregadas, e destituídas de regramento próprio para o tema.

Conclusões

O primado da proteção da gestante e do nascituro, embora bastante claro como princípio, mostra-se em intrincados efeitos a partir das perspectivas postas com a aplicação da Lei nº 14.151/2021. Nascida com a urgência própria dos tempos difíceis, ao longo destes estudos foram identificadas diversas dificuldades aplicativas.

As mais importantes divergências exploradas disseram respeito ao âmbito aplicativo, termo inicial e final, responsabilidade por salários, constitucionalidade, possibilidade de ressarcimento junto ao INSS, condições para migração ao trabalho em casa, possibilidade de suspensão contratual e integração de outras classes de trabalhadoras.

Para auxílio geral na superação de tantas dúvidas, pontuou-se a necessidade de reconhecer a nova lei como coerente com a trajetória do direito brasileiro de avanço na proteção de gestantes e nascituros. Trata-se de norma de caráter público e cogente e, principalmente, urgente. Em suma, a Lei nº 14.151/2021 traz em sua justificação demandas e esperanças de permanência da priorização na proteção à gestante e à criança em formação.

Referências

- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- CATHARINO, Carlos Martins. **Tratado jurídico do salário**. São Paulo: LTr, 1994 (edição fac-similada).
- DELGADO, Maurício Godinho. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. 2. ed. LTr, 2018.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso Crítico de Direito do Trabalho**. Teoria Geral do Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013.
- KROST, Oscar; TRINDADE, Rodrigo. Teletrabalho na Espanha: redescobrimo a América. **Revisão Trabalhista**, 27 jul. 2021. Disponível em: <http://revisaotrabalhista.net.br/2021/07/27/teletrabalho-na-espanha-redescobrimo-a-america/>.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 5. ed. rev. e ampl. e atua. São Paulo: LTr, 2010.
- MIZIARA, Raphael; ZAVANELLA, Fabiano. Obrigatoriedade de afastamento da empregada gestante: quem paga a conta? **Conjur**, 14 maio 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-14/opiniao-obrigatoriedade-afastamento-empregada-gestante>.
- PRITSCH, Cesar; TRINDADE, Rodrigo. **Direito Emergencial do Trabalho: análise completa, artigo por artigo, dos mais importantes normativos trabalhistas da pandemia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PROTEÇÃO SOCIAL À EMPREGADA COM DESCENDENTE PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS: NOTAS SOBRE O RECURSO DE REVISTA DE Nº 11204 – 62.2017.5.15.0144

Thereza Christina Nahas¹

Amália Rosa de Campos²

RESUMO: O estudo volta-se à análise crítica do julgamento do Recurso de Revista nº 11204–62.2017.5.15.0144, proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho [TST] brasileiro, por meio do qual foi reconhecido à empregada subordinada (celetista) o direito a horário especial de trabalho para assegurar atendimento às necessidades de filho portador de deficiência. Inicia-se com apresentação de síntese do caso concreto e indicação das principais razões de decidir adotadas no acórdão-paradigma. Após, faz-se breve explanação acerca da teoria da eficácia (imediata) dos direitos fundamentais nas relações privadas, cotejando-se-a com as circunstâncias do caso concreto, a fim de aferir se efetivamente é recomendável a atuação do Poder Judiciário para suprir a omissão legislativa constatada. Recorre-se, então, ao postulado da proporcionalidade para determinar se os critérios decisórios adotados pela Corte brasileira efetivamente representam a solução que melhor compatibiliza os direitos fundamentais que se encontram em rota de colisão. São, ainda, tecidas breves considerações acerca da (in)ocorrência de ativismo judicial no caso em análise. Conclui-se que o *decisum* sob comento adotou posição de vanguarda ao reconhecer a possibilidade de extensão do direito a horário especial, sem prejuízo de salário, nas relações de trabalho regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho, bem

¹ Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, titular da Cadeira nº 43. Coordenadora da Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social. Juíza do Trabalho. Professora titular da Universidade Paulista. Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Doutora e Mestre em *Derecho del Trabajo y Trabajo Social* pela *Universidad Castilla de La Mancha*. Pós-doutora pela *Universidad Castilla*.

² Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pesquisadora acadêmica, membro do Grupo de Pesquisa Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho. Conselheira da Subseção de Montenegro da Ordem dos Advogados do Brasil. Advogada. ID Lattes: 2621633748554965. ID Orcid: 0000-0002-3494-7097.

como que fez adequada análise das circunstâncias do caso concreto, mediante recurso à proporcionalidade e ponderação de interesses, alcançando uma solução de capaz de contemplar a pretensão da empregada e, na mesma toada, mitigar significativamente os ônus suportados pelo empregador, em postura não coincidente com ativismo judicial, já que não está o Judiciário a criar norma, mas a promover a eficácia de direitos já plasmados na Constituição.

ABSTRACT: The study intends to critically analyze the decision proffered by the Brazilian Superior Labor Court concerning Recurso de Revista n.º 11204–62.2017.5.15.0144, through which it was recognized the right of an employee, hired in the Consolidation of the Labor Laws regimen, to special working hours, in order to ensure the needs of her disabled son. As a first step, a summary of the concrete case is presented and the main legal reasons adopted by the afore mentioned decision are indicated. Afterwards, the theory of (immediate) effectiveness of fundamental rights in private relations is briefly explained and the circumstances of the concrete case are pondered, in order to assess whether the Judiciary should act in order to make up for legislative omission. Sequentially, the postulate of proportionality is used to determine whether the criteria adopted by the Brazilian Court represents the solution that best reconciles the colliding fundamental rights. Also, brief considerations are made about the (in)occurrence of judicial activism in the discussed case. It is concluded that the decision under analysis adopted a vanguard position by recognizing the possibility of extending the right to special hours, without prejudice to salary, in labor relations guarded by the Consolidation of Labor Laws, as well as that it made an adequate analysis of the circumstances of the concrete case by resorting to proportionality and the weighting of interest, reaching a solution capable of contemplating the employee's claim while, at the same time, mitigating the additional burden borne by the employer, in a posture that does not constitute judicial activism, since the Judiciary is not creating a norm, but promoting the effectiveness of rights already enshrined in the Constitution.

PALAVRAS-CHAVE: Horário especial. Regime celetista. Eficácia dos Direitos Fundamentais. Proporcionalidade.

KEYWORDS: Special hours. Consolidation of Labour Laws regimen. Efficacy of fundamental rights. Proportionality.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Síntese do caso e da decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho em sede de recurso de revista. 2 Enquadramento teórico e análise crítica das questões de fundo do julgado: 2.1 Da aplicabilidade da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais ao caso concreto; 2.2 Da proporcionalidade como critério para a solução do conflito de interesses. 3. Breves considerações sobre o ativismo judicial. Conclusão. Referências.

INDEX: Introduction. 1 Summary of the case and the decision given by the high court of the work on the basis of a review appeal. 2 Theoretical framework and critical analysis of the fundamental issues of the judgment. 2.1 The applicability of the theory of the immediate effectiveness of fundamental rights to the specific case. 2.2 Proportionality as a criterion for resolving the conflict of interest. 3. Brief considerations on judicial activism. Conclusion. References.

Introdução

A concessão de horário especial para que trabalhadores possam se dedicar aos cuidados de familiares ou dependentes que sejam portadores de necessidades especiais é tema dos mais relevantes. Não apenas porque o conflito de interesses que se estabelece entre trabalhador e dador do trabalho envolve o entrechoque de uma multiplicidade de direitos fundamentais – de um lado, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, o valor social do trabalho e o direito do deficiente à condições isonômicas de desenvolvimento; de outro, a segurança jurídica, a autonomia privada e a livre iniciativa -, mas também porque hodiernamente se estabelece entre servidores públicos federais e empregados públicos contratados sob o regime celetista uma absoluta disparidade de tratamento, haja vista que, por ausência de implementação das necessárias políticas públicas, apenas aos primeiros a Lei reconhece a possibilidade de dispensa do trabalho sem prejuízo da remuneração.

É a partir dessa constatação que o presente estudo, tomando como paradigma o Recurso de Revista nº 11204–62.2017.5.15.0144, pretende examinar, de forma crítica e sob um prisma estritamente teórico, decisão proferida pela Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que justamente se propôs colmatar a lacuna legislativa retro indicada e apontar, a partir do exame das vicissitudes do caso concreto, critérios objetivos para equalizar os interesses em conflito.

Para tanto, em um primeiro momento, é apresentada uma síntese do julgado em comento, indicando-se quais os principais fundamentos teóricos nos quais o Tribunal Superior do Trabalho se arvorou para reconhecer a possibilidade de supressão de omissão legislativa e assegurar a fruição de horário especial à empregada regida pelo regime celetista. À guisa de sequência, passa-se à análise crítica da opção do órgão colegiado por aplicar ao caso concreto a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, bem assim de lançar mão do postulado da proporcionalidade e do critério hermenêutico de ponderação de interesses para buscar compatibilizar os direitos fundamentais que se encontravam em rota de colisão. Discorre-se, por fim, ainda que de forma breve, acerca da (in)ocorrência, no caso concreto, daquilo que a doutrina costuma designar de ativismo judicial.

O estudo proposto, impera registrar, adota metodologia de abordagem essencialmente indutiva, empregada por meio de recurso a procedimento tipológico e monográfico, bem como de método interpretativo sociológico. A pesquisa tem natureza eminentemente teórica e descritiva e seu objeto centra-se em estudo bibliográfico e documental.

Espera-se, por meio do presente ensaio, contribuir para que os operadores do direito e a comunidade acadêmica tomem conhecimento dos critérios adotados pelo Tribunal Superior do Trabalho para solucionar o caso sob comento, e, a partir daí, provocar reflexões e discussões acerca de quais balizadores podem ser considerados mais adequados para a solução de casos análogos, assim revestindo a matéria de uma maior segurança jurídica.

1. Síntese do caso e da decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho em sede de recurso de revista

O caso sobre o qual versa o estudo ora proposto (TST, 2020a) teve origem em reclamação trabalhista na qual a reclamante, uma professora que acumula dois contratos de trabalho, ambos sob o regime celetista - isto é, trabalho subordinado e por conta alheia – e firmados com o Município de Bariri. Nela, postulou que seu empregador fosse condenado ao adimplemento de obrigação de fazer, consistente na redução de sua carga horária, sem prejuízo de sua remuneração e sem a necessidade de compensação de jornada. A finalidade era justamente a de que pudesse ter disponibilidade de tempo para acompanhar o filho, portador de Síndrome de Down, em atividades terapêuticas necessárias para seu adequado desenvolvimento, cujo tempo de duração, já computados os períodos destinados a deslocamento, foi por si estimado em 11h20min (onze horas e vinte minutos) semanais.

Em sede de primeiro grau de jurisdição, foi concedida à reclamante tutela de urgência em caráter liminar, para o fim de antecipar os efeitos da tutela jurisdicional pretendida. Não obstante, esta decisão foi cassada por ocasião da prolação de sentença que julgou improcedente o feito no mérito.

O cenário se manteve inalterado por ocasião do julgamento de recurso ordinário interposto pela trabalhadora, entendendo o Tribunal *ad quem*, em apertada síntese, que ao Poder Judiciário faleceria a atribuição de suprir omissão legislativa – haja vista a impossibilidade de se estender o disposto no artigo 98, parágrafos segundo e terceiro, da Lei nº 8.112/90, à empregada pública – e criar para o empregador, um ente público, obrigação passível de lhe causar impactos financeiros negativos, registrando ademais que a satisfação dos interesses da parte reclamante somente poderia ser obtida por meio da implementação de políticas públicas.

À vista de tal *decisum* foi interposto recurso de revista pela parte sucumbente, cujo processamento foi assegurado após o conhecimento e provimento de recurso de

agravo de instrumento, havendo o Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, na condição de relator, não apenas reconhecido a eficácia horizontal dos direitos fundamentais no tocante às relações de trabalho, como também firmado posicionamento no sentido de ser inexorável a atuação tuitiva da Justiça Especializada do Trabalho no sentido de suprir a lacuna legislativa observada no caso concreto, assim evidenciando opção pela teoria que confere eficácia imediata a tais direitos.

Assentada tal premissa, então, o supracitado julgador elegeu o postulado da proporcionalidade como paradigma hermenêutico apto a solucionar o conflito de interesses que se estabeleceu entre: a) os princípios fundamentais do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana, previstos no artigo 1º, incisos III e IV, da Constituição Federal; o objetivo fundamental da solidariedade e o princípio da isonomia, plasmados respectivamente artigo 3º, inciso I, e artigo 5º, inciso I, também do Texto Constitucional; e o direito à adaptação razoável, estabelecido pelo artigo 2º, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, internalizada pelo ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto Legislativo nº 186/08 e consequentemente promulgada por meio do Decreto nº 6.949/09 – que lastreiam o pleito autoral de concessão de horário especial de trabalho; e b) o princípio fundamental da livre iniciativa, extraído do artigo 1º, inciso IV, e do artigo 170, ambos do Texto Constitucional – o qual, a seu turno, dá espedeque à pretensão da Administração Pública de obstar o aumento de gastos públicos, porquanto a despesa em questão não fora previamente orçada ou autorizada por Lei (TST, 2020a).

Após verificar que a pretensão deduzida na exordial, de fato, mostrava-se adequada e necessária, arvorando-se, para tanto, em decisões proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho em casos análogos, o relator voltou-se à aplicação do elemento da proporcionalidade em sentido estrito, dando azo à ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto.

Nessa senda, sopesando que, “de um lado, sabe-se que o acompanhamento da criança por sua mãe tende a desempenhar papel muito importante na sedimentação das competências adquiridas e/ou estimuladas nas atividades terapêuticas [...]” (TST, 2020a, p. 32), e que “de outro lado, entende-se que a procedência integral do pedido demandaria uma série de expedientes do réu, a fim de que seus alunos não ficassem prejudicados e de que o impacto orçamentário fosse minimizado” (TST, 2020a, p. 33), bem assim atentando para particularidade ínsita ao caso concreto – derivada do fato de o artigo 11, da Lei Municipal nº 4.111 (2011), já autorizar que um total de 08h (oito horas) semanais fosse utilizado pela reclamante para a realização de atividades pedagógicas em local a ser por si livremente eleito –, posicionou-se no sentido de que a mais razoável solução para a lide consistiria em aumentar em 03h20min as atividades pedagógicas livres, assim assegurando que a reclamante possa melhor gerir seu tempo e acompanhar seu filho nas atividades necessárias a seu desenvolvimento, ao mesmo passo em que o ônus imposto à municipalidade seria mantido no menor patamar possível.

O entendimento propalado pelo Ministro relator, então, foi referendado à unanimidade pela Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que deu parcial provimento à revista interposta, condenando a parte reclamada ao cumprimento de obrigação de fazer, consistente na substituição, nos dias e horários indicados na peça póstica – ou outros que superveniente sejam estabelecidos –, observado o limite de 11h20min (onze horas e vinte minutos) semanais, das atividades pedagógicas presenciais da reclamante por período de trabalho pedagógico livre, sem prejuízo do salário ou obrigatoriedade de compensação de jornada, enquanto comprovadamente perdurar a necessidade de acompanhamento de seu filho a atividades terapêuticas.

2. Enquadramento teórico e análise crítica das questões de fundo do julgado

Uma vez sumarizadas as circunstâncias fáticas e os argumentos jurídicos involucrados no caso sob comento, cumpre passar à análise crítica dos aspectos teóricos de maior relevância a ele relacionados.³ Para tanto, em um primeiro momento, abordam-se questões relacionadas à opção do órgão colegiado por reconhecer aos direitos fundamentais de jaez prestacional invocados pela parte reclamante uma carga eficaz plena e imediata; em seguida, passa-se a discorrer acerca dos argumentos, postulados hermenêuticos e critérios empregados para aplicar a técnica da ponderação de interesses, bem como às máximas a ela inerentes, ao conflito que se estabeleceu entre normas de natureza fundamental.

2.1 Da aplicabilidade da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais ao caso concreto

A iniciar-se a análise ora proposta, necessário de pronto observar que a despeito de o polo passivo da lide sob exame ser ocupado por um ente municipal pertencente à Administração Pública Direta, tal fato não tem o condão de, por si só, obstar o exame de questão atinente à (in)aplicabilidade da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais em relação ao direito material em discussão.

Isso porque, como bem assevera a doutrina pátria, em que pese o fato de que ao celebrar negócios jurídicos regidos pelo direito privado a Administração Pública

³ Cumpre registrar que não obstante a problemática atinente à (in)competência material da Justiça do Trabalho para processar e julgar as relações de trabalho estabelecidas entre a Administração Pública e empregados públicos seja tema deveras relevante – tendo o próprio Supremo Tribunal Federal [STF] (2021), em recente decisão, reconhecido a existência de repercussão geral da matéria com o fito de determinar se a competência nesse cenário se dá em razão da natureza do vínculo estabelecido com a Administração Pública ou dos pedidos formulados -, por não haver sido ela questionada no feito sob comento, deixa de ser objeto do presente estudo.

esteja sujeita, ainda assim, às normas do Direito Administrativo,⁴ deve ela, no tocante às obrigações contratuais assumidas e aos efeitos jurídicos que daí advém, ser “[...] nivela[da] ao particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da horizontalidade” (DI PIETRO, 2004, p. 556).

No caso em tela, há que se considerar que os cargos ocupados pela parte reclamante, apesar de haverem sido providos por meio de concurso público e, aparentemente estarem sujeitos ao regime jurídico do direito público,⁵ em face da peculiaridade da natureza da relação entre as partes, submete-se à legislação trabalhista em vigor, notadamente à Consolidação das Leis do Trabalho [CLT] (1943), cuja natureza do direito individual que regula, é privada. Portanto, o Município da Bariri, apesar de ser pessoa jurídica pública, ente da Administração Direta, está sujeito à jurisdição trabalhista, cuja competência se estabelece em razão da natureza da relação firmada e discutida, ignorando-se a natureza (em si) da pessoa envolvida na lide. Sabendo-se do objeto litigioso do processo, nomeadamente, os temas relacionados à duração da jornada de trabalho e ao pagamento de salário regulados pela legislação trabalhista, tem-se que o Município de Bariri, nesse quadro, está sujeito à jurisdição do Poder Judiciário laboral pois revestido da figura de empregador comum.⁶

Ora, em que pese seja possível verificar em sede doutrinária um certo consenso⁷ no que pertine à eficácia negativa e positiva⁸ advinda dos direitos fundamentais no

⁴ Nesse sentido, colaciona-se a seguinte lição de Hely Lopes Meirelles (1998, p. 137): “A Administração Pública pode praticar atos ou celebrar contratos em regime de Direito Privado (Civil ou Comercial), no desempenho normal de suas atividades. Em tais casos ela se nivela ao particular, abrindo mão de sua supremacia de poder, desnecessária para aquele negócio jurídico. [...] Observamos, todavia, que mesmo nesses atos ou contratos o Poder Público não se libera das exigências administrativas que devem anteceder o negócio jurídico almejado, tais como autorização legislativa, avaliação, licitação etc., e as ações correspondentes devem ser propostas no juízo privativo da Administração interessada, que é o único privilégio que lhe resta”.

⁵ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

⁶ Outro não foi o entendimento esposado pelo próprio Tribunal Superior do Trabalho (2020b): “[...] a Administração Pública, quando contrata pelo regime celetista, equipara-se ao empregador comum, ficando sujeita às normas do Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho”.

⁷ É o que se infere a partir da lição de Juan María Bilbao Ubillos (2006, p. 310), para quem há “[...] *un amplio acuerdo en torno de la idea de que los derechos fundamentales han de tener algún tipo de vigencia social*”.

⁸ No ponto, esclarece Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 316) que “do efeito vinculante inerente ao art. 5º, § 1º, da CF decorre, num sentido negativo, que os direitos fundamentais não se encontram na esfera

contexto de relações verticalizadas – é dizer, daquelas estabelecidas entre Estado, enquanto figura de autoridade, e os indivíduos que, a seu turno, ocupam a posição de governados (LEITE, 2011) – o mesmo não se verifica no que tange ao alcance conferido a esses mesmos direitos no âmbito das relações privadas.

Sob esse prisma, à exceção de posição minoritária que sustenta que o reconhecimento de uma eficácia horizontal aos direitos de cariz fundamental figuraria como “[...] *una especie de ‘caballo de Troya’ que destruya il sistema construido sobre la base de la autonomia privada*” (UBILLOS, 2006, p. 311), sustentando, por isso, que “[...] *las amenazas procedentes de los particulares se contemplan en las leyes civiles y penales y no en la Constitución, que sólo traza los límites que lo poder público no puede franquear*” (UBILLOS, 2006, p. 310), o entendimento prevalecente⁹ se consolida no sentido de que “a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais [...] é exigência do projeto político e da normatividade constitucional assumidos pela sociedade brasileira em 1988” (GEDIEL, 2006, p. 157), não se podendo, como tal, admitir que “[...] o Direito Privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da Constituição” (Sarlet, 2000, p. 10).

É, pois, com espreque no princípio da unidade da ordem jurídica,¹⁰ no princípio da supremacia¹¹ e da força normativa¹² da Constituição (1988) – esta última materializada

de disponibilidade dos Poderes públicos, ressaltando-se, contudo, que, numa acepção positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais”.

⁹ É o que se infere a partir da seguinte afirmação, tecida por Robert Alexy (2008, p. 528): “Atualmente a idéia de que normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão e, nesse sentido, têm um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita”. No mesmo sentido, assevera Claus-Wilhelm Canaris (2003, p. 37) que “os direitos fundamentais vigoram imediatamente em face das normas de direito privado. Esta é hoje a opinião claramente dominante. Aqui os direitos fundamentais desempenham as suas funções ‘normais’, como proibições de intervenção e imperativos de tutela”.

¹⁰ Quanto ao tema, assevera Norberto Bobbio (1993, p. 173-4 e 182-3) que “[...] *gli ordenamenti sono composti di una miriade di norme, que, come le stelle in cielo, nissuno è mai riuscito di contare*”. Leciona, ademais, que os ordenamentos jurídicos poderão ser classificados como complexos quando “[...] *il fabisogno di regole di condotta in una qualsiasi società è tanto grande che non vi è nessun potere (o organo) in grado di soddisfarvi da solo*”. É justamente neste contexto que o autor sustenta que para que a pluralidade de fontes normativas existentes possa existir de forma organizada, é necessário que entre elas se estabeleça uma estrutura hierárquica, cuja ápice há de ser ocupado pela norma fundamental, que, justamente por isso, passará a atuar como instrumento jurídico balizador de toda a produção legislativa dela derivada.

¹¹ Trata-se de princípio que, partindo da premissa de que a Constituição Federal ocupa o ápice do ordenamento jurídico, a ela reconhece uma supralegalidade tanto formal quanto material. “A superlegalidade *formal* identifica a Constituição como a fonte primária da produção normativa, ditando competências e procedimentos para a elaboração dos atos normativos inferiores. E a superlegalidade *material* subordina o conteúdo de toda a atividade normativa estatal à conformidade com os princípios e regras da Constituição” (BARROSO, 2009, p. 168).

¹² Consoante se extrai a partir de paradigmática doutrina de Konrad Hesse (1991), as normas insculpidas no texto das Constituições não devem ser concebidas de forma isolada da realidade político social, razão pela qual devem pretender atender aos axiomas e escolhas político-organizacionais que são mais caras a um determinado Estado, mas também devem pretender serem capazes de efetivamente influenciar a

particularmente pelo parágrafo primeiro, do artigo 5º, do Texto Constitucional – que mesmo diante de uma multiplicidade de teorias voltadas a determinar as hipóteses e graus de incidência dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico–privadas,¹³ no sistema jurídico pátrio tem prevalecido o entendimento, tanto em âmbito doutrinário¹⁴ como jurisprudencial,¹⁵ de que deve a eles, também em cenários de horizontalização das relações jurídicas, ser reconhecida carga eficaz plena e imediata.

realidade social. É precisamente porque o legislador constituinte, ao estabelecer o conjunto de normas que dá azo à Constituição formal, pretende construir o futuro tomando por base o presente, que o autor assevera que deve ser reconhecida carga eficaz às normas constitucionais, é dizer, que os demais atores devem obrar para que se concretize, na maior medida possível, a vontade do texto constitucional.

¹³ Ao debruçar-se sobre o tema, a doutrina costuma indicar as seguintes teorias como sendo aquelas que, somadas à da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas – esta objeto de trato em apartado –, mais comumente são reconhecidas pelos operadores do direito: a) da eficácia mediata, de acordo com a qual “[...] apesar da influência dos direitos fundamentais, as normas do direito privado devem permanecer como normas de direito privado, e os direitos e deveres por elas estabelecidos permanecem direitos e deveres no âmbito do direito privado” (ALEXY, 2008, p. 529), daí resultando que a incidência de direitos fundamentais em âmbito particular somente poderá ser levada a efeito quando presentes cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, então, figuras normativas capazes de estabelecer um elo entre o direito privado e o direito constitucional (SARMENTO; GOMES, 2011); b) dos deveres de proteção, segundo a qual “os preceitos relativos aos direitos fundamentais, dirigir-se-iam, em primeira linha, às relações entre os particulares e os poderes públicos, mas estes, para além do dever de os respeitarem [...] e de criarem condições necessárias para sua realização, teriam ainda o dever de os proteger contra quaisquer ameaças, incluindo as que resultam da actuação de outros particulares” (ANDRADE, 2006, p. 281); c) dos poderes vinculados, que preconiza que naquelas relações entre particulares em que houver uma situação de desigualdade, caracterizada por uma maior poder social ou econômico em um dos polos em detrimento do outro, é possível a incidência de uma eficácia vertical dos direitos fundamentais nas relações privadas (SARLET, 2000, p. 14); d) da *state action* que, como regra, veda que as Cortes intervenham em pactuações de natureza privada, admitindo tal proceder em caráter excepcional em hipóteses nas quais o particular desempenhe uma função análoga àquela do Estado ou em que o poder público está de tal forma envolvido na atividade do particular que por ela pode ser responsabilizado (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 62-5); e e) convergência estatista, lastreada no argumento de que “[...] a atuação dos particulares no exercício da autonomia privada é sempre produto de uma autorização estatal, sendo as ofensas aos direitos fundamentais sempre oriundas do Estado, já que a este incumbe o dever precípuo de proteger os direitos fundamentais em geral, de tal sorte que o problema da eficácia em relação a terceiros (nas relações entre particulares) dos direitos fundamentais não passa de um ‘problema aparente’” (SARLET, 2000, p. 16-7).

¹⁴ Quanto ao tema, obtempera Eugênio Facchini Neto (2006, p. 51) que “caso a eficácia de um direito fundamental dependesse de uma legislação infraconstitucional que o implementasse, correr-se-ia o risco de a omissão do legislador ordinário ter mais força eficaz do que a ação do legislador constituinte”. Isso significaria que a criatura (legislador ordinário) teria mais poder que seu criador (legislador constituinte)”. Também em manifestação favorável ao reconhecimento de eficácia imediata aos direitos fundamentais, conta-se com a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet (2000) e Daniel Sarmento (2010).

¹⁵ Aqui faz-se alusão ao paradigmático acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal (2006) no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 201.819-8, no qual pela primeira vez foi feita expressa menção à adoção da teoria dos efeitos imediatos dos direitos fundamentais nas relações privadas. A saber:

Daí resulta a compreensão de que o legislador ordinário não apenas deve se abster de praticar qualquer atividade que possa restringi-los para além dos estritos limites admitidos pelo Texto Constitucional, mas também adotar as medidas necessárias, particularmente pela via da implementação de políticas públicas, para lhes conferir a maior carga eficaz possível (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 95). Ao Poder Judiciário, do mesmo modo, passa a incumbir a obrigação de, ao prestar a jurisdição, “[...] levar em conta as regras e princípios constitucionais que tratam diretamente do tema objeto do litígio [...] ou que enunciam valores e objetivos que devem orientar toda e qualquer atividade estatal [...]” (FACCHINI, 2006, p. 46).

Partindo-se da premissa de que as relações de trabalho caracterizam-se precisamente por serem permeadas por uma multiplicidade de direitos fundamentais de titularidade tanto da figura do trabalhador¹⁶ como do empregador,¹⁷ bem assim por uma situação de desigualdade jurídico-econômico-social entre tais sujeitos (LEITE, 2011), fica evidente serem elas campo fértil para a incidência da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais (SARMENTO; GOMES, 2011).

Diante das considerações até o momento tecidas, resta extrema de dúvidas admitir que a Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho (2020a) agiu de forma irretocável quando, ao se deparar com omissão legislativa envolvendo direitos fundamentais afeitos à relação de trabalho, não apenas reconheceu prontamente a

“Sociedade civil sem fins lucrativos. União brasileira de compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Recurso desprovido. I. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados [...]”.

¹⁶ Aqui, pede-se vênha para a transcrição de lição de Maurício Godinho Delgado (2007, p. 27-8), que indica alguns dos direitos fundamentais dos trabalhadores plasmados na Constituição Federal: “Ilustrativamente, em seu ‘Preâmbulo’, em seus ‘Princípios Fundamentais’ – arts. 1º a 4º –, em algumas dimensões normativas de seu art. 5º; nos arts. 6º e 7º, especificadores de inúmeros direitos sociais fundamentais. Também está presente em certos dispositivos de Direito Coletivo, regulatórios de direitos fundamentais, constantes dos arts. 8º até 11 [...], por meio dos princípios, valores e fundamentos das ordens econômica e social, que sejam afirmativas da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho. É o que se passa, por exemplo, com o art. 170 (‘Princípios Gerais da Atividade Econômica’), com o art. 193 (‘Disposição Geral’ relativa à ‘Ordem Social’), com os arts. 196 e 197, além do art. 200, II e VIII (todo tratando da saúde), também com o art. 205 (tratando da educação), além dos arts. 225 e 227, que tratam das garantias a crianças e adolescentes no País (em acréscimo à regra protetora já lançada no art. 7º, XXXIII, da mesma Constituição)”.

¹⁷ José Antônio Gediel (2006, p. 158) elenca “[...] a atividade econômica, como expressão e exercício da livre iniciativa, da propriedade privada e da livre disposição dos bens individualmente apropriados”, que então, dariam a dimensão, ainda que não exauriente, dos direitos fundamentais do empregador.

inexorabilidade de sua horizontalização, como efetivamente firmou posição no sentido de que a dimanação de efeitos jurídicos deve ser imediata, assumindo, por via de consequência, o *múnus* de, por meio da prestação jurisdicional, concretizar na maior medida possível a vontade da Constituição.¹⁸ Senão, veja-se:

[...] o catálogo de garantias e direitos fundamentais deixou de assumir a conformação vertical do constitucionalismo clássico para constituir o principal fundamento sobre o qual repousa todo o ordenamento jurídico nacional. A denominada Carta Política, de feição marcadamente liberal e que se propunha, essencialmente, à imposição de limites ao poder do Estado na vida privada, deu lugar a uma Carta Fundamental, de caráter dirigente, programático e de alcance muito mais abrangente e concretizador. [...] O processo histórico de horizontalização dos direitos fundamentais adquiriu assento constitucional expresso (art. 5º, §1º), de modo que, diferentemente do que sugere o acórdão recorrido, os valores mais caros à sociedade possuem aptidão para alcançar todos os indivíduos de forma direta e eficácia plena, sem a necessidade de que sejam veiculados por meio de pontes infraconstitucionais. Nesse sentido, a matriz axiológica da Constituição não somente pode, mas, sobretudo, deve servir de fonte imediata para a resolução de demandas levadas à tutela do Poder Judiciário, notadamente aquelas de alta complexidade. De todo modo, a ausência de norma infraconstitucional específica não seria capaz de isentar o magistrado de, com base nos princípios gerais de direito, na analogia e nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, dentre eles o Pacto de San Jose da Costa Rica, reconhecer a incidência direta dos direitos sociais em determinados casos concretos, mesmo porque aqueles nomeados exemplificativamente no texto constitucional, inclusive no que diz respeito aos trabalhadores, encerram cláusulas gerais ou de conteúdo indeterminado, mas de aplicação imediata (arts. 6º e 7º, *caput*, *in fine*).

No ponto, impende outrossim salientar que o órgão colegiado, como é possível inferir a partir da análise da transcrição parcial do texto do acórdão sob comento, dá um passo além ao expressamente admitir que a eficácia imediata dos direitos fundamentais se estende, também, àquelas hipóteses em que a lide envolve direitos de segunda

¹⁸ A atuação do Tribunal Superior do Trabalho, no particular, coaduna-se perfeitamente com a seguinte lição de Konhad Hesse (1991, p. 21): “Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente”.

dimensão – culturais, econômicos e sociais – e, justamente por isso, tendentes a demandar uma consubstanciação pela via prestacional.¹⁹

Ao assim proceder, não apenas aborda um tema que no mais das vezes é negligenciado pela doutrina²⁰, mas que também suscita entendimentos diversos²¹, embora se possa afirmar que existe um certo consenso no tocante à necessidade de se conferir eficácia imediata aos direitos fundamentais sociais relacionados à matéria trabalhista, uma vez que “[...] foram concebidos exatamente para incidir sobre relações privadas entre trabalhadores e empregadores” (SARMENTO, 2010, p. 310).

Daí, contudo, não deve resultar conclusão simplista no sentido de que, em sendo admitido que os direitos fundamentais inerentes à relação de trabalho – ou os direitos sociais como um todo – gerem efeitos, também, em relações jurídico-privadas, isso autorizaria sua irrestrita e automática prevalência sobre os direitos fundamentais de titularidade do empregador.

Muito pelo contrário. É justamente diante da necessidade de se ter em conta “[...] dentre outras coisas, o impacto econômico para o agente privado, que resultará da imposição de uma obrigação positiva ligada ao direito social em questão” (SARMENTO, 2010, p. 328), que a doutrina sustenta que, em casos tais, a solução para o caso concreto deve advir da ponderação dos interesses nele involucrados,

¹⁹ Os direitos fundamentais de segunda dimensão, segundo se extrai da doutrina especializada, emergem a partir da transição de um Estado Liberal - então, centrado em um ideário burguês de não intervenção na esfera privada – para um Estado Social – marcado por um maior apreço a um ideário de igualdade, a ser obtido por meio da implementação de uma justiça social (BONAVIDES, 2011). Caracterizam-se, justamente por isso, por “[...] sua dimensão positiva [...]” e por “[...] outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas [...]” (SARLET, 2012a, p. 33).

²⁰ No ponto, afirma Daniel Sarmiento que “na doutrina, poucos autores se dedicam ao estudo desta questão. A maioria entre os que tratam da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais limita-se a examinar os direitos individuais” (SARMENTO, 2010, p. 310).

²¹ Particularmente no que pertine à eficácia horizontal dos direitos fundamentais de viés social, tem-se, de um lado, vertente que sustenta que sua eficácia deva ser apenas mediata, manifestando-se por meio de produção legislativa ordinária que efetivamente estabeleça obrigações aos particulares como forma de densificar a força normativa da Constituição ou por meio de prestação jurisdicional que confira à legislação infraconstitucional uma interpretação conforme à Constituição (MEDEIROS, 2018); e de outro, entendimento no sentido de que “[...] todos os direitos fundamentais (mesmo os assim denominados direitos a prestações) são, ademais, eficazes (vinculantes) no âmbito das relações entre particulares, inexistindo, em princípio, distinção entre os direitos de cunho defensivo e os direitos prestacionais, em que pese o seu objeto diverso e a circunstância de que os direitos fundamentais do último grupo possam até vincular, na condição de obrigado, em primeira linha os órgãos estatais” (SARLET, 2012a, 30).

notadamente pela via de aplicação da proporcionalidade enquanto critério hermenêutico (SARLET, 2002).

É a partir dessa constatação, pois, que na seção que se segue, passa a ser feita uma análise dos argumentos expendidos pelo Tribunal Superior do Trabalho frente a cada um dos subprincípios atrelados à proporcionalidade.

2.2 Da proporcionalidade como critério hermenêutico para a solução do conflito de interesses

A proporcionalidade, como é cediço, é objeto de certo dissenso doutrinário no que tange especificamente à sua natureza jurídica. Por alguns é tratada como uma máxima decorrente dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008); por outros é percebida como uma regra (SILVA, 2002), diante da forma como se comportam seus desdobramentos; há ainda aqueles que lhe atribuem a condição de princípio (BARROSO, 2009; MENDES; BRANCO, 2020; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019) derivado do Estado de Direito (BONAVIDES, 2011) e da abertura material do catálogo operacionalizada pelo artigo 5º, parágrafo segundo, do Texto Constitucional; e, por fim, posicionamento que lhe confere o *status* de postulado que orienta a aplicação de princípios e regras, dependendo, para tanto, “[...] do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável” (ÁVILA, 2016, p. 206) – e que, por ser considerado tecnicamente mais apropriado, passa a ser empregado neste estudo.

A mesma dissonância, contudo, não se estende à sua triádica subdivisão nos elementos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito,²² que, impende salientar, devem ser examinados pelo operador do direito nesta precisa ordem, uma vez que a inexistência do antecedente prejudica a do consequente (SILVA, 2002).

Pois bem, relativamente à primeira das etapas necessárias à aferição da proporcionalidade, “[...] que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem

²² Segundo lição de Daniel Sarmento (2000), o princípio da proporcionalidade é consectário do *due process of law* estadunidense, que em sua dimensão material, volta-se a assegurar a defesa dos direitos constitucionalmente assegurados aos cidadãos em face do Estado. Para tanto, é decomposto em três subprincípios: a) da adequação, que preconiza que a medida legislativa ou administrativa há de ser legítima e adequada para a produção dos fins perseguidos; b) da necessidade, que exige que o poder público adote as medidas menos intrusivas e gravosas para alcançar os objetivos do ato administrativo ou legislativo; e c) da proporcionalidade em sentido estrito, aferida precisamente através da técnica de ponderação dos interesses frente ao caso concreto, na qual essencialmente, após a identificação dos interesses que o Estado visa proteger através da prática do ato e dos bens juridicamente tutelados que por ele poderão ser, ao menos em tese, afetados, passa-se a um sopesamento ou harmonização destes em razão das vicissitudes do caso concreto.

aptas a atingir os objetivos pretendidos” (BARROSO, 2009, p. 235), tem-se que, de fato, a pretensão da empregada pública de ver a municipalidade compelida a alterar seu horário de trabalho sem que daí advenha nenhum prejuízo à sua subsistência, sob a justificativa de acompanhar as atividades necessárias ao desenvolvimento de seu filho, então, criança portadora de necessidades especiais, mostra-se plenamente adequada.

Isso porque, como bem pontuado pelo Ministro Relator do acórdão em liça, o legislador infraconstitucional, ao se deparar com situações análogas – a primeira atinente aos filhos, dependentes ou cônjuges de servidores públicos federais que sejam portadores de deficiência; e a segunda referente especificamente aos filhos dos trabalhadores vinculados a regime celetista – estabeleceu no artigo 98, parágrafos segundo e terceiro, da Lei nº 8.112/90,²³ com redação dada pela Lei nº 13.370/16, bem assim no Projeto de Lei nº 110/16,²⁴ a possibilidade de concessão de horário especial independentemente da necessidade de compensação, assim demonstrando que a medida em comento é meio legítimo para instrumentalizar uma política pública – potencialmente aplicável às relações jurídico–privadas – voltada à preservação dos direitos fundamentais de pessoa com deficiência, bem assim da unidade familiar por ela responsável.

No tocante, outrossim, à necessidade da medida, que diz respeito à impossibilidade de que o resultado pretendido seja obtido por outra via (SILVA, 2002) ou que, existindo alternativa viável, dela não decorra um desfecho mais gravoso (ÁVILA, 2016), é possível sustentar que ela transparece já a partir da própria Lei e Projeto de Lei retro indicados – porquanto tais medidas demonstram que o Poder Legislativo já analisou a questão posta e considerou que a imposição de ônus ao Estado ou mesmo aos particulares se traduz na forma menos grave de contemporizar os interesses conflitantes.

Resta evidenciada, outrossim, pelo fato – inclusive ventilado de forma expressa no *decisum* em testilha – de que o não reconhecimento da pretensão deduzida necessariamente redundaria ou na completa inviabilidade de que pessoa portadora

²³ “Art. 98. [...] § 2º Também será concedido horário especial ao servidor portador de deficiência, quando comprovada a necessidade por junta médica oficial, independentemente de compensação de horário. § 3º As disposições do parágrafo anterior são extensivas ao servidor que tenha cônjuge, filho ou dependente portador de deficiência”.

²⁴ Além do óbvio fato de se estar, aqui, tratando de um Projeto de Lei – e, portanto, não de uma legislação em vigor -, também é digno de nota que a alteração legislativa pretendida se mostra mais restritiva do que a legislação federal também trazida à baila, já que limita o período de dispensa remunerada a 10% (dez por cento) da jornada de trabalho e se estende unicamente à figura do filho do trabalhador. Registra-se, não obstante, que uma emenda parlamentar, já aprovada, deu à matéria um tratamento mais detalhado do que a redação originalmente proposta, inclusive estendendo o horário especial a ambos os genitores ou guardiões da pessoa incapaz”.

de deficiência pudesse realizar as atividades terapêuticas necessárias ao seu desenvolvimento – o que violaria frontalmente o princípio da isonomia em sua dimensão substancial, já que o não reconhecimento do direito derivaria da tão só condição de servidora municipal da parte reclamante²⁵ – ou na impossibilidade de se dar seguimento ao contrato de trabalho – que, a seu turno, feriria a valorização social do trabalho e a própria dignidade da unidade familiar²⁶ –, opções estas que não se mostram mais razoáveis do que a efetiva adaptação da jornada de trabalho.²⁷

Uma vez verificado que, sob um prisma eminentemente fático, o reconhecimento de horário especial a genitores de pessoas portadoras de deficiência se mostra legítimo e exigível, faz-se possível, à continuação, passar a discorrer acerca de sua possibilidade jurídica.²⁸

E é precisamente a partir deste ponto que o postulado da proporcionalidade se imbrica com a técnica hermenêutica da ponderação de interesses (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2009), uma vez que a aferição do elemento de proporcio-

²⁵ É o que se infere a partir do seguinte trecho do acórdão comentado: “A par de tudo o que já foi considerado, há de se ter em mente que os anseios por uma sociedade justa não podem passar ao largo da percepção de que os seus integrantes são plurais e de que a igualdade substancial é valor que coloca em alto relevo as diferenças de ordem pessoal. [...] Ora, se o dependente do funcionário federal possui tal prerrogativa, entendemos que o filho de uma professora municipal deve desfrutar de direito semelhante. Pessoas em situações análogas não podem ser tratadas de forma absolutamente desigual, sob pena de violação do multicitado princípio da igualdade substancial, previsto tanto na Constituição Federal quanto na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência”. (TST, 2020a, p. 28 e 34).

²⁶ Colaciona-se, a fim de fundamentar a afirmação tecida, o seguinte argumento utilizado pelo Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte: “Diante desse contexto, uma eventual improcedência da pretensão poderia ensejar até mesmo um pedido de desligamento da trabalhadora, o que prejudicaria sobremaneira os rendimentos da família e colocaria em risco a própria subsistência do filho deficiente” (TST, 2020a, p. 33).

²⁷ Tanto assim é que a Convenção n.º 156, da Organização Internacional do Trabalho [OIT], embora não ratificada pelo Brasil, reconhece que os responsáveis pelo encargo de cuidar de dependentes e familiares próximos portadores de necessidades especiais tendem a ser excluídos ou, ainda, a encontram maior dificuldade de reinserção no mercado de trabalho, apontando como necessária, justamente, a adoção de políticas públicas que assegurem a compatibilização das atividades laborais com os cuidados dedicados à família: “Art. 3º, 1 - Com vista ao estabelecimento de uma efetiva igualdade de oportunidade e de tratamento para homens e mulheres trabalhadores, todo País-membro incluirá, entre os objetivos de sua política nacional, dar condições a pessoas com encargos de família, que estão empregadas ou queiram empregar-se, de exercer o direito de fazê-lo sem estar sujeitas a discriminação e, na medida do possível, sem conflito entre seu emprego e seus encargos de família”.

²⁸ É que como bem refere Robert Alexy (2008, p. 118), “a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandados de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades *fáticas*”.

nalidade em sentido estrito pressupõe “[...] um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva” (SILVA, 2002, p. 40).

E tal compatibilização de interesses, consoante se extrai da melhor doutrina, pressupõe o desencadeamento de uma operação mental passível de ser seccionada em três distintas, mas correlacionadas, etapas: a primeira, consistente na identificação e mapeamento daquelas normas jurídicas que incidem sobre o caso concreto; a segunda, relacionada à necessidade de se atribuir a este arcabouço normativo um ‘peso em abstrato’, identificando-se se – e em que medida – pode haver algum axioma que deva preponderar sobre o outro; e a terceira que, por fim, destina-se ao exame atento das circunstâncias do caso concreto para que se possa definir, frente a ele, se o peso abstrato conferido às normas jurídicas há de ser mantido ou readequado, assim determinando-se o seu ‘peso em concreto’ (BARCELLOS, 2006).

No tocante à identificação das normas envolvidas no conflito, é possível vislumbrar que o empregador, à vista de sua condição de ente público, não deixa de estar vinculado aos preceitos plasmados no artigo 37, da Constituição Federal, de sorte que a eventual prática de atos voltados a autorizar a redução de jornada de trabalho sem a correspondente mitigação proporcional de salário pode ser considerada violadora tanto do princípio da legalidade (MAZZA, 2018) – seja por lhe negar vigência diante da já mencionada inexistência de reserva legal que autorize a alteração contratual pretendida, seja por violar a legislação infraconstitucional que versa sobre responsabilidade fiscal²⁹ e probidade administrativa,³⁰ em razão do aumento de despesas

²⁹ A Lei complementar nº 101/00, comumente denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, estabelece parâmetros rígidos para a criação ou expansão de despesas públicas, dentre as quais se encontram aquelas relacionadas às despesas com pessoal. Assim, seja porque no caso sob comento se estaria aumentando uma despesa que, a toda obviedade, não foi submetida à estimativa de impacto orçamentário, seja porque esta modalidade de despesa pode impactar o teto de gastos da municipalidade com pessoal, daí decorrendo a impossibilidade de nomeações futuras ou mesmo de pagamento de horas extras aos servidores, fica evidente a possibilidade da alteração contratual pretendida pela empregada pública redundar em ferimento da legislação em vigor. Do mesmo modo, pode se vislumbrar violação do artigo 10, da Lei nº 8.429/92, que por sua vez estabelece que configura ato de improbidade administrativa a ação ou omissão, culposa ou dolosa, que redundar em perda patrimonial decorrente da ordenação de despesas não autorizadas por lei ou ainda da concorrência para que terceiro enriqueça ilícitamente.

³⁰ Estabelece a Lei nº 8429/92, comumente designada de Lei da Improbidade Administrativa em seu artigo 10 que “Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...] IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;”

com pessoal e da perda patrimonial daí decorrente –, com o princípio da eficiência (OLIVEIRA, 2018) – tendo em vista que os novos custos incorridos não gerarão uma otimização da prestação do serviço de ensino, quer sob o ponto de vista quantitativo, quer qualitativo.

Equiparando-se a municipalidade ao empregador comum, outrossim, passam a fazer parte da equação o princípio da segurança jurídica, insculpido no *caput*, do artigo 5º, da Constituição Federal – já que o reconhecimento da pretensão autoral pode impactar a necessária estabilidade das demais relações jurídico-privadas mantida com outros empregados públicos (MEDEIROS, 2018)-, assim como os direitos fundamentais à propriedade e à livre iniciativa, respectivamente insculpidos no artigo 5º, inciso XIII, e artigos 1º, inciso IV e 170, *caput*, do mesmo Diploma – que, no contexto de uma relação de trabalho, decorrem do fato de o empregador ser o proprietário dos meios de produção e assumir o risco da atividade econômica.

Em outro extremo, desponta o direito fundamental à adaptação razoável, insculpido no artigo 2º, do Decreto 6.949/09, de titularidade do filho da parte reclamante, responsável por incumbir ao Estado, à sociedade como um todo e mesmo aos particulares – se considerada a carga eficaz vertical e horizontal a ele inerente – o dever de efetuar as modificações típicas e atípicas – estas últimas voltadas a melhor atender à individualidade de cada sujeito – que se mostrem, a um só tempo, razoáveis e indispensáveis para que a pessoa portadora de deficiência possa se desenvolver e participar da vida em sociedade em igualdade de condições e oportunidades relativamente às demais (ASSIS, 2019).

No ordenamento jurídico pátrio, tal direito fundamental recebe reforço normativo tanto do artigo 227, *caput*, da Constituição Federal³¹ – que estabelece o dever da família e da sociedade de assegurar às crianças, adolescentes e jovens, de forma absolutamente prioritária, o direito fundamental³² à vida digna, à convivência em âmbito familiar e à proteção contra qualquer sorte de discriminação –; como do artigo 3º,

³¹ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

³² A justificativa para tal afirmação pode ser excisada a partir do seguinte argumento: “Com o perdão da obviedade: se o *caput* do artigo 5º da CF menciona a *vida*, a *liberdade*, a *igualdade*, para depois especificar os inúmeros desdobramentos (ou facetas) desses direitos nos seus incisos, e se o artigo 227, *caput*, refere-se expressamente à mesma *vida*, *liberdade*, *dignidade*, para em seguida desdobrá-las, seja no próprio *caput*, seja no parágrafo 3º, seja no artigo 228, evidente que se trata de direito da mesma natureza, ou seja, dos *direitos fundamentais da pessoa humana*” (Machado, 2003, p. 106).

inciso I, do Texto Constitucional³³ – que justamente tem o condão de estabelecer “[...] deveres jurídicos imponíveis aos indivíduos, limitando, em certa medida, seu espaço de liberdade em prol de que seja atingido um objetivo comum” (BARREIROS, 2011, p. 170), neste caso, representado pelo pleno desenvolvimento de pessoa portadora de deficiência –; e, a toda obviedade, da dignidade da pessoa humana, positivado no artigo 1º, inciso III, do mesmo Diploma³⁴ – que obriga Estado e particulares (SARLET, 2000) a “[...] garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (SARLET, 2012b, 62).

Tudo sem prejuízo da inclusão, na ponderação aqui delineada, do valor social do trabalho que, tutelado pelo artigo 1º, IV³⁵, bem assim pelo artigo 6º³⁶, ambos da Constituição Federal, parte da premissa da “[...] essencialidade da conduta laborativa como um dos instrumentos mais relevantes de afirmação do ser humano, quer no plano de sua própria individualidade, quer no plano de sua inserção familiar e social”³⁷, manifestando-se no caso em exame sob a forma da necessidade de garantia da subsistência da parte reclamante e, por via de consequência, de criança portadora de necessidades especiais.

Pois bem, uma vez traçado o panorama conflitivo, impõe-se, então, buscar atribuir aos direitos fundamentais já identificados um peso em abstrato. Nesse quadro, considerando-se que ambos os interesses contrapostos encontram lastro em direitos fundamentais, tem-se que resta prejudicada qualquer pretensão à priorização de um em detrimento do outro com fundamento unicamente neste critério (BARCELLOS, 2006). Premente, então, recorrer à dignidade da pessoa humana para que se possa dar sequência à operação mental, uma vez que a doutrina nela reconhece um direito fundamental que representa “[...] o limite dos limites [...]” (SARLET, 2012a, p. 182),

³³ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”

³⁴ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;”

³⁵ “Art. 1º [...] os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”

³⁶ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

³⁷ A valorização do trabalho é um dos princípios cardeais da ordem constitucional brasileira democrática. Reconhece a Constituição a essencialidade da conduta laborativa como um dos instrumentos mais relevantes de afirmação do ser humano, quer no plano de sua própria individualidade, quer no plano de sua inserção familiar e social. (DELGADO, 2007).

conferindo-lhe, por isso, preferência³⁸ em relação às demais normas vigentes no ordenamento jurídico pátrio.

É justamente a partir de tal constatação – e aqui impende salientar que a dignidade da pessoa humana é elemento nuclear também das normas estabelecidas pelo artigo 2º, do Decreto n.º 6.949/09, e artigo 227, da Constituição Federal – que se evidencia a necessidade de se privilegiar a pretensão deduzida pela empregada pública, na defesa dos interesses de seu filho, mitigando-se, tanto quanto possível, os ônus impostos a seu empregador – constatação esta que é corroborada pelo seguinte trecho do julgado do Tribunal Superior do Trabalho (2020, p. 31-2) em comentário:

É evidente que a transposição de um ideal de justiça de uma decisão judicial para a realidade concreta nem sempre é tranquila, ou mesmo factível. O alto grau de abstração de um princípio constitucional deve sempre ser levado em consideração pelo juiz no exame da exequibilidade e das repercussões econômicas e sociais de sua decisão [...] Prover “adaptação” significa adotar os esforços necessários para que os portadores de deficiência possam usufruir dos direitos humanos e fundamentais, em igualdade de condições com os demais indivíduos. A razoabilidade dessa acomodação encontra limite apenas na eventual desproporcionalidade entre os benefícios que podem ser alcançados com a sua adoção e os possíveis custos dela decorrentes. Diante dessa perspectiva e tomando ao caso concreto, cabe à Justiça do Trabalho conciliar os interesses divergentes entre as partes para que a criança possa ser acompanhada por sua mãe nas atividades multidisciplinares, sem que isso proporcione um ônus para o qual o réu não esteja preparado ou não consiga suportar.

É sob esta premissa, pois, que o mesmo Tribunal, ingressando na etapa de ponderação em sentido estrito, passa a examinar detalhadamente as necessidades manifestadas pela servidora e pela municipalidade, bem assim os termos do contrato de trabalho entre eles entabulado, para buscar determinar em que exata medida é possível alcançar “[...] um ponto ótimo, onde a restrição a cada interesse seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro” (SARMENTO, 2000).

A partir da imersão no quadro fático revelado pelos autos, foi possível identificar – e aqui repousa um dos pontos fulcrais do *decisum* sob exame – a existência de uma Lei Municipal que: a) reconhece o direito da parte reclamante de despende

³⁸ Aqui, parte-se da premissa de que “embora o texto constitucional brasileiro não tenha privilegiado especificamente determinado direito, na fixação das cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º), não há dúvida de que, também entre nós, os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana assumem peculiar relevo (CF, art. 1º, III)” (MENDES; BRANCO, 2020, p. 312). No mesmo sentido, conta-se com a doutrina de Daniel Sarmento (2000).

o equivalente a 08h (oito horas) – de um total de 62h (sessenta e duas horas), se considerados os dois contratos de trabalho em vigor – de trabalho no desempenho de “trabalho pedagógico livre”, que justamente permite ao docente que planeje as aulas e avalie os discentes no local e horário que mais lhe convier, dispensando, por conseguinte, a presença junto à instituição de ensino; e b) admite a possibilidade de redução do horário de trabalho, com a correspondente ampliação das horas de trabalho pedagógico ao início do ano letivo.

Explorando tal peculiaridade, então, o Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte busca equalizar os interesses envolvidos no caso concreto, adaptando razoavelmente a jornada de trabalho mediante o aumento – com fundamento na previsão legal retro citada – do tempo destinado às atividades pedagógicas livres em adicionais 03h20min e a correspondente diminuição das horas-aula, de modo a totalizar o período indicado na peça exordial como sendo necessário ao acompanhamento das atividades terapêuticas do filho da empregada pública.

Ao assim proceder, acaba por resguardar o direito da pessoa portadora de deficiência e de seu familiar, preservando, dentro do cenário possível, os interesses da municipalidade, razão pela qual é de se reconhecer que a solução conferida pelo Tribunal Superior do Trabalho ao conflito trazido a seu conhecimento se mostra não apenas adequada de um ponto de vista técnico, mas também apta a preservar na maior medida possível a eficácia dos direitos fundamentais em rota de colisão, razão pela qual apenas resta, na seção que segue, endereçar, ainda que de forma breve, se o provimento jurisdicional daí advindo adere ou não à definição de ativismo judicial.

3. Breves considerações sobre o ativismo judicial

Diante do que se analisou, o que poderia se indagar é se a opção judicial encontrada para solucionar o caso em concreto se traduziria em uma atitude ativa do julgador, isto é, se o preenchimento de uma suposta lacuna legal pelo Judiciário, em razão da inércia do Legislativo, implicaria numa verdadeira ação de substituição de atividades típicas.

Como já ponderado anteriormente (NAHAS, 2009), a Constituição Federal está dotada, entre outros não menos importantes, de princípios fundantes que têm por finalidade evitar o choque do sistema, sendo que sobre ele se deita a própria Constituição, como expressão da soberania popular. São estes princípios - democrático, republicano, liberal, da isonomia e da segurança - que contém todos os demais, harmonizando-se com os princípios estruturantes, que concernem ao cerne da Constituição e estão relacionados às cláusulas pétreas; e os estruturais que, embora se relacionem a fatores externos à Constituição, fazem parte dela, como ocorre com os princípios sociais e o pluralismo.

Não é por outra razão que a interpretação Constitucional refere-se às funções dos princípios e a sua eficácia, ou seja, como deverá ser exercida aquela a fim de se viabilizar a adequada interpretação de uma disposição antes de aplicá-la, perscrutando qual será o sentido real daquilo que ela quer dizer.

A “força normativa da Constituição” nada mais significa que as suas funções, antes de tudo, devem dirigir-se a

[...] dizer que o sistema da Constituição é o corpo lógico, formado pelos elementos e pela estrutura do texto e operante segundo suas funções, significa que à existência da Constituição não basta a existência do seu texto: não se satisfazem em permanecer dentro dele, a estrutura Constitucional projeta-se para fora de si mesmo, empenhando-se na edificação do governo e da sociedade” (NAHAS, 2009, p. 48).

No caso em concreto, não estaria o Judiciário criando norma jurídica no vazio legislativo e na criação de políticas públicas que permitam a concretização da norma Constitucional que assegura todos os direitos fundamentais aqui já citados, mas sim a judicializar a situação jurídica posta, com o objetivo de permitir a aplicação em concreto dos direitos constitucionais mínimos de natureza fundamental, por meio da técnica – importa frisar, que está permitida pela própria Constituição – da função normativa dos princípios através do processo de preenchimento de lacunas legislativas.

Observe-se que no âmbito infraconstitucional, o legislador permite a flexibilização da jornada de trabalho por razões diversas e menos importantes que o fato ensejador da discussão em tela. Aliás, a reforma legislativa de 2017 teve entre seus fundamentos, a flexibilização de direitos não somente no sentido de viabilizar a atividade econômica, mas para garantir o pleno emprego.

Portanto, a solução encontrada vai ao encontro e está harmonizada com os postulados traçados pelo próprio legislador, cumprindo-se, em última análise, a razão de ser do artigo 468, da Consolidação das Leis do Trabalho, que permite as alterações das cláusulas contratuais para atender ao interesse das partes contratantes, no caso concreto, a trabalhadora, que é responsável pelos cuidados do seu filho; e do empregador, no caso, o Município em que reside e que, aparentemente, não cumpriu com seu dever de possibilitar a assistência social adequada aos cidadãos que necessitam da concretização de serviços dessa natureza, o que os leva a ter que sacrificar ambições particulares para harmonizar a vida doméstica com a laboral.

Conclusão

A partir das exposições realizadas na presente pesquisa, é possível notar que realmente a solução encontrada pelo Tribunal Superior do Trabalho parece ser a mais

escorreita, na medida em que utiliza a própria legislação municipal para encontrar um balizador para o período de afastamento da trabalhadora de suas atividades presenciais, alargando o mínimo possível o já existente horário de trabalho pedagógico livre e, com isso, mitigando os ônus que a decisão imporá ao Estado.

Isso porque a servidora, nesse contexto, segue obrigada realizar as atividades de planejamento e avaliação para as quais o trabalho pedagógico livre é destinado, de modo em que não se estabelece uma plena dispensa das atividades, mas apenas uma flexibilização das obrigações contratuais que permita a prática da atividade postulada.

O ente público, por sua vez, apenas se vê obrigado a arcar com os custos – financeiros e organizacionais – de horas-aula adicionais em um patamar significativamente inferior àquele que foi originalmente postulado e que, como bem pontuado, pode ser mais facilmente contornado desde que adotado um comportamento solidarista. Note-se, ademais, que a decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho acaba, a rigor, mostrando-se mais favorável ao Município de Bariri do que a própria aplicação, caso vigente fosse, do regramento previsto no Projeto de Lei n.º 110/16, eis que as alterações por ele promovidas no Texto Celetista assegurariam à empregada pública o equivalente a 06h (seis horas) de horário especial, mantendo intacto, outrossim, o período destinado às atividades pedagógicas livres.

Ademais, o fato da Corte Superior haver optado por trilhar um caminho mais complexo, utilizando a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e critérios de proporcionalidade para suprir omissão legislativa e assegurar tratamento digno e isonômico à criança portadora de Síndrome de Down não apenas faz valer aqueles axiomas contidos no Texto Constitucional, como também pode vir a contribuir para a implementação das políticas públicas e produções legislativas que até o momento inexistem, bem assim guiar o agir do próprio empregador, que a partir da reiteração de decisões nesse sentido, passará a ter melhores condições de compreender quais as posturas que deve assumir no contexto de relações de trabalho grassadas pela deficiência de familiar do empregado.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Viroílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 273-300.

ASSIS JÚNIOR, Luiz Carlos de. **O direito fundamental à adaptação razoável na convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência**. 2019. Dissertação. Doutorado em Direito. Universidade Federal da Bahia, Salvador, Brasil.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. *In*: BARROSO, Luis Roberto *et. al.* **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 49-118.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo no direito brasileiro**. 2011. Dissertação. Mestrado em Direito Público. Universidade Federal da Bahia, Salvador, Brasil.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, v. 5, n. 8, p. 11-22, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Generale del Diritto**. Torino: Giappichelli Editore, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pablo Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

DASILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 789, p. 23-50, 2002.

DE MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018. *E-book*.

DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 2, p. 11-39, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. *E-book*.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FACCHINI NETO, Eugênio Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 13-62.

GEDIEL, José Antonio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 151-166.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direito Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 17, n. 1, p. 33-45, 2001.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MEDEIROS, Andréa Neiva Coelho de. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais de prestação**: considerações e peculiaridades. 2018. Dissertação. Mestrado em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, Brasil.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*.

NAHAS, Thereza Christina. Princípios: a necessidade da compreensão da função normativa (coerência na sua aplicação e interpretação). **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 75, p. 45-56.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Forense, 2018. *E-book*.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. *E-book*.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. *E-book*.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 36, p. 1-50, 2000. Versão eletrônica.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. *E-book*.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 60-101, 2011.

Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Recurso Extraordinário 201.819-8/RJ (2015, 11 outubro). Relatora Originária Ministra Ellen Gracie Northfleet. Relator para o acórdão Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Recorrente: União Brasileira de Compositores. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. **Diário de Justiça** (2006, 27 outubro).

Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1288440. Relator: Ministro Luiz Fux. Recorrente Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP. Recorrido Ana Maria de Paula e outros. **Diário Eletrônico de Justiça** (2021, 21 maio).

Tribunal Superior do Trabalho (3ª Turma). Recurso de Revista 11204-62.2017.5.15.0144 (2020, 02 dezembro). Relator: Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte. Recorrente: Andrea Giovanna Orefice Garcia. Recorrido: Município de Bariri. **Diário eletrônico da Justiça do Trabalho** (2020, 04 dezembro).

Tribunal Superior do Trabalho (8ª Turma). Agravo de Instrumento 13097-98.2017.5.15.0076 (2020, 29 de abril). Relatora: Ministra Dora Maria da Costa. Agravante: Município de Franca. Agravado Gilberto Antunes Cintra. Relatora Ministra Dora Maria da Costa. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho** (2020, 04 maio).

Ubillos, J. M. B. ¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006. p. 301-40.

RESPONSABILIDADES E ENCARGOS DE PRESTAÇÕES DO EMPREGADOR PELO ACIDENTE DE TRABALHO

Thiago Mendonça de Castro¹

RESUMO: O presente artigo pretende demonstrar a existência de diversas consequências advindas da ocorrência de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, tanto para os trabalhadores quanto para as empresas. Tais consequências ganham corpo e se concretizam na medida em que se traduzem em encargos de prestações, tanto administrativas quanto judiciais. Para tanto, preocupa-se em analisar as razões pelas quais os infortúnios laborais podem desaguar em espécies diversas de responsabilidade, tais como a civil, a previdenciária, a tributária e até a criminal. Nada obstante a responsabilidade explicitada e os encargos de prestações expostos no trabalho, números oficiais demonstram que cerca de 700 mil acidentes de trabalho continuam a ocorrer todos os anos no Brasil.

ABSTRACT: This article intends to demonstrate the existence of several consequences arising from the occurrence of work accidents and occupational diseases, both for workers and for companies. Such consequences take shape and materialize as they translate into service charges, both administrative and judicial. Therefore, it is concerned with analyzing the reasons why labor misfortunes can lead to different kinds of responsibility, such as civil, social security, tax and even criminal. Notwithstanding the explicit responsibility and the charges for benefits exposed in the work, nevertheless, official figures show that around 700 thousand work accidents continue to occur every year in Brazil.

PALAVRAS-CHAVE: Acidentes de trabalho. Encargos de prestações. Responsabilidades do empregador.

KEYWORDS: Work accident. Installment charges. Responsibilities of the employer.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Impactos dos acidentes de trabalho para os trabalhadores. 2. Impactos dos acidentes de trabalho para as empresas.

¹ Advogado. Professor universitário. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo.

3. Responsabilidades do empregador pelo acidente de trabalho: 3.1. Responsabilidade Civil; 3.2. Responsabilidade previdenciária; 3.3. Responsabilidade tributária. Conclusão. Referências.

SUMMARY: Introduction; 1. Impacts of accidents at work for workers; 2. Impacts of accidents at work for companies; 3. Employer's Responsibilities for the Work Accident: 3.1. Civil responsibility; 3.2. Social security responsibility; 3.3. Tax responsibility. Conclusion. References.

Introdução

Os acidentes de trabalho são evitáveis e causam um grande impacto na produtividade e na economia em razão de seus efeitos devastadores tanto na vida dos trabalhadores acidentados quanto nas organizações onde ocorrem. Por serem potencialmente evitáveis, expressam negligência e injustiça social (DORMAN, 2000).

Por outro lado, constata-se a existência de regras – normas e princípios – protetivas à saúde do trabalhador, tanto internacionais quanto domésticas, ao mesmo tempo em que se convive com cerca de 700 mil acidentes de trabalho por ano no país, conforme informa a Associação Nacional dos Procuradores e Procuradoras do Trabalho (ANPD, 2018), algo inaceitável na agenda do Trabalho Decente.

Pelo escólio de Sebastião Geraldo de Oliveira (2004, p. 145), compreende-se que “a luta do momento é como tornar real o que já é legal”, pois “os principais direitos nesta área já foram solenemente declarados e reconhecidos e o que falta é o seu cumprimento”.

Demais, dentre as diversas normas que visam à proteção da saúde do trabalhador, registra-se a existência daquelas de cunho civil, previdenciário, tributário e criminal, todas ligadas à responsabilidade daqueles que possuem o dever de manter a saúde do trabalhador incólume, quais sejam, os empregadores, que de acordo com o art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, assumem o risco da atividade.

Daí a afirmação que os empregadores não podem perseguir os bônus sem se responsabilizarem pelos ônus de suas atividades. Em outras palavras, não podem estes transferir para a sociedade as externalidades negativas de suas atividades, devendo internalizá-las em conformidade com um dos princípios mais caros do direito ambiental, qual seja, o do poluidor pagador.

1. Impactos dos acidentes de trabalho para os trabalhadores

Os acidentes de trabalho, na medida em que atingem a integridade psicobiofísica do trabalhador, pode representar um desmonte traumático de seu projeto de vida e lhe deixar estigmas que nem o tempo conseguirá apagar.

Nos dizeres de Sebastião Geraldo de Oliveira, em decorrência do infortúnio laboral

[...] o trabalhador é atingido na sua integridade psicobiofísica, o que muitas vezes significa o desmonte traumático de um projeto de vida, o encarceramento compulsório numa cadeira de rodas e o sepultamento precoce dos sonhos acalentados quanto à possibilidade de um futuro melhor. Basta dizer que no Brasil, a cada dia, somando-se as estatísticas das mortes com os afastamentos por invalidez total permanente, por volta de 50 trabalhadores deixam definitivamente o mundo do trabalho. A indenização pelos danos materiais pode até alcançar a recomposição do prejuízo e a equivalência matemática norteia os critérios de cálculo. No entanto, a dor da exclusão, a tristeza da inatividade precoce, a solidão do abandono na intimidade do lar, o vexame da mutilação exposta, a dificuldade para os cuidados pessoais básicos, o constrangimento da dependência permanente de outra pessoa, a sensação de inutilidade, o conflito permanente de um cérebro que ordena a um corpo que não consegue responder, a orfandade ou a viuvez inesperada, o vazio da inércia imposta, tudo isso e muito mais não tem reparação ou recomposição. A dor moral deixa na alma feridas abertas e latentes que só o tempo, com vagar, cuida de cicatrizar, mesmo assim, sem apagar o registro (OLIVEIRA, 2007, p. 121 - 122).

Para além do que registra o autor, as mazelas dos infortúnios laborais são inúmeras, tais como a dor do acidentado causada pelo acidente de trabalho, gastos com internações hospitalares, gastos com próteses e órteses, despesas médicas e odontológicas, dependência de terceiros para acompanhamento e locomoção a sessões de fisioterapia e consultas médicas, interrupção do emprego de familiares para ajudá-lo em tarefas básicas do dia-a-dia, perda ou diminuição de renda da família, gastos com acomodação no domicílio, além do fato de o acidente propiciar que o trabalhador se sinta “meio homem” ou “meia mulher” por não mais voltar a ter a mesma produtividade de outrora, além de potencialmente fazê-lo se sentir culpado pelo acidente, principalmente pela cultura empresarial do “ato inseguro”, expressão não mais usada na doutrina moderna, conforme registra Homero Batista Mateus da Silva.²

Em sua obra monográfica dedicada ao estudo da saúde e segurança do trabalho, o professor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco ensina que

As investigações sobre as causas dos acidentes de trabalho, por exemplo, precisam urgentemente abandonar fatores isolados –

² Visto que o acidente de trabalho tem origem multifatorial e é tratado como um fenômeno coletivo e organizacional.

os famosos “atos inseguros” praticados pelo empregado – para, ao revés, lançar luzes sobre: a) o conhecimento da atividade produtiva por inteiro; b) o impacto exercido pelo salário por produção, que impele o empregado a produzir cada vez mais, muito perto do limite da fadiga física e mental; c) a pressão pela execução da tarefa em menor tempo, continuamente reduzido; d) as interações do indivíduo com o mundo real; e) a alta rotatividade como sinal alarmante da precariedade ou da penosidade do trabalho, dentre outros aspectos (SILVA, 2015, p. 20).

Somados aos fatores expostos pelo catedrático das Arcadas, constata-se que grande parte das ocorrências dos acidentes de trabalho se dão nas horas que excedem a jornada regular de trabalho (MEDEIROS, 2018, *passim*).

Percebe-se, no particular, que os acidentes de trabalho são ligados a outras causas que não a culpa da vítima, tais como a cadência com que o trabalho é realizado, a exigência do cumprimento de metas, a falta de gestão de saúde e segurança do trabalho e inúmeros outros fatores, que em conjunto, potencializam sua eclosão.

Nem se mencione o caso dos trabalhadores informais, os quais correspondem à quase metade da População Economicamente Ativa do país (IBGE, 2020). Estes, pela falta de registro, não serão amparados pela Previdência, fator que leva tais trabalhadores à marginalização e ao conseqüente aumento de violência urbana.

2. Impactos dos acidentes de trabalho para as empresas

Não é somente nas vidas dos trabalhadores que os acidentes de trabalho causam impactos. Os empregadores também são afetados por diversas razões e sobre eles recaem inúmeros encargos, a exemplo de despesas administrativas e judiciais que vão além dos gastos com reparação judicial em razão da responsabilidade civil a eles imputada.

Revela-se importante, também, a menção acerca das responsabilidades previdenciária, tributária e criminal, além de uma boa gestão em saúde e segurança do trabalho para se mitigar os riscos de acidentes de trabalho, conforme será abordado em tópico próprio.

Ao analisar o tema, Vitor Filgueiras pondera que os empregadores são necessariamente os protagonistas na gestão da saúde e segurança do trabalho, já que responsáveis por ditar como a atividade deverá ser realizada pelos seus empregados, e que este arbítrio empresarial pode ser limitado pelos sindicatos e instituições do Estado.

Numa sociedade em que o trabalho assalariado hegemoniza a produção da riqueza social, os empregadores são necessariamente os protagonistas na gestão da Saúde e Segurança do

Trabalho, já que impõem, de fato, as condições em que opera o processo de trabalho, portanto, de adoecimento ou preservação da saúde daqueles que trabalham. Os demais agentes envolvidos na regulação do trabalho, particularmente sindicatos e instituições do Estado, podem impor condições para limitar a atuação patronal na busca deste pelo lucro, ou tangenciar (ou mesmo pactuar) a colocação de limites ao arbítrio empresarial, contribuindo objetivamente para a perpetuação do padrão de gestão predatório (FILGUEIRAS, 2017, p. 13).

Conforme se vê, a busca pelo lucro é, via de regra, objetivo dos empreendimentos, que devem se desenvolver para alcançá-lo, contudo, este desenvolvimento não pode ser predatório e deve suportar os custos da prevenção de acidentes de trabalho. Deve ser sustentável, sobretudo caso seja considerada a meta n. 8.8 da Agenda 2030 da ONU³ para o desenvolvimento sustentável como objetivo a ser atingido, inclusive pelo Brasil.

Frisa-se que os riscos da atividade devem ser suportados pelo empregador, conforme dispõe o art. 2º da CLT.

Assim, importante se faz que os custos da prevenção dos acidentes de trabalho sejam conhecidos, mas mais importante é entender quanto custam esses acidentes para que as empresas possam internalizá-los, vez que não é dado o direito às organizações de perseguirem o lucro e projetarem as externalidades negativas de seus negócios para a sociedade. Após conhecidos, devem estas organizações, assim, internalizar estes custos (PRIEUR, 1996, p. 135).

Mas afinal, o que compõem tais custos?

De acordo com a OIT, estes custos podem ser agrupados em três categorias: custos diretos, custos indiretos e custos humanos. Neste sentido,

De um modo geral, os custos diretos consistem em componentes associados com o tratamento e reabilitação médica; os custos indiretos são relacionados com as oportunidades perdidas para o trabalhador sinistrado, o empregador, os colegas de trabalho e a sociedade, compreendendo custos previdenciários, custos salariais, custos administrativos e perdas de produtividade; e os custos humanos referem-se à piora na qualidade de vida do trabalhador e sua família (ILO, 2014).

³ “Proteger os direitos trabalhistas e promover ambientes de trabalho seguros e protegidos para todos os trabalhadores, incluindo os trabalhadores migrantes, em particular as mulheres migrantes, e pessoas em empregos precários”. Cf. ONU – Organização das Nações Unidas. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 20 jul. 2021.

Assim, além dos gastos imediatos com assistência ao trabalhador acidentado, das despesas com primeiros socorros, dos gastos com salários pagos aos trabalhadores nos primeiros 15 dias de afastamento, da paralisação de setor, máquinas e equipamentos, do retraining de mão de obra para substituição do acidentado, atrasos no cronograma de produção e entrega de mercadoria a clientes, do pagamento de horas extras para colocar o serviço em dia em razão da paralisação em decorrência do acidente, despesas médicas e odontológicas, gastos com engenharia de reparação, aumento do prêmio de seguro, despesas com perícia em razão do acidente, as empresas perdem em relação à imagem e reputação perante o mercado.

Adicionam-se a estes os gastos previdenciários com o GILRAT (Grau de Incidência de Incapacidade Laborativa decorrente dos Riscos Ambientais do Trabalho), denominação atual do Seguro Acidente de Trabalho (SAT) já ajustado pelo Fator Acidentário de Prevenção (FAP), além de multas a serem aplicadas pelo Fisco em razão do descumprimento das normas de higiene e segurança do trabalho (art. 19, §2º da Lei n. 8.213/91), temas que serão explorados nos tópicos a seguir.

A estes encargos administrativos também se somam os encargos judiciais, como o pagamento de custas judiciais, honorários contratuais para a defesa dos interesses das empresas em juízo, indenizações por danos materiais, estéticos,⁴ morais e inclusive existenciais, além de honorários periciais e de sucumbência em razão das responsabilidades do empregador em face de seu empregado.

Passa-se à análise destas diferentes espécies de responsabilidade para que se compreendam as inúmeras possibilidades de os empregadores serem levados à juízo por descumprimento de preceito legal ou contratual.

3. Responsabilidades do empregador pelo acidente de trabalho

O conceito jurídico do vocábulo responsabilidade pode ser descrito como uma “obrigação moral, jurídica ou profissional de responder pelos próprios atos, relacionados ao cumprimento de determinadas leis, atribuições ou funções” (MICHAELIS, n.d).

Dentre as diversas espécies de responsabilidade, embora não a única, ganha destaque no mundo jurídico a responsabilidade civil. Mas não somente esta recai sobre os empregadores em razão da ocorrência de acidentes de trabalho. Para além desta, existem outras espécies de responsabilidade, a exemplo da previdenciária, da tributária e da criminal, as quais serão tratadas a seguir.

Princípio-se pela análise da responsabilidade civil.

⁴ Segundo a súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça, o dano estético é um dano autônomo que pode ser cumulado com dano moral ou dano material.

3.1 Responsabilidade Civil

Álvaro Villaça Azevedo conceitua responsabilidade civil como “a situação de indenizar o dano moral ou patrimonial, decorrente de inadimplemento culposo, de obrigação legal ou contratual, ou imposta por lei, ou ainda, decorrente do risco para os direitos de outrem” (Azevedo, 2008, p. 244).

Thiago Mendonça de Castro explica que no nosso ordenamento jurídico, a norma central de responsabilidade civil está contida no art. 927 do CC, que diz que “aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Já a definição de ato ilícito se encontra no art. 186 do diploma civilista, que diz que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (CASTRO, 2021, p. 75).

O autor chama atenção pelo fato de que por todos os ângulos que se olha, verifica-se que responsabilidade civil é a situação que liga o dano à sua necessidade de reparação, tornando indene a pessoa que foi lesada. Por essa razão, os pedidos nas ações de responsabilidade civil se consubstanciam em uma indenização pelo empregado em face do empregador. Tais ações são popularmente conhecidas por ações indenizatórias e consistem na prova da ação ou omissão, do nexo de causalidade e do dano causado em toda sua extensão. Em relação ao tema, salienta que no Brasil tem-se percebido um acentuado aumento no número de demandas em que se postula reparação por danos materiais, morais, estéticos e, ultimamente, existenciais, em razão de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais a eles equiparados.

Fato curioso é que não se vê na Justiça do Trabalho ações judiciais para que se cessem a insalubridade enquanto vigente o contrato de trabalho. Isto porque a maioria dos trabalhadores prefere continuar a ganhar alguns trocados pela venda de sua saúde e, via de regra, não conseguem ajuizar ações trabalhando, principalmente em razão da falta de estabilidade no emprego.

A falta de segurança no emprego e a alta rotatividade inibem o trabalhador na luta pelas melhorias do ambiente de trabalho e acabam contribuindo para a falta de efetividade das normas de proteção à saúde, conforme destaca Sebastião Geraldo de Oliveira (2004, p. 147).

Termos de Ajuste de Conduta e Ações Cíveis Públicas também merecem destaque quando se trata de lesão a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Tome-se como exemplo uma Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho – ou até mesmo pelo sindicato – para requerer que o empregador realize determinada conduta ou deixe de fazê-lo, sob pena de multa diária.

Trata-se, no particular, de algumas consequências das tutelas específicas amparadas pela Justiça do Trabalho para o empregador em razão da responsabilidade civil pela lesão à saúde do trabalhador e pelo desrespeito às normas de saúde e segurança do trabalho, cuja luta encerra esforços no combate ao trabalho perverso e aos acidentes de trabalho.

O presente artigo encontra seus limites no corte epistemológico proposto em seu intróito e não tratará das diferenças entre a responsabilidade civil objetiva (em razão do risco da atividade, *ex vi* do art. 927, parágrafo único do Código Civil) e a subjetiva (prevista no art. 7º, XXVIII, da Constituição de 1988), nem entre a contratual e a aquiliana⁵ pelo fato de excederem os limites topográficos do trabalho e por não impactarem em seu objetivo geral, que é a demonstração dos diversos encargos de obrigações em razão das responsabilidades impostas pela lei, além da responsabilidade civil, aos empregadores em razão de acidentes de trabalho.

3.2 Responsabilidade previdenciária

Diz o art. 120 da Lei nº 8.213/91 que nos casos de negligência quanto às normas-padrão de segurança e higiene do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.⁶

Partindo de uma interpretação sistemática e teleológica, percebe-se que o legislador atribuiu a tais normas característica de imprescindibilidade na luta contra os acidentes de trabalho. E por deixar de cumpri-las, as empresas cometem atos anti-jurídicos, ilícitos por assim dizer. Dessa forma, devem ser responsabilizadas a tornar indene aquele que teve prejuízo em razão de negligência, imperícia ou imprudência, no caso, a Previdência Social, que terá que garantir renda ao acidentado sem o questionamento se o trabalhador estava certo ou errado. Trata-se aqui de responsabilidade civil objetiva da Previdência em face do segurado.

Apesar de prevista desde 1991, foi somente na última década que a Procuradoria Federal Especializada começou a se valer desta espécie de ação, priorizando, nos últimos anos, ações coletivas em razão do custo-benefício que a ferramenta processual apresenta, a exemplo da ação movida contra a LG Electronics do Brasil Ltda, no ano de 2018, na qual ela solicita o ressarcimento de R\$ 730 mil da empresa correspondente

⁵ Trata-se de responsabilidade objetiva extracontratual, que decorre da inobservância de norma jurídica, por aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito e causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.

⁶ 6A Advocacia-Geral da União recuperou, desde 2010, para os cofres públicos mais de R\$ 44 milhões gastos pela Previdência Social com o pagamento de benefícios concedidos a trabalhadores acidentados devido à negligência dos empregadores (Portal EBC, 2018).

ao gasto com o pagamento de 42 benefícios a funcionários afastados do trabalho em uma fábrica em Manaus (AM) em virtude de doenças ocupacionais e lesões adquiridas devido a condições inadequadas de trabalho.⁷

É perceptível, portanto, que a ação regressiva acidentária adquire, num primeiro momento, caráter educativo-preventivo, de modo a proteger os trabalhadores em face dos empregadores com um mecanismo capaz de forçá-los a cumprir as normas-padrão de segurança e higiene do trabalho e, num segundo momento, é ressarcitória-punitiva porque visa recuperar, em âmbito do seguro social, “valores pagos a título de benefícios e serviços acidentários que oneraram os cofres públicos, nos casos em que estes eventos poderiam ter sido evitados se as medidas preventivas e fiscalizatórias tivessem sido adotadas pelo empregador” (Horvath, 2008, p. 252), significando, com isso, uma forma de pressionar os empregadores a priorizarem a segurança dos empregados, prevenindo a ocorrência de acidentes de trabalho. Trata-se de responsabilização previdenciária pelo descaso com a saúde e bem-estar dos trabalhadores (STJ, 2017).

3.3 Responsabilidade tributária

Não somente haverá a incidência de responsabilidade civil e previdenciária em razão de acidentes de trabalho. Recairá, também, sobre o empregador, a responsabilidade tributária em razão do aumento das alíquotas destinadas ao Seguro Acidente do Trabalho (SAT), espécie de tributo (contribuição social), atualmente conhecido pela sigla GILRAT (grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho), o qual será ajustado pelo Fator Acidentário de Proteção (FAP). Passa-se a explicá-los.

O SAT teve sua origem no Decreto n. 3.724, de 15 de janeiro de 1919. Pela primeira vez contou-se com uma norma legal que dava contornos jurídicos ao seguro contra acidentes de trabalho, embora já houvesse resquícios de certa proteção ao trabalhador desde 1850, com o Código Comercial.⁸

⁷ Em abril de 2016, o Procurador Geral Federal Renato Rodrigues Vieira apresentou os números da AGU em gráficos, momento em que, reforçando o papel da instituição, chama atenção para o ajuizamento de ações coletivas regressivas para restituição ao Erário. Cf. (Vieira, 2016).

⁸ No Brasil, os primeiros textos legais sobre acidentes de trabalho de que se tem notícia datam do século XIX e inicialmente eram dispostos de forma esparsa, como exemplificam os arts. 79 e 560 da Lei n. 556/1850 (Código Comercial): Art. 79. Os acidentes imprevistos e inculcados, que impedirem aos prepostos o exercício de suas funções, não interromperão o vencimento do seu salário, contanto que a inabilitação não exceda a 3 (três) meses contínuos. Art. 560. Não deixará de vencer a soldada ajustada qualquer indivíduo da tripulação que adoecer durante a viagem em serviço do navio, e o curativo será por conta deste; se, porém, a doença for adquirida fora do serviço do navio, cessará o vencimento

Aperfeiçoado com o passar do tempo, o instituto teve seus contornos modificados até chegar na Constituição de 1988, vindo a se assentar em seu art. 7º, XXVIII.

Pouco tempo depois, o seguro contra acidentes do trabalho foi regulado pela Lei de custeio da Previdência Social, qual seja, a Lei n. 8.212/91, em seu art. 22, II, “a”, “b” e “c”. Pela citada norma, o SAT representa uma alíquota que pode variar entre 1%, 2% e 3%, que deve incidir sobre a folha de pagamento, alíquota esta que é definida em razão do grau de risco⁹ de acidentes de trabalho da atividade preponderante de cada atividade econômica, de acordo com a Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE.

Já o FAP foi objeto da Medida Provisória nº 83, de 2002, convertida na Lei nº 10.666, de 8 de maio de 2003. Por esta metodologia, também conhecida como “sanção premial”, o valor correspondente ao SAT pode ser reduzido em até 50%, favorecendo os empregadores que registram menor acidentalidade, ou elevado em até 100% em razão do desempenho destes empreendimentos em relação à respectiva atividade econômica, conforme critérios de avaliação fixados em regulamento (Brasil, AEPS, 2016).

Assim é que a responsabilidade tributária, a qual eleva os custos previdenciários, pode representar, a depender do porte do empreendimento, consumo de grande parte de seu lucro ou, até mesmo, sua bancarota, a depender de seu faturamento e gestão de saúde e segurança do trabalho, sobretudo caso seja considerado que estes custos afetam, indistintamente, grandes, médias, pequenas e microempresas, que já terão que suportar todos os demais custos de eventuais destes acidentes de trabalho.

Responsabilidade criminal

Além dos gastos administrativos, tributários e processuais, outra espécie de responsabilidade chama atenção quando se trata de reparação integral do ilícito em decorrência do acidente de trabalho: a criminal.

Norma Sueli Padilha (2002, p. 74 – 75) registra que “[...] na amplitude de seu contexto” o acidente de trabalho “provoca reflexos nas esferas penal, civil e trabalhista” e que “no campo penal, inclusive, o descumprimento pela empresa das normas de

da soldada enquanto ela durar, e a despesa do curativo será por conta das soldadas vencidas; e se estas não chegarem, por seus bens ou pelas soldadas que possam vir a vencer.

⁹ De acordo com o art. 22, II, da Lei n. 8.212, as alíquotas de SAT variam entre 1% e 3% a depender dos seguintes fatores: 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes de trabalho seja considerado leve; b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio; c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.

segurança e saúde no trabalho constitui contravenção penal, punível com pena de multa (art. 19, § 2o)".

Apesar de a previsão de pena para quem desrespeitar as normas de segurança de saúde no trabalho, a consequência dessa contravenção penal é muito branda e não serve de obstáculo para realmente coibir a omissão em relação à obrigação legal preconizada no diploma penal. Demais, encaixa-se nos crimes de menor potencial ofensivo, os quais admitem transação penal (Lei n. 9.099/95), situação em que é possível substituir a pena privativa de liberdade pela prestação de serviços à comunidade.

Quanto ao tema, José Afonso Dallegre Neto (2014, p. 391) lembra que a negligência patronal pode ensejar lesão corporal culposa, tipificada no art. 129, § 6o do Código Penal, com pena de detenção de 2 meses a 1 ano, fixada pelo Juizado Especial Criminal e em caso de morte da vítima provocada por acidente de trabalho poderá caracterizar o crime de homicídio culposo, previsto no art. 121, § 3o, do Código Penal, com previsão de pena de detenção de 1 a 3 anos, fixada pelo Juiz Singular Criminal. Em suas palavras

Age com negligência e responde pelo crime de homicídio culposo o Engenheiro responsável por uma obra que dá ordens para que seja feita uma vala em local aterrado, sem a observância das normas técnicas exigidas, o que vem a causar a morte da vítima por asfixia em virtude de desmoronamento, sendo irrelevante a eventual culpabilidade concorrente do encarregado da turma de operários, vez que está presente a relação de causalidade entre o evento e a responsabilidade do agente.

Ocorre, contudo, que as repercussões na esfera penal, apesar de possíveis juridicamente, ainda são pouco efetivadas.

Sebastião Geraldo de Oliveira (2004, p. 289) ainda adverte que além do atraso da lei penal com relação ao acidente de trabalho há também omissão e resistência injustificável do operador jurídico em proceder à leitura atualizada de determinados tipos criminais, como a do art. 132 do Código Penal, que prevê: "expor a vida ou saúde de outrem a perigo direto e iminente: Pena: detenção de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave".

Nada obstante as ponderações supra, não se pode deixar de mencionar a responsabilidade criminal a qual é objetivamente imputada ao empregador, inclusive por causar danos ao meio ambiente, no caso, do trabalho. É que quando o empregador revela descaso em relação às condições de trabalho de seus empregados, comete conduta lesiva ao meio ambiente, devendo sujeitar-se, tanto às pessoas físicas quanto jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados, conforme preceitua o § 3o do art. 225 da Constituição Federal.

A nosso entender, as condutas lesivas ao meio ambiente do trabalho admitem a responsabilização penal, inclusive, da pessoa jurídica. Embora criticada por parte da doutrina, filiamo-nos à doutrina do mestre Guilherme Guimarães Feliciano,¹⁰ que, há tempos, lança luzes sobre os reflexos penais às pessoas jurídicas oriundos da lesão ao meio ambiente do trabalho.

Conclusão

No presente artigo procurou-se demonstrar a existência de diversos impactos ou consequências advindas da ocorrência de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, principalmente com esteio na responsabilidade civil do empregador em relação à incolumidade psicobiofísica do trabalhador que deve ser garantida em razão do contrato de trabalho e da assunção dos riscos pela atividade que emprega.

Discorreu-se acerca de inúmeros encargos administrativos advindos da ocorrência de tais acidentes, bem como de outras espécies de responsabilidade para além da civil, como a previdenciária, a tributária e a criminal, as quais são imputadas aos empregadores em razão do número de acidentes que dão causa e da falta de observância das normas padrão de saúde e segurança do trabalho.

Ponderou-se que continuam a ocorrer no Brasil mais de 700 mil acidentes por ano no país, nada obstante contar-se com uma legislação farta e protetiva da saúde do trabalhador, tanto a nível internacional quanto a nível doméstico, tendo em vista que o país ostenta a vergonhosa pecha de 4º lugar no *ranking* mundial de acidentes de trabalho.

Conclui-se, com base no exposto, que falta tornar real o que já é legal e que a gestão sustentável em saúde e segurança do trabalho deve ser internalizada pelos empregadores, vez que a eles não é dado o direito de se esquivar das externalidades negativas geradas por suas atividades.

Referências

AGÊNCIA Brasil. IBGE: informalidade atinge 41,6% dos trabalhadores no país em 2019. **Agência Brasil**, 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-11/ibge-informalidade-atinge-416-dos-trabalhadores-no-pais-em-2019>. Acesso em: 31 jul. 2021.

¹⁰ Guilherme Guimarães Feliciano defende a imputação objetiva da responsabilidade penal à pessoa jurídica. Cf. FELICIANO, Guilherme Guimarães. Imputação objetiva no Direito Penal Ambiental (inclusive no meio ambiente do trabalho). *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2978, 27 ago. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19869>. Acesso em: 31 jul. 2021 e Cf. LORENZETTI, Ari Pedro; SALES, Cleber Martins; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. (Org.). **Direito e processo do trabalho na atualidade**. São Paulo: LTr, 2012, v., p. 130-165.

ANPT. Brasil registra cerca de 700 mil acidentes de trabalho por ano, afirma ANPT. **ANPT**, 2018. Disponível em: <https://www.anpt.org.br/imprensa/noticias/3304-brasil-registra-cerca-de-700-mil-acidentes-de-trabalho-por-ano-afirma-anpt>. Acesso em: 31 jul. 2021.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL. Código Comercial de 1850. **Lei n. 556, de 25 de junho de 1850**.

BRASIL. Lei de Benefícios da Previdência Social. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991**.

BRASIL. Previdência Social. **Anuário Estatístico da Previdência Social – AEPS 2016**. Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/08/aeps2016.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1455411 SC 2014/0119828-9**, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Publicação: DJ 07/08/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 387**. 2009

CASTRO, Thiago Mendonça de. **Impactos jurídicos do e-Social na saúde e segurança do trabalho**: em busca da efetividade da norma. 1. ed. São Paulo: LTr, 2021.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DE OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Atualidades sobre a indenização por dano moral decorrente do acidente do trabalho. **Revista TST**, Brasília, v. 73, n. 2, abr/jun. 2007.

DE OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2004.

DORMAN, Peter. **The economics of safety, health, and well-being at work: an overview**. Geneva: ILO, 2000.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Imputação objetiva no Direito Penal Ambiental (inclusive no meio ambiente do trabalho). **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2978, 27 ago. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19869>. Acesso em: 31 jul. 2021.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo *et al.* **Saúde e Segurança do Trabalho no Brasil**. Brasília: Gráfica Movimento, 2017.

International Labour Office. Safety and Health in the Use of Chemicals at Work. **ILO**, 2014. Disponível em: https://www.ilo.org/safework/events/meetings/WCMS_235058/lang--en/index.htm. Acesso em: 25 jul. 2021.

JÚNIOR, Miguel Horvath. **Direito previdenciário**. 7. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MICHAELIS moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/responsabilidade/>. Acesso em: 30 jul. 2021.

PADILHA, Norma Sueli. Do meio ambiente do trabalho equilibrado. São Paulo: LTr, 2002.

Portal EBC. AGU cobra R\$ 1,9 bilhão de empresas responsáveis por acidentes de trabalho. **Agência Brasil**, 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-03/talitaaguardar-agu-cobra-r-19-bilhao-de-empresas-responsaveis-por-acidentes>. Acesso em: 31 jul. 2021

PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. 3. ed. Paris: Dalloz, 1996.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado: saúde e segurança do trabalho**. V. 3. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

VIEIRA, Renato Rodrigues. Ações regressivas previdenciárias. AGU, 2016. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjyksOf_-zRAhXFi5AKHTWTBroQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww19.senado.gov.br%2Fsdleg-getter%2Fpublic%2FgetDocument%3Fdocverid%3D9af45672-5d08-43af-9b6e-e810915725a5%3B1.0&usq=AFQjCNGo9t7MPSie8ofGwkzWaawH3HD8ww. Acesso em: 30 jul. 2021.

DISCRIMINAÇÃO POR GÊNERO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

Yone Frediani¹

RESUMO: O presente estudo é dedicado à análise da igualdade como direito fundamental tendo como ponto central a não discriminação por gênero. Após a apresentação do panorama de desigualdades brasileiro, trata-se da violência e do assédio sexual e suas consequências no meio ambiente do trabalho.

ABSTRACT: This study is dedicated to the analysis of equality as a fundamental right based on gender non-discrimination as its central point. After presenting the panorama of Brazilian inequalities, it is about violence and sexual harassment and its consequences on the work environment.

PALAVRAS CHAVE: Discriminação por gênero. Violência e assédio no trabalho. Meio ambiente do trabalho e violência ao trabalhador.

KEYWORDS: Gender discrimination. Violence and harassment at work. Work environment and violence to workers.

SUMÁRIO: Introdução ao tema e apresentação dos instrumentos mais relevantes de proteção social da mulher. 1. Discriminação por gênero e a igualdade de direitos entre homens e mulheres: o panorama de desigualdades brasileiro. 2. Meio ambiente do trabalho: a violência e o assédio sexual no ambiente de trabalho. Considerações finais. Referências.

¹ Advogada militante, OAB/SP 37.334. Sócia fundadora de Frediani e Borba Sociedade de Advogados. Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (aposentada). Doutora em Direito do Trabalho Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito das Relações do Estado Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direitos Fundamentais/Centro Universitário FIEO. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Sindical italiano e em Direito Comunitário do Trabalho pela Universidade de *Modena e Reggio Emilia*, Itália. Professora de Direito e Processo do Trabalho nos cursos de Graduação e Pós-Graduação da Fundação Armando Álvares Penteado. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Membro do Conselho Superior de Relações do Trabalho da Federação das Indústrias de São Paulo. Membro da *Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Professora Visitante da Universidade de *Modena e Reggio Emilia*, Itália e da *Universidad Tecnologica del Peru*. Autora de inúmeros artigos e livros nas áreas do Direito Individual, Coletivo e Processual do Trabalho. ID LATTES: <http://lattes.cnpq.br/7174303848823798>.

SUMMARY: Introduction to the theme and presentation of the most relevant instruments of women's social protection. 1. Gender discrimination and equal rights between men and women: the panorama of Brazilian inequalities. 2. Workplace environment: violence and sexual harassment in the workplace. Final considerations. References.

Introdução ao tema e apresentação dos instrumentos mais relevantes de proteção social da mulher

Direitos fundamentais são considerados os direitos inerentes ao ser humano que, inseridos nas constituições modernas, objetivam a preservação da dignidade da pessoa humana, contida no inciso III, do artigo 1º da Constituição como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.²

No plano constitucional, encontram-se inúmeros dispositivos que tratam da igualdade de gênero, vedando assim, qualquer prática de discriminação; destaca-se, inicialmente, o Preâmbulo da Lei Maior ao assegurar o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

No mesmo sentido, o disposto no inciso IV do art. 3º da Constituição, trata da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; o inciso VIII do art. 4º, repudia o terrorismo e o racismo; o inciso XLI do art. 5º, dispõe sobre a punição de qualquer discriminação-atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, complementada pela regra do inciso XLII, ao determinar que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível.

Especificamente, o art. 7º da CF/88, ao dispor sobre os direitos dos trabalhadores, estabeleceu nos incisos XXX e XXXI, respectivamente, a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil e a vedação de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

No plano internacional, a Convenção 100 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)³, estabeleceu a igualdade de remuneração entre homens e mulheres, estimulando os Estados a formularem políticas nacionais para promover a igualdade de oportunidades e tratamento em matéria de emprego e profissão, sendo relevante realçar que a Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, também da OIT, de 1998 considerou fundamentais quatro temas :

² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana;

³ www.ilo.org

- a) liberdade sindical;
- b) trabalho forçado;
- c) não discriminação;
- d) idade mínima para o trabalho.

Na mesma linha, a Convenção 111 da OIT estipulou que discriminação constitui “qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou destruir a igualdade de oportunidade de tratamento”.⁴

Além da OIT, outros instrumentos internacionais de igual importância repudiam a prática de discriminação, citando-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, Carta da Organização das Nações Unidas, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e, especialmente, a Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, conhecida como CEDAW⁵, considerada o primeiro tratado internacional de caráter vinculante, dispondo sobre os direitos da mulher e promovendo a busca pela igualdade de gênero.⁶

De fato, a CEDAW, ao estabelecer a igualdade de remuneração entre homens e mulheres, indicou, minuciosamente, que todas as pessoas devem gozar da mesma igualdade de oportunidades e de trato em relação a:

- a) acesso ao serviço de orientação profissional e colocação;
- b) acesso aos meios de formação profissional e admissão no emprego de sua eleição, baseada nas aptidões individuais para dita formação ou emprego;
- c) ascensão de acordo com a conduta, experiência, capacidade e produtividade de cada pessoa;
- d) segurança no emprego;
- e) remuneração por um trabalho de igual valor;
- f) condições de trabalho, entre as quais horas de trabalho, período de descanso, férias anuais pagas, segurança e medicina no trabalho, previdência social, serviços sociais e prestações sociais⁷.

⁴ Arnaldo Sussekind. Convenções da OIT, p. 246.

⁵ CEDAW – Convention on the Elimination al All Forms of Discrimination against Women.

⁶ Boskovic, Alessandra Barichello. Collesi, Paula Castro. A igualdade como Direito Fundamental e a não discriminação entre homens e mulheres nas relações de trabalho. In Diretrizes da OIT em seu Centenário : qual o futuro do Direito do Trabalho ? (Coord. Nelson Mannrich). Porto Alegre, Lex Magister 2020.

⁷ www.ilo.org

Ressalte-se que a CEDAW não constitui apenas, uma declaração de direitos, mas uma agenda de práticas e ações que obrigam os Estados em assegurar o desenvolvimento e progresso da mulher, segundo se verifica da redação do art. 3º do referido instrumento.⁸

Nesse contexto, imprescindível ressaltar que a proteção dada à mulher, não se resume tão somente à igualdade de gênero, mas pressupõe, ainda, a eliminação da violência e das diversas formas de assédio no mundo do trabalho como requisitos necessários para se obter as mesmas oportunidades entre trabalhadores e que diante de sua importância, tornou-se movimento inserido na Agenda 2030 de 2015, na medida em que a violência e o assédio, além de constituir violação dos direitos humanos, são práticas incompatíveis com o trabalho decente.

Buscando tal objetivo, destaca-se a relevância da Convenção 190 da OIT sobre Eliminação da Violência e Assédio no Mundo do Trabalho, aprovada em junho de 2019, durante a 108ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, em alinhamento à Declaração do Centenário da OIT para o Futuro do Trabalho e da Recomendação 206 que a complementa.⁹

Referidos instrumentos indicam que o trabalho decente corresponde ao exercício de atividade em ambiente livre de violência e assédio, advertindo sobre os danos causados contra os trabalhadores vítimas de violência ou assédio, que repercutem na vida profissional e no mercado de trabalho, considerando seus reflexos diretos nas relações de trabalho, na reputação da empresa e produtividade.¹⁰

De acordo com o disposto no art. 1º da Convenção 190 da OIT :

a) o termo “violência e assédio” no mundo do trabalho refere-se a uma série de comportamentos e práticas inaceitáveis, ou ameaças desses, seja uma única ocorrência ou repetida, que visam, resultam ou podem resultar em danos físicos, psicológicos, sexuais ou econômicos e inclui violência e assédio de gênero;

b) o termo “violência e assédio baseado em gênero” significa violência e assédio

⁸ Art. 3º “Os Estados partes tomarão em todas as esferas e, em particular, nas esferas políticas, social, econômica e cultural, todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para assegurar o pleno desenvolvimento e progresso da mulher, com o objetivo de garantir-lhe o exercício e gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com o homem”. Organização das Nações Unidas. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>. Acesso em dez 2020.

⁹ https://www.ilo.org/global/topics/working-conditions-2/WCMS_750461/lang--en/index.htm acesso em 08/06/2021.

¹⁰ <https://www.onumulheres.org.br/noticias/programa-ganha-ganha-igualdade-de-genero-significa-bons-negocios-lanca-em-15-3-o-4o-premio-weps-brasil-2/> acesso em 08/06/2021.

dirigido a pessoas por causa de seu sexo ou gênero, ou que afeta pessoas de um determinado sexo ou gênero de forma desproporcional, e inclui assédio sexual.¹¹

Ressalte-se, ainda que a OIT, estabeleceu como um dos objetivos da Agenda de Trabalho Decente, a eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação, com a inclusão de promoção de oportunidades iguais a homens e mulheres com objetivo de obterem um trabalho produtivo em igualdade de condições. A proposta para implementação de um mundo menos desigual foi materializada na Agenda 2030 publicada em 2015 pela ONU, tendo sido a igualdade de gênero o quinto objetivo incluído como base necessária para um mundo mais pacífico, próspero e sustentável.¹²

1. Discriminação por gênero e a igualdade de direitos entre homens e mulheres no trabalho: o panorama de desigualdades brasileiro

O inciso I do art. 5º da CF estabeleceu que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, o que significa que se homens e mulheres estiverem em situação idêntica não poderão sofrer qualquer tratamento diferenciado como regra geral.

Embora a força de trabalho feminina esteja em constante ascensão, o tratamento dispensado às mulheres ainda apresenta desvantagens em relação aos homens notadamente quanto aos salários recebidos, cargos ocupados, ascensão na carreira e condições de trabalho.¹³

Embora o Brasil tenha adotado os principais instrumentos internacionais a propósito do tema, apresenta um quadro de desigualdade salarial no tratamento entre homens e mulheres ainda muito significativo no mercado de trabalho considerando o exercício da mesma função, segundo apontam os dados do IBGE.¹⁴

O trabalho, seja ele urbano, doméstico ou no meio rural, é o principal meio que permite às mulheres encontrar a segurança financeira de que necessitam para alcançar sua independência, contribuindo, ainda, para o crescimento da sociedade.

¹¹ https://www.ilo.org/global/topics/working-conditions-2/WCMS_750461/lang--en/index.htm acesso em 08/06/2021.

¹² Objetivo 5, Agenda 2030, informaciones disponibles en Plataforma Agenda 2030.

¹³ PAULA, Carlos Alberto Reis de. Discriminação nas relações de trabalho. In: PAIXÃO, Cristiano; RODRIGUES, Douglas Alencar; CALDAS, Roberto de Figueiredo (Coord). **Os novos horizontes do direito do trabalho**: homenagem ao Ministro José Luciano de Castilho Pereira. São Paulo: LTR, 2005. p. 184

¹⁴ IBGE. Estatísticas de Gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil (Informativo). 2. ed. 2021. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_informativo.pdf. Acesso em: 1 jun. 2021.

Na prática das relações de trabalho, a discriminação pode dar-se de forma direta quando o agente adota práticas ou atitudes sem quaisquer rodeios, estabelecendo distinções proibidas legalmente, enquanto que a discriminação indireta ocorre mediante dissimulação, criando desigualdades injustificáveis entre as pessoas.

A desigualdade de salários entre homens e mulheres é expressiva, alcançando cerca de 30% na média. Ainda que estas apresentem o mesmo nível de escolaridade ou a mesma experiência, permanece a diferença salarial entre os gêneros,¹⁵ sendo que, mesmo as mulheres graduadas em universidades famosas, ainda não alcançaram a igualdade de participação ocupada pelos homens nas atividades públicas ou privadas, seja no comando de empresas ou, ainda, na representação política.

Um dos aspectos considerados reside no fato da idade da mulher e sua condição de mãe no momento de seu recrutamento, seleção e admissão, provocando desigualdades de gênero e, por consequência, sua discriminação no mercado de trabalho.

A meta para atingir a plena igualdade entre homens e mulheres exige que sejam oferecidas as mesmas oportunidades de emprego a partir dos processos de recrutamento e seleção, mesmas oportunidades de formação e atualização profissional, formação técnica ou superior, mesma remuneração e proteção da saúde e segurança. Neste último aspecto, não é demais lembrar que a grande parte dos EPI's foram concebidos tendo como modelo o homem, circunstância que impede que muitos destes equipamentos e/ou acessórios atinjam sua plena adequação e finalidade para proteção da vida e da saúde quando utilizado por modelo feminino.

Outro aspecto que merece ser comentado diz respeito à presença feminina na área de tecnologia da informação e de que forma a supressão de postos de trabalho por força da introdução da automação pode aumentar ainda mais a desigualdade entre homens e mulheres.

Cite-se como exemplo o atendimento automatizado de clínicas, consultórios médicos, dentários e de outras especialidades que, anteriormente, mantinham forte presença feminina no atendimento pessoal e direto de seus clientes e que foram substituídas por programas de agendamento informatizado via smartphone, pelo qual o paciente escolhe a data que melhor lhe convier.¹⁶

¹⁵ Boskovic, Alessandra Barichello. Collesi, Paula Castro. A igualdade como Direito Fundamental e a não discriminação entre homens e mulheres nas relações de trabalho. *In: Diretrizes da OIT em seu Centenário: qual o futuro do Direito do Trabalho?* (Coord. Nelson Mannrich). Porto Alegre, Lex Magister, 2020.

¹⁶ Baroni, Marília Neves. Wakahara, Roberto. Inserção das mulheres no Mercado de Trabalho em face das mudanças tecnológicas. *In: Diretrizes da OIT em seu Centenário: qual o futuro do Direito do Trabalho?* (Coord. Nelson Mannrich). Porto Alegre, Lex Magister, 2020.

Merecem ser analisados, ainda, os impactos da introdução da automação residencial, da casa inteligente, do e-robot e outras tantas novidades que pressionam à exaustão o mercado de trabalho majoritariamente feminino nestas atividades.

Verifica-se, pois, que as novas tecnologias aumentaram ainda mais a distância dos tão almejados equiparação e equilíbrio nas relações de trabalho entre gêneros, lembrando-se, também, que, em tempos de crise econômica, historicamente as mulheres são as primeiras a perderem seus empregos.

Ressalte-se, também, que as chamadas para vagas de empregos disponíveis pela internet, em grande parte utilizam termos masculinos para funções técnicas, industriais e especialidades, reservando termos femininos para as vagas de limpeza, cuidadora, tratamento estético, etc.¹⁷

A propósito das carreiras públicas, verifica-se que a representação feminina nas esferas do legislativo e do executivo ainda é tímida, situação que resultou superada no Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e outras funções de igual relevância.

Em todo o mundo, a questão da igualdade e do equilíbrio entre homens e mulheres constitui tema polêmico e, no Brasil, as dificuldades adicionais decorrentes da longa e histórica desigualdade entre ambos pode ser considerada fruto de sua evolução cultural.

Com efeito, a igualdade de gênero constitui um dos objetivos de justiça social a ser alcançado porque essa igualdade promove também o crescimento econômico, na medida em que incorpora mulheres no mundo produtivo, gerando mais renda e riqueza para toda população. Certamente, por esses motivos é que os países desenvolvidos costumam ter os menores índices de desigualdades e discriminação de gênero.

2. Meio ambiente do trabalho: a violência e o assédio sexual no ambiente de trabalho.

O meio ambiente, segundo o disposto no artigo 225¹⁸ da CF, envolve, também, o meio ambiente laboral, objetivando a saudável qualidade de vida e segurança do trabalhador, compreendendo o espaço em que o empregado presta seus serviços, cuja

¹⁷ Baroni, Marília Neves. Wakahara, Roberto. Inserção das mulheres no Mercado de Trabalho em face das mudanças tecnológicas. In: **Diretrizes da OIT em seu Centenário: qual o futuro do Direito do Trabalho?** (Coord. Nelson Mannrich). Porto Alegre, Lex Magister, 2020.

¹⁸ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações

proteção exige a observância das normas de ergonomia, duração de jornada, prevenção de acidentes em condições dignas de saúde física e mental dos trabalhadores.

A partir da Revolução Industrial, operou-se a abertura do mercado de trabalho para a mulher tendo como consequências adversas o pagamento de salários menores do que aqueles pagos aos homens, a ausência de preocupação com sua saúde por ocasião da gestação, maternidade e amamentação, acarretando um ambiente de trabalho em condições precárias e insalubres, situação que permaneceu até o final do século XIX e início do século XX, quando passou a ser desenvolvido um sistema normativo de proteção à mulher.

No Brasil, com o fim da escravidão e participação das mulheres na ocupação de espaços públicos, sobretudo nos ambientes de trabalho, ocorreram inúmeras mudanças sociais; porém, as práticas da discriminação e do assédio sexual continuaram seguindo o contingente feminino de trabalhadoras.

Nos Estados Unidos, as feministas da Universidade de Cornell, nos anos 70, falaram pela primeira vez em *sexual harassment* (assédio sexual); Catharine MackKinnon teria introduzido a questão do assédio na doutrina legal, por meio do livro *Sexual harassment of workingwomen*. Adotado o conceito na Europa em 1987, a Comissão Europeia publicou seu primeiro relatório sobre o tema, reconhecendo a incompatibilidade entre assédio sexual e a igualdade de tratamento entre homens e mulheres.¹⁹

Importante realçar que a violência é considerada um problema de saúde pública pela Organização Mundial da Saúde (OMS), estabelecendo um conceito de violência que compreende a utilização de força física ou poder, tanto sob a forma de ameaça quanto sob a forma de ato concreto, podendo se voltar contra si próprio, outra pessoa ou contra um grupo ou comunidade, dela resultando ou podendo resultar sofrimento, morte, dano psicológico, desenvolvimento prejudicado ou privação.²⁰

De acordo com a mesma Organização, considera-se violência no trabalho as situações em que o trabalhador é agredido física, psicológica ou moralmente em circunstâncias relacionadas ao trabalho, implicando em risco para a sua segurança, bem-estar ou saúde. Reconhece que a violência no trabalho afeta milhões de trabalhadores no mundo todo, tornando-se cada vez mais uma questão de direitos humanos e impactando, de forma relevante, a eficiência e o sucesso das organizações²¹.

¹⁹ <https://www.aplj.org.br/publicacoes/artigos/a-evolucao-doutrinaria-e-cultural-do-assedio-sexual-no-ambiente-de-trabalho.html>

²⁰ <https://renastonline.ensp.fiocruz.br/violencia-trabalho>

²¹ <https://renastonline.ensp.fiocruz.br/violencia-trabalho>

A violência e o assédio sexual, em países como o Brasil, cujo aspecto cultural é relevante, fazem parte de inúmeras práticas de discriminações sofridas pelas mulheres no mundo do trabalho, com pagamento de salários inferiores aos dos homens, além das dificuldades para ingresso no mercado de trabalho e ascensão na carreira profissional escolhida, provocando um desequilíbrio que conserva nas mãos masculinas as melhores colocações e agrava a desigualdade econômica entre trabalhadores.

Tipificado como crime definido no artigo 216-A do Código Penal,²² o assédio sexual poderá acarretar pena de detenção de um a dois anos, quando praticado por superior hierárquico ou ascendente, podendo manifestar-se pelo constrangimento da vítima ou pela prática repetida de atos constrangedores, esclarecendo-se que o gênero da vítima não é determinante para a caracterização do assédio como crime.

Dois práticas diversas envolvem o assédio sexual : o assédio por intimidação ou ambiental é o que ocorre quando as provocações sexuais ocorrem no ambiente de trabalho, com o efeito de prejudicar a atuação de uma pessoa ou de criar uma situação ofensiva, de intimidação ou humilhação, caracterizando-se pela insistência, impertinência, hostilidade praticada individualmente ou em grupo e o assédio sexual por chantagem, cujo objetivo do assediador é obter favorecimento sexual da vítima.²³

Manifesta-se o assédio sexual no ambiente de trabalho como a conduta de natureza sexual, praticada por meio de palavras, gestos ou outros meios, com a finalidade de impor à vítima a prática de conduta não desejada, causando-lhe constrangimento e violando a sua liberdade sexual.

Na maioria das situações concretas, o agressor é homem e são vítimas, as mulheres, embora seja possível, a prática do assédio sexual entre pessoas do mesmo sexo ou gênero.

Especificamente no ambiente doméstico, o assédio sexual pode ser praticado pelos patrões ou outros membros da família para a qual a vítima presta serviços ou, ainda, por outro trabalhador que também trabalhe na mesma residência. Frequentemente, os casos de assédio sexual no ambiente doméstico não são denunciados porque a trabalhadora teme perder o emprego.

O assédio, seja moral ou sexual, torna o ambiente de trabalho um espaço inseguro, podendo desencadear doenças ocupacionais equiparadas a acidentes de trabalho, uma vez reconhecido o nexos causal.

²² Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

²³ https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_559572/lang-pt/index.htm

A ação contra o assédio sexual não é uma luta de mulheres contra homens. Ela é uma luta de todos, independentemente do gênero, que desejam um ambiente de trabalho saudável, seguro e inclusivo.²⁴

O assédio sexual, geralmente, repercute na saúde física e mental do trabalhador. Nesse caso, poderá a lesão ser considerada doença ocupacional, com os direitos e garantias decorrentes dessa condição, tais como: emissão de CAT (Comunicação de Acidente de Trabalho), recebimento de auxílio previdenciário, adaptação de função ou horário, estabilidade no emprego após o fim do benefício previdenciário²⁵.

Nesse sentido, devem as empresas propiciar e manter um ambiente seguro a todos seus trabalhadores, visto que não só as mulheres podem ser vítimas de violência no trabalho; os resultados podem ser obtidos a partir da redução de custos com as ausências ao trabalho, doenças, eliminação de ambiente hostil, etc.

As medidas preventivas podem ser implementadas por meio de treinamentos com inclusão do tema como meta duradoura, com suporte de um canal para eventuais denúncias e que resguarde a identidade do denunciante, com difusão aos assediadores de que violências no ambiente de trabalho não serão admitidas, implantando-se, assim, uma cultura de respeito e não discriminação ao próximo, com a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana sob todos seus aspectos e em quaisquer ambientes.

Considerações finais

A preservação e manutenção de um ambiente de trabalho saudável depende da ausência ou eliminação dos agentes físicos, químicos, biológicos e psicossociais danosos, cabendo ao empregador administrar, adequadamente, as situações que possam se desdobrar em assédio sexual, preservando a higidez física e mental de seus trabalhadores.

Nesse contexto, pode-se asseverar que a igualdade de gêneros representa postulado constitucional de que homens e mulheres têm os mesmos direitos e deveres, porque representam a base de uma sociedade livre de preconceitos e discriminações, devendo ser concedidas as mesmas oportunidades de trabalho, capacitação profissional e ascensão na carreira escolhida, livre de quaisquer preconceitos.

A discriminação de gênero no trabalho constitui um dos grandes desafios que precisa ser enfrentado pela sociedade; porém, encontra-se de tal forma enraizada no meio doméstico, escolar e laboral que será necessária conscientização e educação permanente da sociedade para que o futuro possa apresentar uma realidade nas relações pessoais e laborais diferente da atual.

²⁴ https://www.ilo.org/brasilianoticias/WCMS_559572/lang--pt/index.htm

²⁵ https://www.ilo.org/brasilianoticias/WCMS_559572/lang--pt/index.htm

Pode-se, pois, concluir que a discriminação por gênero e o assédio sexual praticados contra a mulher no ambiente de trabalho podem ser equiparados a uma espécie de reserva das melhores funções nas mãos dos homens, provocando o agravamento da desigualdade econômica e social entre gêneros, com percepção de menores salários, maiores dificuldades na disputa do mercado de trabalho e ascensão na vida profissional.

Enfatiza-se, assim, a necessidade de que as empresas, independentemente de seu porte ou ramos de atividade, devem propiciar e manter um ambiente seguro a todos seus trabalhadores, visto que não só as mulheres podem ser vítimas de violência no trabalho.

Os resultados de uma política empresarial que ofereça ambiente laboral sadio, seguro e livre de violências refletirá no melhor desempenho dos trabalhadores, com redução de custos provocados por ausências ao trabalho, doenças, eliminação de ambiente hostil, etc.

A sensibilidade do empresário na implementação de medidas preventivas por meio de treinamentos com inclusão dos temas sobre discriminação e assédio como meta da conduta empresarial e com suporte de um canal para eventuais denúncias como medida complementar certamente contribuirá na criação de uma cultura de respeito e não discriminação ao próximo, com a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana sob todos seus aspectos e em quaisquer ambientes.

Referências

ANDRADE, Gilda Figueiredo Ferraz de. A evolução doutrinária e cultural do assédio sexual no ambiente de trabalho. **Academia Paulista de Letras Jurícas**, [s.d.] <https://www.aplj.org.br/publicacoes/artigos/a-evolucao-doutrinaria-e-cultural-do-assedio-sexual-no-ambiente-de-trabalho.html>

BARROS, Alice Monteiro de. O assédio sexual no Direito do Trabalho Comparado. **Revista LTr**, v. 62, n. 11, p. 1464-1476, nov. 1998.

BARROS, Alice Monteiro de. A mulher e o Direito do Trabalho. São Paulo : LTR 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR 2018.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

BRITO, José Claudio Monteiro de. Discriminação no Trabalho. São Paulo: LTR 2002.

CALIL, Lea Elisa Silingowschi. *Direito do Trabalho da Mulher*. São Paulo: LTR 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. **Mini Aurélio, Século XXI**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2001.

GUGEL, Maria Aparecida. **A discriminação e o sistema legal brasileiro**. <http://www.pgt.mpt.gov.br>.

GUGEL, Maria Aparecida. *Discriminação no trabalho*. Atribuições do Ministério Público do Trabalho. Palestra **proferida no II Encontro de Escolas da Magistratura do Trabalho/TRT 2ª Região**, agosto 2001.

GUNTHER, Luiz Eduardo. ALVARENGA, Rubia Zanotelli. **Discriminação no Trabalho**. São Paulo: LRE 2016

JAKUTIS, Paulo. **Manual de estudo da discriminação no trabalho**: estudos sobre discriminação, assédio sexual, assédio moral e ações afirmativas, por meio de comparações entre o Direito do Brasil e dos Estados Unidos. São Paulo: LTr, 2006.

LOPES, Adriano Marcos Soriano. SANTOS, Solainy Beltrão dos. A prova judicial do assédio moral e sexual nas relações de trabalho. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 66, n. 101, p. 105-129, jan./jun. 2020.

LOPES, Lisandra Cristina. ARAÚJO, Geórgia Oliveira. Assédio sexual no trabalho : uma perspectiva de gênero. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 66, n. 101, p. 151-182, jan./jun. 2020.

LORENTZ, Lutiana Nacur. A luta do direito contra a discriminação no trabalho. *Síntese trabalhista*, n. 146, p. 39-55, 2001.

MALLET, Estêvão. *Igualdade e Discriminação em Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

MANNRICH, Nelson. *Diretrizes da OIT em seu Centenário: qual o futuro do Direito do Trabalho?* Porto Alegre: Lex Magister, 2020.

NASCIMENTO, Sônia Mascaró. **Assédio moral e dano moral no trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.

ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho; MINISTÉRIO Público do Trabalho. *Assédio sexual no trabalho – perguntas e respostas*. OIT, 21 de Junho de 2017. https://www.ilo.org/brasililia/noticias/WCMS_559572/lang-pt/index.htm

SILVA, Daniel Teixeira. Brasil, Mariane Lima Borges. O assédio sexual às trabalhadoras domésticas e a dificuldade probatória : um olhar sobre o tema e a Justiça do Trabalho brasileira à luz da Teoria Interseccional de análise social. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 66, n. 101, p. 183-215, jan./jun. 2020.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. São Paulo : LTR, 1998.

ANÁLISE DO CONCEITO DE DANO EXISTENCIAL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Rodrigo Coimbra¹

Marcel Medeiros Cabral²

RESUMO: O trabalho trata do tema dos danos imateriais, com delimitação no caminho conceitual da matéria no Direito do Trabalho brasileiro. O problema de pesquisa é verificar se o dano existencial vem sofrendo modificação conceitual no Direito do Trabalho brasileiro? Como método científico de abordagem do assunto, é utilizado o método hipotético-dedutivo, partindo de hipóteses formuladas na condição de respostas provisórias ao problema apresentado. A abordagem da pesquisa se dá pelo modelo qualitativo, na medida em que se buscará o entendimento do fenômeno em seu próprio contexto. Foi realizada revisão bibliográfica e jurisprudencial. Após fundamentos e reflexões, conclui-se que considerando os casos de jornadas de trabalho excessivas, entende-se que o dano existencial vem sofrendo ampliação conceitual no Direito do Trabalho brasileiro, ainda que relativa, pois dependente da comprovação dos pressupostos da responsabilidade civil no caso concreto.

ABSTRACT: The work deals with the theme of immaterial damage, with delimitation in the conceptual path of the matter in Brazilian Labor Law. The research

¹ Professor Permanente no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, cidade de Porto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul, Brasil, no qual desenvolve pesquisa, ministra disciplinas e orienta na linha de pesquisa Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica – ênfase V (Direito do Trabalho). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Líder do grupo de pesquisa Fundamentos do Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Coordenador da especialização de Direito do Trabalho da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Na graduação leciona as Disciplinas de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho. Titular da Cadeira n. 20 da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho. Endereço eletrônico: rodrigo.coimbra@ufrgs.br. ID ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6732-3643>

² Mestrando em Direito pesquisa Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica – ênfase V (Direito do Trabalho) na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, cidade de Porto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul, Brasil. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pesquisador do grupo de pesquisa Fundamentos do Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho. Endereço eletrônico: marcel_med@hotmail.com. ID ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0592-4619>.

problem is to verify if existential damage has been suffering conceptual modification in Brazilian Labor Law? As a scientific method of approaching the subject, the hypothetical-deductive method is used, starting from hypotheses formulated in the condition of provisional answers to the presented problem. The research approach is based on the qualitative model, as it seeks to understand the phenomenon in its own context. A bibliographical and jurisprudential review was carried out. After reasons and reflections, it is concluded that considering the cases of excessive working hours, it is understood that the existential damage has been suffering if the existential damage has been suffering a conceptual expansion in the Brazilian Labor Law, albeit relative, as it depends on the proof of assumptions of civil liability in the specific case.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil. Dano extrapatrimonial. Dano existencial. Direitos Humanos,. Reforma trabalhista.

KEYWORDS: Civil responsibility. Off-balance sheet damage. Existential damage. Human rights. Labor reform.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O conceito de dano existencial na jurisprudência brasileira. Conclusão. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. The concept of existential damage in Brazilian jurisprudence. Conclusion. References.

Introdução

O trabalho trata do tema dos danos imateriais, com delimitação no caminhar conceitual da matéria no Direito do Trabalho brasileiro.

A pesquisa se justifica em razão do tema dano existencial ser frequentemente objeto de discussão nos Tribunais Regionais do Trabalho e no Tribunal Superior do Trabalho, considerando sua importância no direito laboral, bem como por sua complexidade e por seus reflexos sociais e econômicos.

O problema de pesquisa é verificar se o dano existencial vem sofrendo modificação conceitual no Direito do Trabalho brasileiro?

O presente trabalho tem como objetivo geral realizar uma releitura do dano existencial no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente no âmbito trabalhista, com base na lei, na doutrina e na jurisprudência.

Como método científico de abordagem do assunto, é utilizado o método hipotético-dedutivo, partindo de hipóteses formuladas na condição de respostas provisórias

ao problema apresentado. A abordagem da pesquisa se dá pelo modelo qualitativo, na medida em que se buscará o entendimento do fenômeno em seu próprio contexto. Foi feita revisão bibliográfica e jurisprudencial.

1. O conceito de dano existencial na jurisprudência brasileira

Considerando que a base ou matriz de origem do direito do trabalho é o direito civil especialmente no que diz respeito ao direito das obrigações, as particularidades daquele conduziram a uma autonomização e a separação das esferas (MARTINEZ, 2020: 85). Entretanto, ainda existem importantes institutos, regras e princípios do direito civil que interessam ao ramo juslaboral, como os critérios de responsabilidade civil (DELGADO, 2019: p. 91).

Entende-se que embora as peculiaridades do direito trabalhista devam ser levadas em conta, mostra-se inadequado tratar o tema de forma fragmentada e isolada de suas origens (FACCHINI e GOLDSCHMIDT, 2017: 219-254).

Na prática, diante da lacuna normativa da CLT, para julgar demandas sobre a matéria a Justiça do Trabalho valia-se do Código Civil, especialmente do art. 927, parágrafo único (responsabilidade objetiva pelo dano), e, ao art. 944 e parágrafo único (parâmetros de mensuração), esclarece Ives Gandra da Silva Martins Filho (2018: 175).

Flaviana Rampazzo Soares (2017: 120) propõe a construção de uma teoria do dano existencial no direito do trabalho com base em três alicerces: a dignidade da pessoa humana, os direitos de personalidade e o trabalho decente.

A dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF), é o “substrato do direito de respeito pessoal e da devida consideração do ser humano por seus pares e pelo Estado”, aptos a proteger a pessoa contra condutas degradantes ou desumanas. Para a autora, o dano existencial estará presente quando houver: uma discriminação arbitrária a um trabalhador com o objetivo de intimidar ou degradar, um trabalhador submetido a atividades análogas à condição de escravo, um dano na esfera psíquica ou física que acarrete uma alteração involuntária na sua rotina (SOARES, 2017: 121).

Os direitos de personalidade constituem-se como direitos subjetivos com feição imaterial, que atendem à autodeterminação do indivíduo, sendo o conteúdo da personalidade formado pela “qualidade de ser da pessoa” (VASCONCELOS, 2006: 5). Costumam ser tipificados em direito à vida, à integridade física, à inviolabilidade moral, à honra, dentre outros. Assim, se houver algum atentado à vida, por exemplo, pode gerar um dever de indenizar, considerando o direito à vida como direito de personalidade (SOARES, 2017: 122).

No trabalho decente, considerando que a atividade laboral se legitima quando cumpre o desenvolvimento de suas capacidades, a convivência evolutiva e a realização pessoal (DALLARI, 1998: 40), não pode o trabalho servir como meio para subserviência ou exploração, devendo ser útil e trazendo justa reciprocidade de benefícios. O trabalho decente pode ser considerado um conjunto mínimo de direitos do trabalhador (liberdade de trabalho, igualdade no trabalho, trabalho com condições justas, proibição do trabalho infantil, liberdade sindical e proteção contra os riscos sociais), conforme Rubia Zanotelli de Alvarenga (2016).

No que tange aos fundamentos contrários a configuração de dano existencial não configura dano existencial se houver a “possibilidade de renúncia às atividades pessoais realizadoras” - em razão da autodeterminação do trabalhador, no sentido de, voluntariamente, renunciar a alguns aspectos de seu cotidiano em proveito do trabalho (que também pode ser um modo de auto realização pessoal) - ou se a “alteração ocorrida na esfera do empregado não for juridicamente relevante”, como, por exemplo, uma autolimitação válida ou uma perturbação por curto período, a ponto de não gerar uma efetiva modificação na vida do trabalhador. O objetivo é “evitar demandas frívolas”, como na Itália, devendo o dano existencial “ser grave” para ser juridicamente qualificado (SOARES, 2017: 127-128).

Para a análise da matéria no âmbito jurisprudencial a pesquisa analisa três casos no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região e um caso no Tribunal Superior do Trabalho.

Em 2010 ao julgar ação trabalhista na qual o reclamante alegou ter sido obrigado a experimentar alimentos da empregadora, o que teria ocasionado alteração no seu projeto de vida em razão de obesidade, 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região³ condenou a reclamante por dano moral. O dano moral foi considerado de forma genérica (WESENDONCK, 2011: 348).

Em 2012 a 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região⁴ fez a primeira referência expressa ao dano existencial (SOARES, 2017: 119). No caso, a trabalhadora alegou ter sido submetida pela empresa à jornada excessiva de trabalho (de 12 a 13h diárias, com 30 min de intervalo) e à pressão pelo cumprimento de metas inatingíveis, o que, de acordo com a reclamante, gerou limitação ao convívio familiar e prejuízo à saúde. O recurso ordinário foi parcialmente provido para declarar a exis-

³ Brasil, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. «Recurso Ordinário n. 0010000-21.2009.5.04.0030». Recorrente/Recorrido: Edson Zwierzinski. Recorrido/Recorrente: Kallopolli Comércio de Alimentos Ltda. Relator: João Ghisleni Filho. Julgamento: 06/10/2010.

⁴ Brasil, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. «Recurso Ordinário n. 0000105-14.2011.5.04.0241». Recorrente: Rita de Cássia Leal Souza. Recorrido: WMS Supermercados do Brasil Ltda. Relator: Des. José Felipe Ledur. Rio Grande do Sul. Julgamento: 14/03/2012.

tência de dano existencial e arbitrar a indenização com base no tempo e no último salário da reclamante (12 anos e 10 meses; R\$ 1.900,80), perfazendo o montante de R\$ 24.710,40.

A decisão regional paradigmática se baseou nos seguintes fundamentos: O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que integram decisão jurídico-objetiva adotada pela Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, nele integrado o direito ao desenvolvimento profissional, o que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

Em 2015, em sentido oposto, a 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho⁵ indeferiu postulação de reconhecimento de dano existencial em face de suposta jornada excessiva. No caso, a reclamante alegou ter sido submetida pela empresa à jornada excessiva.

A decisão da corte superior trabalhista é paradigmática: a) admite a possibilidade de dano existencial no Direito do Trabalho “em caso de lesão de direito de que derive prejuízo demonstrado à vida de relações”; b) diz que o dano existencial não se identifica com o dano moral; c) entende que a sobrejornada habitual e excessiva, exigida pelo empregador, em tese, tipifica dano existencial, desde que em situações extremas em que haja demonstração inequívoca do comprometimento da vida de relação; d) exige a comprovação no processo do comprometimento irremediável a vida de relações do empregado.

Esta decisão se baseou nos seguintes fundamentos:

1. A doutrina, ainda em construção, tende a conceituar o dano existencial como o dano à realização do projeto de vida em prejuízo à vida de relações. O dano existencial, pois, não se identifica com o dano moral.
2. O Direito brasileiro comporta uma visão mais ampla do dano existencial, na perspectiva do art. 186 do Código Civil, segundo o qual **“aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito**

⁵ Brasil, Tribunal Superior do Trabalho. «Recurso de Revista n. 154-80.2013.5.04.0016». Recorrente: WMS Supermercados do Brasil Ltda. Recorrido: Tânia Maria Cardoso Silva. Relator: Min. João Oreste Dalazen. Brasília. Julgamento: 04/03/2015. Publicação: 31/03/2015.

e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. A norma em apreço, além do dano moral, comporta reparabilidade de qualquer outro dano imaterial causado a outrem, inclusive o dano existencial, que pode ser causado pelo empregador ao empregado, na esfera do Direito do Trabalho, em caso de lesão de direito de que derive prejuízo demonstrado à vida de relações.

3. A sobrejornada habitual e excessiva, exigida pelo empregador, em tese, tipifica dano existencial, desde que em situações extremas em que haja demonstração inequívoca do comprometimento da vida de relação.
4. A condenação ao pagamento de indenização por dano existencial não subsiste, no entanto, se a jornada de labor exigida não era sistematicamente de 15 horas de trabalho diárias, mas, sim, alternada com jornada de seis horas diárias. Robustece tal convicção, no caso, a circunstância de resultar incontroverso que o contrato de trabalho mantido entre as partes perdeu por apenas nove meses. Não se afigura razoável, assim, que nesse curto período a conduta patronal comprometeu, de forma irreparável, a realização de um suposto projeto de vida em prejuízo à vida de relações do empregado.
5. Igualmente não se reconhece dano existencial se não há demonstração de que a jornada de trabalho exigida, de alguma forma, comprometeu irremediavelmente a vida de relações do empregado, aspecto sobremodo importante para tipificar e não banalizar, em casos de jornada excessiva, pois virtualmente pode consultar aos interesses do próprio empregado a dilatação habitual da jornada. Nem sempre é a empresa que exige o trabalho extraordinário. Em situações extremas, há trabalhadores compulsivos, ou seja, viciados em trabalho (workaholic), quer motivados pela alta competitividade, vaidade, ganância, necessidade de sobrevivência, quer motivados por alguma necessidade pessoal de provar algo a alguém ou a si mesmo.

Indivíduos assim geralmente não conseguem desvincular-se do trabalho e, muitas vezes por iniciativa própria, deixam de lado filhos, pais, amigos e família em prol do labor. Daí a exigência de o empregado comprovar que o empregador exigiu-lhe labor excessivo e de modo a afetar-lhe a vida de relações.

Em 2016, alinhando-se ao entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, o Tribunal Pleno do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região aprovou a Tese Jurídica Prevalente n. 2, com base em uma série de precedentes sobre o dano existencial no que tange às jornadas excessivas, nos seguintes termos: “não configura dano existencial, passível de indenização, por si só, a prática de jornadas de trabalho excessivas”.⁶

⁶ Brasil, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. «Tese Jurídica Prevalente n. 2». Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/tese-juridica-prevalente>

Tal tese jurídica, por um lado, exige a comprovação dos pressupostos da responsabilidade civil no caso concreto, não considerando suficiente para a configuração de dano existencial, passível de indenização, apenas a comprovação da prática de jornadas de trabalho excessivas.

Por outro lado, não significa que a prática de jornadas de trabalho excessivas não possa ensejar dano existencial, desde que acompanhada da prova dos pressupostos da responsabilidade civil. Apenas não configura dano existencial por si só.

Embora reconheça que rotinas de trabalho intensas e desprovidas de pausas possam implicar a derruição das relações sociais e familiares dos trabalhadores, a 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho Consignou, em 2018, que tais construções complexas “não podem dar azo à banalização do instituto, mediante simplificação excessiva do seu conceito, para acabar por compreendê-lo como mera decorrência da prestação de sobrejornada”. Logo, esse alargamento conceitual torna-se “vulnerável e passível de não consolidação no ordenamento jurídico”.⁷

O conceito de dano existencial foi originalmente pensado no Direito italiano para casos de paraplegia ou tetraplegia, dentre outros, com efeitos prospectivos (para o futuro) e com grande repercussão na vida da pessoa lesada ou de seus familiares (ALPA, 2010: 1).

A análise da prática de jornadas de trabalho excessivas traz novas possibilidades conceituais para o dano existencial.

Conclusão

Considerando o estudo de casos de jornadas de trabalho excessivas na jurisprudência trabalhista brasileira, acima expostos, entende-se que o dano existencial vem sofrendo ampliação conceitual no Direito do Trabalho brasileiro, ainda que relativa, pois depende da comprovação dos pressupostos da responsabilidade civil no caso concreto.

O problema de pesquisa do presente texto é relativamente novo e dinâmico, e, não se tem a pretensão de esgotar a matéria, mas trazer fundamentos e análises para reflexões, visando a estimular a continuidade do estudo dessas complexas questões.

⁷ Brasil, Tribunal Superior do Trabalho. «AIRR n. 5110-97.2015.5.10.0018». Agravante: Maria Almiceia Goes Coelho. Agravado: Banco Santander (Brasil) S.A. Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Brasília. Julgamento: 21/11/2018. Publicação: 23/11/2018.

Referências

ALPA, Guido **Il danno non patrimoniale rivisitato**. 2010. Disponível em: http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Alpa/Alpa_DANNO-MORALE09.pdf.

ALVARENGA, Rubia Zanotelli de. **Trabalho decente: direito humano e fundamental**. São Paulo: LTr, (2016).

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. «**Recurso Ordinário n. 0010000-21.2009.5.04.0030**». Recorrente/Recorrido: Edson Zwierzinski. Recorrido/Recorrente: Kallopolli Comércio de Alimentos Ltda. Relator: João Ghisleni Filho. Julgamento: 06/10/2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. «**Recurso Ordinário n. 0000105-14.2011.5.04.0241**». Recorrente: Rita de Cássia Leal Souza. Recorrido: WMS Supermercados do Brasil Ltda. Relator: Des. José Felipe Ledur. Rio Grande do Sul. Julgamento: 14/03/2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. «**Recurso de Revista n. 154-80.2013.5.04.0016**». Recorrente: WMS Supermercados do Brasil Ltda. Recorrido: Tânia Maria Cardoso Silva. Relator: Min. João Oreste Dalazen. Brasília. Julgamento: 04/03/2015. Publicação: 31/03/2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. «**Tese Jurídica Prevalente n. 2**». 2016. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/tese-juridica-prevalente>

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. «**AIRR n. 5110-97.2015.5.10.0018**». 2018. Agravante: Maria Almiceia Goes Coelho. Agravado: Banco Santander (Brasil) S.A. Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Brasília. Julgamento: 21/11/2018. Publicação: 23/11/2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

FACCHINI NETO, Eugênio; y Rodrigo Goldschmidt. Tutela aquiliana do empregado: considerações sobre o novo sistema de reparação civil por danos extrapatrimoniais na área trabalhista. **Revista dos Tribunais**, v. 984, p. 219-254, 2017.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual esquemático de direito e processo do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SOARES, Flaviana Rampazzo. A construção de uma teoria de dano existencial no direito do trabalho. In: SOARES, Flaviana Rampazzo (org.). **Danos extrapatrimoniais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

WESENDONCK, Tula. O dano existencial na jurisprudência italiana e brasileira: um estudo de direito comparado. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 124, p. 327-356, 2011.

EL ESTATUTO JURÍDICO-PROTECTOR DEL TELETRABAJADOR EN EL MERCADO ECONÓMICO DIGITAL. A PROPÓSITO DE LA LEY 10/2021

Bárbara Torres García¹

RESUMEN: A través de este estudio se pretende ofrecer un análisis crítico del estatuto jurídico-protector del teletrabajador en un mercado laboral, que cada vez es más descentralizado, digital, dinámico y flexible. A estos efectos, se analizará la Ley 10/2021, de trabajo a distancia. Particularmente, se ofrecerán unas breves reflexiones acerca de su ámbito de aplicación y el reconocimiento de algunos derechos específicos. Todo ello con la finalidad de llegar a una conclusión acerca del valor normativo de la recentísima regulación.

ABSTRACT: Through this study it is intended to offer a critical analysis of the legal-protective status of teleworkers, in a labour market that is increasingly decentralized, digital, dynamic and flexible. For these purposes, Law 10/2021, on remote work, will be analyzed. In particular, brief reflections will be offered about its scope and in relation to the recognition of some rights to these workers. All this in order to reach a conclusion about the legal value of the recent regulation.

PALABRAS CLAVE: teletrabajo, regulación, omisiones, derechos.

KEYWORDS: teleworking, regulation, omissions, rights.

ÍNDICE: 1. Introducción. 2. Deficiencias en la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación: omisiones y exclusiones. 3. El estatuto jurídico-protector del teletrabajador: consideraciones críticas. 3.1 Derechos económicos. 3.2 Derechos relacionados con el uso de medios digitales. 3.3 Derechos vinculados al tiempo de trabajo. 3.4 Derecho a la prevención de riesgos laborales. 4. Conclusión valorativa: una oportunidad perdida. 5. Referencias bibliográficas.

INDEX: 1. Introduction. 2. Deficiencies in the delimitation of the subjective scope: omissions and exclusions. 3. The legal-protective status of the teleworker: critical

¹ Investigadora predoctoral en el área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Universidad de Santiago de Compostela)

considerations. 3.1 Economic rights. 3.2 Rights related to the use of digital media. 3.3 Rights related to working time. 3.4 Right to prevent occupational hazards. 4. Critical conclusion: a missed opportunity. 5. Bibliographic references.

1. Introducción

Una de las consecuencias más claras que se ha derivado de la expansión del COVID-19 ha sido la implantación desmesurada y sin control del régimen del trabajo a distancia y, más particularmente, del teletrabajo. En efecto, por imposición del artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, el trabajo a distancia adquirió un carácter preferente -en aquellos supuestos en los que fuera técnica y razonablemente posible- frente al cierre de la actividad empresarial. Y ello, básicamente, con el firme propósito de mantener los niveles de producción de la economía española. Así las cosas, debe señalarse que, mientras que con anterioridad al estado de alarma el porcentaje de personas que trabajaban a distancia era casi del 4.8% en España, el confinamiento, que se inició en marzo de 2020, hizo que este se triplicara, hasta alcanzar el 16.2% en el segundo trimestre de 2021 (Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, 2021, p. 12). No cabe duda de que esta crisis sanitaria causó “la transformación organizativa del trabajo y de la actividad empresarial más intensa y rápida que se ha producido en todas las transformaciones conocidas en la historia del trabajo” (Casas Baamonde, 2020, p. 1414). La llegada del SARS-Cov-2 sirvió para impulsar la ruptura definitiva de los estándares clásicos de la organización de la prestación asalariada -en el centro de trabajo y en horario prefijado- y para demostrar que el teletrabajo es una de las herramientas imprescindibles para la modernización del mercado laboral. Así pues, lo que parecía “una medida coyuntural, pretende formar parte de los pilares de la economía digital, y es concebida como fundamental para (...) avanzar en el cumplimiento de la *Agenda 2030 para el desarrollo sostenible*” (Fernando Collados, 2021, p. 401).

A pesar del carácter moderno con el que suele presentar el teletrabajo, lo cierto es que este no es un fenómeno reciente. En España, desde su versión originaria de 1980, el Estatuto de los trabajadores (en lo siguiente, ET) ha venido regulando el trabajo a domicilio en el artículo 13. En sus orígenes, se trataba de una modalidad contractual que, alejada de la concepción con la que se entiende hoy el teletrabajo, se dirigía especialmente a mujeres con responsabilidades familiares, cuyo propósito era completar una economía doméstica muy masculinizada. Ahora bien, la introducción de las tecnologías de la información y de comunicación, la digitalización de los procesos productivos y las demás novedades introducidas con la “Cuarta Revolución Industrial”,

provocaron la necesidad de otorgar a esta figura de una regulación más compleja y atrevida, que ofreciera cobertura jurídica a los nuevos trabajadores digitales. A estos efectos, la primera respuesta se encuentra en la Ley 3/2012, de 6 julio, para la reforma del mercado laboral (en lo siguiente, Ley 3/2012), que, con el “deseo de promover nuevas formas de desarrollar la actividad laboral”, da cabida al teletrabajo, como “forma de organización del trabajo que encaja perfectamente en el modelo productivo y económico que se persigue”. A tal fin, se modificó la ordenación del tradicional contrato de trabajo a domicilio “para dar acogida, mediante una regulación equilibrada de derechos y obligaciones, al trabajo a distancia basado en el uso intensivo de las nuevas tecnologías” (Apartado III de la exposición de motivos de la Ley 3/2012). Ahora bien, pese a la buena voluntad del legislador, lo cierto es que la reformulación del régimen del trabajo a distancia del año 2012 no fue del todo exitosa.

No hay duda de que fue la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 la que colocó en el primer plano del debate político las deficiencias de nuestro modelo de organización del trabajo a distancia. En efecto, la imposición forzosa del trabajo en remoto durante esta crisis sanitaria evidenció la obsolescencia del antiguo artículo 13 ET y provocó la necesidad de aprobar una nueva regulación que abordara las imprecisiones de aquel precepto. En este contexto, nació el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (en lo siguiente, RDL), como resultado del diálogo social entre el Gobierno, sindicatos y patronal. Un texto legal que, posteriormente, fue ratificado, sin apenas variaciones de contenido, por la recentísima Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, actualmente vigente. El preámbulo de esta nueva normativa califica el anterior artículo 13 ET como “insuficiente para aplicarlo a las peculiaridades del teletrabajo, que requiere no solo de una prestación laboral que se desarrolle preferentemente fuera de los locales de la empresa, sino también de un uso intensivo de las nuevas tecnologías informáticas y de la telecomunicación”. De esta manera, el régimen jurídico del trabajo a distancia y teletrabajo, anteriormente limitado a un único precepto del ET, ahora comprende una regulación más extensa, compuesta de veintidós artículos, a los cuales hay que sumar las disposiciones adicionales, transitorias y finales.

De acuerdo con lo declarado en su exposición de motivos, el objetivo de la nueva LTD “es proporcionar una regulación suficiente, transversal e integrada en una norma sustantiva”. De este modo, esta nueva normativa se dirige a proporcionar, al trabajador a distancia y, más específicamente al teletrabajador, un estatuto jurídico específico, que lo proteja ante los efectos derivados de una deficiente gestión organizativa. En verdad, las condiciones de trabajo en ambos regímenes colocan al asalariado en una situación de especial vulnerabilidad. Ya sea la deslocalización, la flexibilidad temporal en la organización de tareas, los equipos tecnológicos de trabajo o las propias características del

trabajador las que lo convierten en un ser ciertamente sensible a los abusos de poder por la parte empresarial. De hecho, son constantes los pronunciamientos doctrinales relativos a esta cuestión, los cuales resaltan, a su vez, la especial necesidad de atender a los riesgos de corte psicosocial a los que se enfrenta este tipo de trabajadores, y derivados, entre otros factores, de: la pérdida de integración en la empresa, una excesiva autonomía del asalariado, un mayor aislamiento, una sobrecarga de trabajo, la dificultad para encontrar un apoyo laboral, las jornadas más extensas, la confusión de los tiempos de trabajo y descanso y problemas para separar el trabajo de la familia. A mayor profundidad, y en lo que respecta al teletrabajo, el uso intensivo de las TIC coloca la figura del asalariado en una posición endeble frente a todos aquellos trastornos derivados de una utilización incorrecta e indebida de dichas tecnologías². Así, el teletrabajador se encuentra expuesto a las consecuencias derivadas de la sobrecarga informativa, la fatiga informática, la disponibilidad 24/7, el control tecnológico invasivo y la *hiperconectividad*, que, unidas a su carencia de formación, lo convierten en un sujeto vulnerable al *tecnoestrés* (en sus distintas manifestaciones: *tecnofobia*, *tecnofatiga* y *tecnoansiedad*), al *burnout* (síndrome de desgaste profesional u ocupacional) e, incluso, a una posible *tecnoadicción*.

Así las cosas, la LTD se configura como un mecanismo de protección del teletrabajador en una situación en la que los nuevos ritmos económicos y digitales lo pueden llegar a convertir en el “nuevo esclavo tecnológico” del siglo XXI (Mella Méndez, 2016, p. 4). Sin embargo, un primer acercamiento a dicha regulación permite observar que la misma, al igual que el RDL, no es del todo perfecta, incurriendo en demasiadas imprecisiones, contradicciones y omisiones. A decir verdad, la nueva ley no es sino una reproducción exacta de su antecedente normativo inmediato -el RDL-. En consecuencia, se coincide con quien, sostiene que “la norma ha suscitado una mezcla de escepticismo y frustración entre la doctrina *iuslaboralista*” (García González, 2020, p. 2). Quizá fuera la urgencia y la improvisación, que acompañaron al legislador en esta etapa excepcional, las causantes del déficit de precisión técnica del texto y de la omisión de cuestiones que debieran ser de obligado pronunciamiento (por ejemplo, el supuesto del trabajador transnacional, que no encuentra en esta regulación respuesta alguna). En este sentido, aun cuando la LTD cubre algunos de los silencios de la anterior normativa – en relación con los gastos y dotación de equipos-, sin embargo, la falta de concreción de varios de sus preceptos y su remisión constante a la negociación colectiva conducen a una situación insatisfactoria y poco deseada.

² Véase, Nota Técnica de Prevención (en lo siguiente, NTP) núm. 1000/2014, *El futuro de la prevención*. Igualmente, NTP núm. 1122/2018, *Las tecnologías de la información y comunicación (TIC) (I): nuevas formas de organización del trabajo* y NTP núm. 1123/2018 *Las tecnologías de la información y comunicación (TIC)(II): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo*.

El objeto de este estudio es ofrecer una breve reflexión acerca del valor normativo de la LTD, a los efectos de determinar si la misma es debidamente íntegra y suficiente o, por el contrario, como ocurrió ya con el antiguo artículo 13 ET, requiere de desarrollos adicionales. Y ello con la finalidad de comprobar si dicha norma es capaz de otorgar al trabajador a distancia y, más particularmente al teletrabajador, de una cobertura legal plena y exhaustiva en el actual modelo productivo, cada vez más descentralizado, digital, dinámico y flexible. A tal fin, se ofrecerá un breve comentario acerca de los elementos configuradores del trabajo a distancia regulado por la LTD, adentrándose en el análisis de su ámbito subjetivo y en la ordenación de los derechos reconocidos. Todo esto, bajo una perspectiva crítica, que resalte los puntos positivos de la LTD pero que, al propio tiempo, ponga encima de la mesa aquellas cuestiones que, tarde o temprano, deberían ser abordadas por una normativa complementaria –por ejemplo, a través de convenios colectivos-.

2. Deficiencias en la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación: omisiones y exclusiones

Una de las primeras consideraciones que debe realizarse respecto de la nueva LTD es aquella relativa a la delimitación de su ámbito de aplicación. Y ello, básicamente, porque esta hace depender su vigencia práctica de la concurrencia de una serie de requisitos subjetivos en la persona trabajadora a distancia. Lo que, sin lugar a dudas, generará situaciones de vacío normativo, en las que resultará difícil encontrar una respuesta eficaz fuera de su cuerpo legal, dada la inadaptación de la legislación laboral general y, más concretamente, del ET a las nuevas realidades del mercado laboral-digital.

A efectos de ser precisos y antes de entrar en el desarrollo de la cuestión planteada, debe advertirse que la nueva normativa española hace referencia, por primera vez y de manera explícita y diferenciada, al régimen del teletrabajo. En este sentido, el artículo 2 LTD, con la finalidad de aportar seguridad jurídica conceptual, define el trabajo a distancia como “forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta”. Por su parte, el teletrabajo es concebido como “aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación”. Ante dichas definiciones, se observa como la nueva LTD sigue la línea marcada por el antiguo artículo 13 ET, al considerar el teletrabajo como un subtipo de trabajo a distancia, alejándose de aquella doctrina que aboga por su consideración como forma de organización del trabajo distinta e independiente (Fernández Orrico, 2021).

Más allá de las cuestiones terminológicas, de acuerdo con el artículo 1 LTD, las relaciones de trabajo a las que resultará de aplicación la actual regulación serán aquellas en las que concurren las condiciones descritas en el artículo 1.1 ET. En este sentido, la nueva normativa española de trabajo a distancia sólo se aplicará al trabajador subordinado, dependiente, que presta voluntariamente sus servicios en una organización ajena y a cambio de una determinada retribución pactada. De esta manera, se excluye de su ámbito de aplicación al trabajador autónomo o figuras intermedias como el trabajador autónomo económicamente dependiente (en lo siguiente, TRADE). Más dudoso se mantiene en relación con las relaciones laborales de carácter especial – por ejemplo, personal de alta dirección-, respecto a las cuales no se pronuncia expresamente. A estos efectos, se entiende que mientras estas relaciones especiales cumplan con las condiciones del artículo 1.1 ET entrarían dentro del campo de aplicación de esta nueva normativa, dado que la misma exige sólo la concurrencia de las circunstancias contenidas en el mencionado artículo (dependencia, subordinación y ajenidad) y no la aplicación del propio ET a la relación de trabajo de que se trate.

En segundo lugar, y de manera concurrente a lo anteriormente indicado, el artículo 1 LTD impone que ese trabajo a distancia se realice de manera regular, entendiéndose de esta forma aquel que se presta, “en un período de referencia de tres meses, un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo”³. De este modo, se introduce por primera vez en el ordenamiento jurídico español una delimitación cuantitativa de lo que debe entenderse por regular. Así, mientras el antiguo artículo 13 ET exigía que el trabajo a distancia fuera simplemente “preponderante” (sin mayor matización), la nueva regulación avanza en la concreción de los términos utilizados, ofreciendo una definición de lo que debe entenderse por regular; lo que dota de mayor certeza y seguridad jurídica al modelo regulatorio. Por consiguiente, se puede coincidir con quien sostiene que “la insuficiencia de la normativa anterior no venía tanto por una escasez de cuestiones, sino por la falta de concreción de la misma” (Todolí Signes, 2020, p.1495).

En este sentido, aquel trabajador que, aun cumpliendo las condiciones del artículo 1.1 ET, no trabaje a distancia más del treinta por ciento de su jornada (teletrabajador ocasional), no quedará sometido a lo dispuesto por la nueva ley. En este caso, le será de aplicación la normativa laboral general -el ET en su conjunto-, con la paradoja de que la nueva redacción del artículo 13 ET, relativo al trabajo a distancia, se limita a remitirse a lo establecido en la LTD⁴. De esta forma estos teletrabajadores

³ En todo caso, la Disposición Adicional primera del RDL establece que los convenios o acuerdos colectivos podrán mejorar -reduciéndolo- ese porcentaje y/o exigir un periodo de referencia inferior.

⁴ El vigente artículo 13 ET se limita a establecer que “las personas trabajadoras podrán prestar trabajo a distancia en los términos previstos en la Ley 10/2021 de trabajo a distancia”.

eventuales estarían en un “limbo normativo” (De las Heras García, 2020, p. 175), en el que se desconoce si procede la aplicación directa del ET sin matización alguna, en cuanto a derechos de jornada, retribución y formación -entre otros-, o, por el contrario, se aplicaría esta normativa común, pero matizada interpretativamente por lo dispuesto en la recentísima LTD o, cuanto menos, en el Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo (en lo siguiente, AMET). En todo caso, cualquiera de las dos opciones parece insatisfactoria, dado que estos trabajadores, a pesar de su eventualidad, durante el tiempo en el que presten sus servicios en un lugar distinto del centro de trabajo, se van a encontrar en las mismas circunstancias que un teletrabajador regular, pero desprovistos de los derechos que protegen a este último. Por ello, pese a que en su exposición de motivos esta norma se autocalifique como “regulación suficiente, transversal y equilibrada”, en verdad dichos caracteres se quiebran al perpetuar un vacío normativo de especial transcendencia, como es el caso del teletrabajador ocasional, que sigue sin obtener una respuesta clara y eficaz por parte del legislador (García González, 2020).

Por último, cabe precisar que, si bien la promulgación de la nueva LTD trae causa en el contexto de la crisis sanitaria vivida en los últimos tiempos, sin embargo, esta excluye de su ámbito de aplicación los supuestos de teletrabajo surgidos durante la época de pandemia. En este sentido, su Disposición Transitoria tercera establece que la nueva regulación no se será de aplicación “al trabajo a distancia implantado excepcionalmente en aplicación del artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, o como consecuencia de las medidas de contención derivadas de la COVID-19”. De igual modo, la LTD tampoco es aplicable, de forma inmediata, a los supuestos de teletrabajo previos a la situación de pandemia, que estaban ya regulados por normativa convencional. En este punto es necesario hacer una matización, debiendo distinguir dos situaciones: 1) supuestos de teletrabajo regulados por convenios o acuerdos colectivos con un periodo determinado de vigencia, en cuyo caso la nueva LTD se aplicará una vez este pierda su validez legal; y 2) casos de trabajo a distancia regidos por convenios o acuerdos colectivos sin período de vigencia determinado, respecto a los cuales la nueva normativa resultará aplicable transcurrido el plazo de un año desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado, salvo que las partes firmantes acuerden un plazo superior, que como máximo podrá ser de 3 años. Finalmente, cabe añadir que la LTD tampoco resulta aplicable al personal -tanto laboral como funcionario- de las Administraciones públicas; el cual queda sujeto a lo establecido por el Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

En consecuencia, se podría concluir que la LTD no es una normativa unitaria, sino que opta por una clara heterogeneidad, condicionando su aplicación al momento

de inicio del trabajo a distancia, a la norma convencional en vigor, al tipo de personal de que se trata, a la calificación jurídica del trabajador y al porcentaje de la jornada que realiza fuera del centro de trabajo. Todo ello la convierte en una regulación necesitada de una acción legislativa auxiliar, que complete sus silencios. En este sentido, podría pensarse que el legislador español desaprovechó esta oportunidad para conformar una normativa íntegra y exhaustiva, que englobara todo supuesto de trabajo en remoto; pues, sólo de esta forma se lograría configurar un verdadero estatuto jurídico que hiciera frente a los retos del nuevo mercado laboral digital. En efecto, es llamativa la omisión mantenida respecto al trabajador a distancia o teletrabajador transnacional, en un contexto en el que la sociedad se dirige, cada vez más, a la globalización y a la contratación de trabajadores extranjeros. Así las cosas, lo cierto es que el régimen jurídico protector, configurado a través de la LTD, resulta reducido y fuertemente condicionado en su ámbito subjetivo de aplicación.

3. El estatuto jurídico-protector del teletrabajador: consideraciones críticas

Una vez delimitado el campo de aplicación de la nueva normativa española, procede ahora ofrecer unas breves reflexiones acerca del contenido del estatuto jurídico-protector del trabajador a distancia, que la mencionada ley confecciona en su Capítulo III. En verdad, se trata de una regulación breve en la que se mezclan varios tipos de derechos. De un lado, derechos generales de todos los trabajadores, cuya presencia en esta norma se justifica por el objetivo general de adaptación a las particularidades derivadas del hecho de trabajar a distancia -el derecho a la formación y a la promoción profesional, a la prevención de riesgos laborales, a la desconexión digital y los derechos colectivos-. De otro lado, derechos específicos, tales como el derecho a la dotación de medios o la compensación de gastos. De esta forma, coexisten viejos y nuevos derechos (Rodríguez-Piñeiro Royo y Calvo Gallego, 2020, p. 1453). Sea como fuere, en verdad, la LTD ha supuesto un gran avance, por cuanto, frente al escaso desarrollo del anterior artículo 13 ET, conforma un verdadero código de derechos-obligaciones a respetar por ambas partes.

De acuerdo con lo expuesto en la exposición de motivos de la LTD, las personas que desarrollan trabajo a distancia se beneficiarán de los mismos derechos que los garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables a las personas comparables que trabajen en los locales de la empresa. En este sentido, el capítulo III parte del principio de igualdad y no discriminación como piedra basilar del reconocimiento de derechos de las personas teletrabajadoras. Así, esta nueva normativa, reproduce el criterio establecido ya por el antiguo artículo 13.3 ET, si bien es cierto que

el vigente artículo 4 LTD es más generoso, al añadir que “no podrán sufrir perjuicio en ninguna de las condiciones laborales, incluyendo la retribución, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional”.

A continuación, se realizará una breve reflexión acerca de las novedades introducidas por esta nueva regulación, aportando un enfoque crítico de las mismas. Cabe precisar que, dada la escasez de espacio, simplemente se hará referencia a aquellos derechos que, ya sea por su necesidad de adaptación a las particularidades del teletrabajo, ya por estar específicamente previstos para este régimen, requieren de un análisis más detenido.

3.1 Derechos económicos

La nueva regulación española hace referencia, por primera vez, a los derechos económicos de la persona teletrabajadora. El artículo 11 LTD prevé que los teletrabajadores tienen “derecho a la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos, y herramientas necesarias para el desarrollo de la actividad”. Paralelamente, el artículo 12 LTD reconoce una serie de garantías en relación con los gastos derivados del teletrabajo. A este respecto, se establece que “el desarrollo del trabajo a distancia deberá ser sufragado o compensado por la empresa, y no podrá suponer la asunción por parte de la persona trabajadora de gastos relacionados con equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de la prestación laboral”. Así las cosas, la LTD impone al empresario una obligación legal de provisión, cuyo incumplimiento podría ser demandado por la parte trabajadora.

Ahora bien, de nuevo el carácter ambiguo con el que ha sido redactada la norma genera dudas en cuanto al tipo de gastos que deben ser englobados en dicha obligación. En efecto, se desconoce si dicha imposición legal afecta exclusivamente a los gastos directos, o, también, a los indirectos. Por gastos directos se entienden aquellos derivados de la compra o mantenimiento de sistemas informáticos (ordenador, impresora, micrófonos...), mobiliario de oficina (silla y mesa) y material de trabajo. Por su parte, los gastos indirectos engloban las facturas de la luz, Internet, teléfono, calefacción y la renta de alquiler -entre otros-. A estos efectos, si bien parece claro que los primeros sí serán abonados en su totalidad por el empresario, sin embargo, la incertidumbre se mantiene respecto a los segundos. Indudablemente, parece desproporcionado exigir a la parte empresarial el abono de la totalidad de estos últimos costes, por cuanto la mayoría de ellos no se deriva de un uso exclusivamente profesional, sino de una utilización compartida con la vida privada del trabajador. Por ello, resulta recomendable que, bien la negociación colectiva -a la que ya se remite expresamente la LTD en cuanto a esta cuestión-, bien el propio empresario, en el acuerdo de trabajo a distancia, pacten

una determinada compensación proporcional, que cubra parte del coste indirecto real efectuado.

3.2 Derecho relacionados con el uso de medios digitales

Otra de las novedades introducidas por la nueva regulación es la ordenación del derecho a la intimidad y a la protección de datos de la persona trabajadora, como límites frente a unos poderes empresariales que, en virtud de los avances tecnológicos, son cada vez más invasivos y agresivos. Una de las características del régimen del teletrabajo es que los propios medios de trabajo pueden convertirse, a la vez, en instrumentos de vigilância; de forma que el teletrabajador puede estar bajo un control constante, durante el desarrollo de su prestación laboral. Los datos masivos generados por la persona teletrabajadora, a través de la monitorización de su ordenador, del control de la navegación por internet o del correo electrónico, van a convertir a quien teletrabaja en un ser totalmente transparente (Mercader Uguina, 2001) a los ojos del empresario.

El hecho de que las herramientas de trabajo sean propiedad de la empresa no permite a esta realizar un control exhaustivo, puesto que ni el derecho de propiedad ni el derecho a la libertad de empresa pueden imponerse a los derechos fundamentales. Así las cosas, el artículo 17.1 LTD establece que “la utilización de los medios telemáticos y el control de la prestación laboral mediante dispositivos automáticos garantizarán adecuadamente el derecho a la intimidad y a la protección de datos”, precisando que dichos controles empresariales deberán ajustarse “a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de medios”. En verdad, este precepto se inserta en la línea ya establecida por la reciente Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (en lo siguiente, LOPDGDD), pero introduciendo algunas innovaciones.

En primer lugar, a diferencia de lo establecido por los artículos 87, 89 y 90 LOPDGDD, ya no solo se habla de intimidad, sino también de protección de datos. De esta forma, el artículo 17.1 LTD avanza en el desarrollo de un derecho laboral digital, diferenciando derechos conexos, pero a la vez distintos⁵, y cuya repercusión individual dentro de la relación de trabajo es de gran importancia. Sin embargo, pese

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, de 30 de noviembre de 2000, (núm. rec. 1463/2000), que establece: “la función del derecho fundamental a la intimidad del artículo 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar (...). En cambio, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivos para la dignidad (...)”.

a este avance, se coincide con quien sostiene que la protección que se articula a través de este precepto de la LTD debiera de ser todavía más amplia y no limitarse exclusivamente a la intimidad y a la protección de datos, sino abrirse a la articulación de un derecho general de privacidad del trabajador, en el que queden incluidos otros derechos fundamentales inespecíficos, tales como el secreto de comunicaciones, el honor o la propia imagen (Fernández Orrico, 2021).

En segundo lugar, el artículo 17.1 LTD cubre una de las grandes omisiones del antiguo artículo 13 ET, al exigir que la hipotética vigilancia que realice el empresario sea idónea, necesaria, proporcional y guarde, en su adopción y aplicación, la consideración debida a la dignidad del trabajador. Ciertamente, con esta exigencia, se da entrada en la legislación española, de manera expresa y por primera vez, al principio de proporcionalidad del AMET, de acuerdo con el cual, “si existe un medio de vigilancia, deberá ser proporcionado al objetivo” perseguido. Esto significa que la empresa, previamente a instalar un sistema de control, deberá adecuarlo a su finalidad, respetando las prescripciones de seguridad, la información previa a la persona teletrabajadora y a sus órganos de representación, e indicando su fin, fundamento y alcance, así como todos los aspectos relacionados con la recogida, almacenamiento y uso de las informaciones registradas (Poquet Catalá, 2020, p. 183).

De manera paralela a lo anteriormente indicado, lo cierto es que el apartado segundo del artículo 17 LTD establece que la empresa “no podrá exigir la instalación de programas o aplicaciones en dispositivos propiedad de la persona trabajadora, ni la utilización de estos dispositivos en el desarrollo del trabajo a distancia”. Ello se traduce en una doble prohibición, por medio de la cual se impide, por un lado, que la empresa obligue al teletrabajador a aportar sus medios tecnológicos a la relación laboral a distancia y, por otro, tampoco se permite exigir la descargar aplicaciones o programas de trabajo en sus dispositivos privados. Más en profundidad, de la literalidad del precepto se desprende que dicha prescripción va dirigida a prohibir la exigencia unilateral por parte del empresario, pero nada establece respecto a la eventualidad de un pacto. En efecto, cabría la posibilidad de que, a través de la negociación colectiva o del acuerdo de trabajo a distancia, se pacte la aportación consensuada del dispositivo propiedad del trabajador, a cambio de una determinada compensación (Todolí Signes, 2021). A estos efectos, la LTD parece dejar la puerta abierta a dicha posibilidad, si bien es necesario precisar que, mientras podría resultar aceptable la viabilidad del pacto suscrito a través de negociación colectiva, no sucede así con aquel firmado por el propio teletrabajador. La naturaleza asimétrica de la relación de trabajo no debiera permitir aceptar como válido el consentimiento individual de aquel, pues difícilmente puede ser asignado de manera libre, específica, informada e inequívoca.

3.3 Derechos vinculados al tiempo de trabajo

Uno de los criterios diferenciadores del teletrabajo, en comparación con las formas tradicionales de trabajo, es la flexibilidad temporal en la organización de las tareas. Esta modalidad de prestación de servicios, deslocalizada y mediante medios telemáticos, se conforma como la máxima expresión de la hiperflexibilidad del asalariado en el actual mercado digital, por cuanto este goza de cierta autonomía a la hora de fijar sus períodos de trabajo. En este sentido, se pronuncia la propia LTD, cuando en su artículo 13 reconoce, literalmente, que, “respetando los tiempos de disponibilidad obligatoria y la normativa sobre tiempo de descanso, la persona que desarrolla el trabajo a distancia podrá flexibilizar el horario de prestación de servicios establecido”. De esta forma, el régimen del teletrabajo no solo supone la quiebra de la unidad de espacio, sino también la ruptura de la concepción clásica de las instituciones que integran el concepto de tiempo de trabajo.

Fuera de las ventajas que pueda suponer la autogestión del horario laboral por parte del teletrabajador (por ejemplo, favorece a la conciliación de la vida familiar y laboral), en verdad esa misma flexibilidad puede conducir a la confusión de tiempos, de forma que el trabajo se proyecte en la vida privada y a la inversa, difuminando, así, las fronteras entre el tiempo de trabajo y descanso⁶. Y ello, con una clara repercusión en la salud mental y física del trabajador. De hecho, el artículo 16 LTD exige que la propia evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva tenga en cuenta “la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones”. Así las cosas, la nueva LTD contiene tres previsiones en relación con la ordenación del tiempo de trabajo. Todas ellas están dirigidas a evitar el efecto perverso que puede provocar un exceso de flexibilidad. Se habla de: horario flexible condicionado, registro de jornada y derecho a la desconexión.

En primer lugar, si bien el artículo 13 LTD permite el horario flexible, sin embargo, el mismo estará fuertemente subordinado a lo que se establezca en el acuerdo de trabajo a distancia y en la negociación colectiva. En este sentido, el ya mencionado artículo 7 LTD establece la necesidad de que dicho acuerdo contenga “el horario de trabajo de la persona trabajadora y dentro de él, en su caso, reglas de disponibilidad”. De esta forma, en el momento de la implantación de este régimen, tanto trabajador como empresario disponen de una serie de pautas que, si bien pueden ser flexibilizadas por la naturaleza del teletrabajo, delimitan las posibilidades creadas con la instauración de dicho sistema, en lo relativo a la organización de los períodos de prestación efectiva de servicios.

⁶ Véase, Eurofound-OIT, *Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral*, Ginebra, 2019. Disponible en el siguiente enlace: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_712531.pdf

En suma, el artículo 13 LTD condiciona la vigencia del horario flexible al respeto de los “tiempos de disponibilidad obligaría”, así como de “la normativa sobre el tiempo de trabajo y descanso”. De esta forma, el teletrabajador sólo podrá disponer de las horas en las que no tenga que estar obligatoriamente conectado o disponible, ajustándose, en todo caso, a los límites de la jornada diaria (máximo de 9 horas) y a los tiempos de descanso que marca la ley (doce horas entre jornadas y día y medio de retiro por semana de trabajo). Es decir, la nueva regulación española del teletrabajo acota tanto la libertad del trabajador para autogestionar los tiempos de trabajo como el poder del empresario que, mediante el régimen de disponibilidad, podría potenciar la conexión o hiperconexión del asalariado en todo momento y lugar.

En segundo lugar, de acuerdo con el artículo 14 LTD, el teletrabajador quedará sometido a la obligación de registro horario que establece, con carácter general para todos los trabajadores, el artículo 34.9 ET. De esta forma, existe un deber empresarial de “reflejar fielmente el tiempo que la persona trabajadora que realiza el trabajo a distancia dedica a la actividad laboral, sin perjuicio de la flexibilidad horaria”. El régimen del teletrabajo no exime a la empresa de esta obligación, puesto que “el registro diario de jornada ni obsta su operatividad ni constituye impedimento alguno a su continuidad o ampliación, considerándose un elemento que garantiza la acomodación a las necesidades empresariales y a los intereses de conciliación de los trabajadores, familiares o de otro tipo” (Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, p. 2). A efectos de ser precisos, la operatividad del sistema de registro horario no solo permitirá comprobar y controlar el ejercicio de la prestación de servicios, sino también aquellas conductas del trabajador (prolongación de jornada, disponibilidad constante, etc.) que pueden vulnerar la normativa de prevención de riesgos laborales, a cuyo respecto el empresario se inviste como máximo garante.

Admitida la obligación teórica de registrar diariamente la jornada realizada por el teletrabajador, la problemática surge en relación con su aplicación y eficacia práctica, respecto a la cual la LTD permanece en silencio. En atención a la naturaleza del teletrabajo, parece oportuno que dicho registro se efectúe por medio de sistemas telemáticos o similares – se habla de plantillas de fichaje, registro mediante tarjeta personal, sistemas de usuario y contraseña, monitorización de los equipos de trabajo, control de datos biométricos, entre otros-. Sin embargo, no todos los posibles métodos presentan la misma fiabilidad, dado que alguno de ellos puede ser manipulado por el propio trabajador o, incluso, por el empresario, tanto durante la ejecución de la jornada (trabajando sin registro) como con posterioridad, mediante la modificación de los datos introducidos en días anteriores. En este sentido, mientras que la monitorización del equipo de trabajo – un ordenador, en la mayoría de los casos- podría ofrecer una inscripción de horas verosímil y ajustada a la realidad, el fichaje a través de una hoja de Excel resulta

dudoso, dada la posibilidad constante, que ofrece el programa, de corregir las informaciones introducidas. Por tanto, la elección del sistema de registro no resulta baladí, por cuanto la eficacia de este derecho-obligación dependerá de la fiabilidad y neutralidad del mismo. Así las cosas, se llama a la negociación colectiva para que, en la medida de lo posible, acuerde un sistema de registro lo más fiable posible, pero que, en todo caso, sea acorde al respeto del derecho a la intimidad y privacidad del teletrabajador.

Por último, el artículo 18 LTD reconoce, expresamente, que “las personas que trabajan a distancia, particularmente en teletrabajo, tienen derecho a la desconexión digital”. Si bien dicho derecho es reconocido, con carácter general, en el artículo 88 LOPDGDD, lo cierto es que la LTD viene a concretar su significado en el particular supuesto del teletrabajo, por cuanto, a estos efectos, la situación del teletrabajador es de mayor vulnerabilidad. Uno de los aspectos a destacar de este reconocimiento específico es que, frente a la formulación genérica sin precisión ni delimitaciones de la LOPDGDD, el artículo 18 LTD declara que el “deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los períodos de descanso”. De este modo, la nueva regulación del trabajo a distancia no configura este derecho como una facultad pasiva del trabajador -como ocurría en la LOPDGDD-, sino que, de manera más acertada, lo conforma como un deber empresarial, por lo que la gestión de esta garantía recae en la parte más fuerte del contrato. En otras palabras, el establecimiento expreso de este deber convierte, *ex lege*, al empresario en garante del derecho a la desconexión digital. Y ello supone, en definitiva, un perfeccionamiento en la ordenación de este derecho, por cuanto ya “no es solo que el trabajador no tenga obligación alguna de leer o recibir siquiera esos mensajes; es que será el empresario el que, para el cumplimiento de su deuda, deba abstenerse de cualquier actuación (...) que pudiera perturbar el descanso o el tiempo de no trabajo del empleado” (Rodríguez-Piñeiro Royo y Calvo Gallego, 2020, p. 1466).

3.4 Derecho a la prevención de riesgos laborales

Una de las cuestiones de mayor relieve de la LTD es la introducción, aún de manera limitada, de la regulación del derecho a la salud y seguridad del trabajador a distancia. En efecto, frente al simple reconocimiento efectuado por el antiguo artículo 13.4 ET, la nueva regulación otorga a esta materia un determinado contenido. A decir verdad, ambas normas, la vigente y la derogada, vienen a reproducir lo dispuesto por el AMET y el Convenio 177 de la OIT, sobre el trabajo a domicilio; si bien en esta ocasión el legislador sí se ocupó de establecer determinadas adaptaciones de la regulación general de salud laboral, a los efectos de acomodarla a las características propias de

esta modalidad de prestación de servicios. Sólo de esta forma, se logrará garantizar a quien teletrabaja el mismo nivel de protección que el que tendría si realizase su trabajo de manera presencial.

El artículo 15 LTD establece, literalmente, que “las personas que trabajan a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales” (en lo siguiente, LPRL). Ciertamente, dicho precepto no es sino una copia de lo dispuesto por el anterior artículo 13.4 ET, a través del cual se formulaba una remisión general y sin ningún tipo de matización a la normativa general de prevención de riesgos laborales. En consecuencia, esta disposición, por sí sola, carece de valor, por cuanto la necesidad de pronunciamiento en esta materia no se relaciona con el reconocimiento del derecho, sino con la conveniencia de adaptar su formulación a las particularidades de este régimen. De esta forma, la verdadera importancia normativa la adquiere el artículo 16 LTD, dado que será este el que establezca las oportunas matizaciones en cuanto a la aplicación del deber general de prevención.

El primer apartado del artículo 16 LTD comienza afirmando la necesidad de que tanto la evaluación de riesgos como la planificación preventiva atiendan a “los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, poniendo especial atención a los factores psicosociales, ergonómicos, organizativos y de accesibilidad del entorno laboral efectivo. En particular, deberá tenerse en cuenta la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de descansos y desconexiones”. En verdad, como ya se expuso en los apartados anteriores, el teletrabajo supone la ruptura de los estándares clásicos en los que se asienta el Derecho del Trabajo, conformándose como una modalidad organizativa que afecta a todos los aspectos de la relación laboral y, con ello, a la política de prevención de riesgos laborales. Así las cosas, la previsión del artículo 16 parece oportuna, por cuanto, por primera vez, se introduce la obligación específica de evaluar factores de riesgos propios de esta modalidad, que podrían pasar inadvertidos para los sistemas tradicionales de prevención.

Paralelamente a lo anteriormente indicado, y quizá en aras a alcanzar un equilibrio entre el derecho a la intimidad y el deber de seguridad del empresario, el artículo 16 LTD establece una serie de normas en cuanto a la evaluación del lugar de trabajo. Así, dispone que dicha evaluación únicamente podrá alcanzar la “zona habilitada para la prestación de servicios”, requiriéndose, de ser necesaria la visita física de un experto, de la emisión de un informe escrito que justifique dicho extremo y, en todo caso, tratándose del domicilio del trabajador, de su consentimiento. En verdad, a través de este precepto lo que se fomenta es la autoevaluación por parte del teletrabajador, al establecer en su inciso final que “de no concederse dicho permiso, el desarrollo de la

actividad preventiva por parte de la empresa podrá efectuarse en base a la determinación de los riesgos que se derive de la información recabada de la persona trabajadora según las instrucciones del servicio de prevención”.

De acuerdo con lo indicado, en el modelo español se prioriza la autoevaluación de riesgos por el propio trabajador frente a aquella que pudiera realizarse por personas expertas con competencias en materia preventiva. Una línea legislativa en la que, como se observa se prioriza el derecho a la intimidad frente el derecho a la salud, por cuanto si bien la valoración que realiza el trabajador, muchas veces sin competencias para ello, pudiera proteger su privacidad, lo cierto es que este no es un método idóneo para garantizar su integridad física y moral. De hecho, un informe elaborado por el sindicato Unión General de Trabajadores (UGT), que participó en la adopción del acuerdo previo en el que se base la actual LTD, ratifica la inconveniencia de esta opción. Según el citado Informe, la autocomprobación por la persona trabajadora no es una forma de “evaluación eficaz de los riesgos”, adecuada a los mandatos de la LPRL y demás normativa de desarrollo. De esta forma, este sindicato concluye que la preferencia del RDL y de la LTD por la autoevaluación “plantea problemas de seguridad jurídica en torno a cuestiones de importancia como la responsabilidad empresarial derivada de una inadecuada actuación preventiva fundada en la autoevaluación de la persona trabajadora” (Servicio de Estudios de la Confederación UGT, 2020, p. 30).

Una cuestión de la que parece olvidarse la LTD es de establecer las exigencias formales y de contenido que debe respetar la negativa del trabajador a la inspección del lugar de trabajo por un experto. En efecto, se desconoce si es preciso que dicha denegación se recoja por escrito o basta una mera declaración oral, y si tiene que basarse en una causa justificativa o es suficiente su simple manifestación en contrario. De nuevo, será la doctrina y la jurisprudencia y, en su caso, la propia negociación colectiva, las que establezcan estos extremos que, en cierta medida, son de relevancia. A estos efectos, y ante el vacío normativo existente, en el supuesto de denegarse la petición de entrada al domicilio del trabajador, la respuesta negativa debería formalizarse por escrito y motivarse. Ciertamente, las causas justificativas para la denegación de entrada en la mayoría de los casos han de estar relacionadas con el debido respeto a la vida privada y familiar del trabajador, sobre todo en aquellos casos en los que en el domicilio habitan otros familiares y no se ha previsto una separación física del lugar de trabajo de otras zonas de uso compartido (Mella Méndez, 2021).

De manera paralela a lo anteriormente indicado, debe advertirse que la imprecisión de los términos utilizados por la LTD vuelve a conducir a una nueva situación de incertidumbre. Así, si bien el artículo 16 LTD dispone que la evaluación de riesgos debe quedar limitada a la “zona habilitada”, lo cierto es que no establece ninguna preci-

sión terminológica respecto a este concepto. Se desconoce si este término debe ser entendido en sentido amplio o delimitado. Lo que es lo mismo, si este debe englobar exclusivamente la estancia donde se trabaja o, también, espacios de uso compartido, es decir, zonas que se pueden utilizar tanto durante la jornada como fuera de la misma (baño, cocina o salón). A estos efectos, se coincide con quien sostiene que “la opción por un enfoque estricto o amplio depende si queremos primar la seguridad o la privacidad del trabajador” (Mella Méndez, 2021, p. 193).

4. Conclusión valorativa: una oportunidad perdida

Es innegable el avance que supuso la promulgación del RDL, por cuanto, colmó la laguna legal existente en esta materia, ofreciendo una configuración completa del régimen del trabajo a distancia y, más particularmente, del teletrabajo. Sin embargo, una primera aproximación a aquel texto legal provocó entre doctrina un sentimiento encontrado, por cuanto el déficit de precisión técnica de los términos utilizados, las omisiones legislativas en las que incurría y la constante remisión a la negociación colectiva reducían, drásticamente, su eficacia práctica. En este contexto, se tenía la esperanza de que la nueva ley, que ratificara aquel régimen transitorio, diera solución a algunos de sus puntos críticos, que ya fueron puestos de manifiesto por los mejores autores. Sin embargo, lo cierto es que la recentísima LTD vino a reproducir literalmente los términos utilizados por el RDL, y con ello a perpetua las mismas imprecisiones y exclusiones (que anteriormente se expusieron). De esta forma, el legislador español desaprovechó, nuevamente, una gran oportunidad para conformar un estatuto jurídico del trabajador a distancia íntegro y perfecto, que no necesitase de ninguna normativa complementaria y que se acomodara a algunas de las consideraciones hechas por la doctrina española.

En verdad, a los efectos de ser precisos, la LTD introduce varias matizaciones en comparación con la regulación contenida en el antiguo RDL. La primera de ellas se contiene en el artículo 4.3 LTD que, en referencia al principio de igualdad, establece la necesidad de evitar cualquier tipo de discriminación, centrándose no sólo en aquella por razón de sexo (como ocurría en la anterior redacción) sino también a causa de la edad, antigüedad, grupo profesional o discapacidad. Partiendo de dicho precepto, llama la atención el especial tratamiento que la nueva LTD otorga a las personas discapacitadas, respecto a las cuales el RDL se mantenía en silencio. A mayor profundidad, el artículo 22 LTD, relativo al derecho a la dotación de medios, establece, de manera novedosa, que “en el caso de personas con discapacidad, la empresa asegurará que esos medios, equipos y herramientas, incluidos los digitales, sean universalmente accesibles para evitar cualquier exclusión por esta causa”. De esta forma, se deduce

el firme propósito del legislador español de proteger especialmente a este colectivo, dada su mayor vulnerabilidad. De manera paralela, otra corrección introducida por la LTD se contiene en su Disposición Final primera, a través de la cual se incrementan las cuantías de las sanciones impuestas en caso de vulneración de la obligación de formalizar el acuerdo de trabajo a distancia.

Fuera de lo anteriormente expresado, al reproducir exactamente la LTD los términos utilizados por el RDL, se van a perpetuar las críticas que la doctrina ha mantenido en consideración de este último y que ahora se dirigirán contra la nueva ley. Así las cosas, resulta obligado manifestar que parte del contenido de la LTD, sobre todo aquel que se refiere a la ordenación de los derechos del teletrabajador, no es sino una reproducción de las normas generales contenidas en el ET, aun con ciertas matizaciones. Esto puede predicarse, por ejemplo, del derecho a la formación o a la carrera profesional (artículo 9 y 10 LTD), del derecho al registro horario (artículo 14 LTD), de los derechos colectivos del trabajador (artículo 19 LTD) y de las facultades de organización, dirección y control empresarial (artículos 20 a 22 LTD). Y, con alguna concreción más detallada, lo mismo puede decirse de los derechos digitales (artículo 17 LTD) y del derecho a la desconexión digital (artículo 18 LTD), ya previstos en la LOPDGDD.

A juicio de quien suscribe, una de las innovaciones más llamativas de la LTD y, anteriormente, del RDL, aparte de la reglamentación de los derechos económicos del teletrabajador (artículos 11 y 12 LTD), es la ordenación de un sistema preventivo adaptado a las particularidades de esta modalidad de trabajo (artículo 15 y 16 LTD). Sin embargo, pese a la novedad que pudiera parecer a primera vista, lo cierto es que la regulación del derecho a la salud laboral no es perfecta. En palabras de la mejor doctrina, existen muchos puntos importantes que no hallan respuesta en la misma, lo que puede generar conflictos futuros (Mella Méndez, 2021, p. 199). En efecto, y a parte de las imprecisiones terminológicas apuntadas en el apartado anterior, llama la atención la ausencia de referencias a: la debida colaboración del trabajador en la evaluación de riesgos y planificación preventiva, a la necesaria formación del teletrabajador en esta materia -sobre todo en supuestos de autoevaluación- o a la calificación jurídica del accidente que se puede producir en el domicilio del trabajador (entre otras cuestiones). A decir verdad, la remisión genérica del artículo 15 LTD a la LPRL, evidencia que en el fondo la nueva normativa de teletrabajo se orienta hacia el mismo modelo de protección del trabajador presencial, sin advertir la necesidad de articular un sistema preventivo independiente y diferente que, si bien debe fundamentarse en los mismos principios, sin embargo, se oriente esencialmente por las características y condiciones específicas del teletrabajo.

Por todo ello, se coincide con quien afirma que la LTD carece de un verdadero potencial innovador (Goerlich Peset, 2021), por cuanto las novedades que aporta son

bastante menos de las que el legislador se atribuye (Thibault Aranda, 2020) y deja la puerta abierta a problemas que nunca llegaron a resolverse. Ciertamente, una parte importante de su articulado ha de ser completada por los dispuesto a la negociación colectiva. A este respecto, debe advertirse que, si bien una parte de las remisiones son a los simples efectos de concretar su aplicación al caso concreto, otras veces la autonomía colectiva jugará un papel importante. En definitiva, el RDL se presenta como una norma “más simbólica que real” (García González, 2020, p. 2), que mucho se exhibe, pero poco aporta. De esta forma, lo que parecía ser el primer paso hacia el nuevo Derecho del Trabajo del siglo XXI, se ha convertido en una experiencia legislativa poco fructífera.

5. Referencias bibliográficas

Casas Baamonde M. E. (2020). El derecho del trabajo, la digitalización del trabajo y el trabajo a distancia. *Derecho de las relaciones laborales*, (núm. 11), pp. 1413-1435.

De las Heras García A. (2020). Análisis de la nueva regulación del trabajo a distancia. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, (núm. 452), pp. 171-193.

Fernández Collados M. B. (2021). El teletrabajo en España, antes, durante y después del confinamiento domiciliario, *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, vol. 9 (núm. 1), pp. 377-409.

Fernández Orrico F. J. (2021). Trabajo a distancia: cuestiones pendientes y propuestas de mejora (RD-Ley 28/2020, de 22 de septiembre). *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, (núm. 58), pp. 218-261.

García González G. (2020) La nueva regulación del trabajo a distancia y del teletrabajo: entre lo simbólico y lo impreciso. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, (núm. 72), pp. 1-25 (versión La ley digital).

Goerlich Peset J. M. (2021). La regulación del trabajo a distancia. Una reflexión general. En Rodríguez-Piñeiro Royo M. y Todolí Signes A. (Dir.), *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, (pp. 29-53). Navarra, España, Aranzadi.

Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. (2021). *Dossier de indicadores de teletrabajo y trabajo en movilidad en España y la UE*. Recuperado de https://www.ontsi.red.es/sites/ontsi/files/2021-06/dossier_ontsi_teletrabajo_junio2021.pdf

Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. (2019). *Guía sobre el registro de jornada*, 2019. Recuperado de <https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/GuiaRegistroJornada.pdf>

Mella Méndez L. (2016). Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, (núm. 16), pp. 1-24 (versión La ley digital).

Mella Méndez L. (2021). Valoración crítica del RD-ley 28/2020, en especial sobre la protección de la salud en el trabajo a distancia. En Rodríguez-Piñeiro Royo M. y Todolí Signes D. (Dir.), *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, (pp. 173-201). Navarra, España: Aranzadi

Mercader Uguina J. R. (2001). Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías ¿hacia una empresa panóptica? *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, (núm. 1), pp. 1-18.

Poquet Catalá R. (2020). *El teletrabajo: análisis del nuevo marco jurídico*. Navarra, España: Aranzadi

Rodríguez-Piñeiro Royo M. y Calvo Gallego F. J. (2020), Los derechos digitales de los trabajadores a distancia. *Derecho de las relaciones laborales*, (núm. 11), pp. 1448-1472.

Servicio de estudios de la Confederación UGT. (2020). *La nueva regulación del teletrabajo: el Real Decreto Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. Entorno, exposición y análisis*. Recuperado de https://ugtficabcn.cat/calaix/documentacio/teletreball/La_nueva_regulacion_del_teletrabajo.pdf

Thibault Aranda J. (2020). Toda crisis trae una oportunidad: el trabajo a distancia. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales* (núm. 12), pp. 1-22 (versión La ley digital).

Todolí Signes A. (2020). La regulación del trabajo a distancia. *Derecho de las relaciones laborales*, (núm. 11), pp. 1493-1503.

Todolí Signes A. (2021). Derecho a la intimidad y a la desconexión digital en el teletrabajo. En Rodríguez-Piñeiro Royo M. Y Todolí Signes A. (Dir.), *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, (pp. 229-245). Navarra, España: Aranzadi.

EL DERECHO DEL TRABAJO DE LA EMERGENCIA COVID-19 DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO¹

Fernando Fita Ortega²

RESUMEN: La Covid-19 ha intensificado las desigualdades preexistentes en el ámbito de las relaciones laborales: trabajadores manuales frente a trabajadores intelectuales, funcionarios públicos frente a trabajadores del sector privado, trabajo regular frente al trabajo no declarado. Entre todas estas desigualdades destaca una transversal a todas ellas. Me refiero a la desigualdad por razón de género, que se ha visto enormemente acrecentada con ocasión de la pandemia, poniendo en peligro los lentos avances que se habían venido obteniendo en el camino de la igualdad. El impacto de género que ha tenido la pandemia puede apreciarse desde una triple vertiente (sanitaria, económica y productiva) sin que las decisiones y normativa de la emergencia adoptada por esta crisis haya tomado en consideración el factor de género, por lo que será necesario recuperar el camino perdido y seguir avanzando en la consecución de esa igualdad. En este texto, se analiza el impacto de la crisis en el mercado de trabajo y la respuesta del legislador español en el ámbito de las relaciones laborales, todo ello desde una perspectiva de género.

PALABRAS CLAVE: Covid-19. Derecho laboral de la emergencia. Perspectiva de género. Igualdad.

RESUMO: a COVID-19 intensificou as desigualdades peexistentes no âmbito das relações de trabalho: trabalhadores manuais comparados aos intelectuais; os funcionários públicos comparados aos trabalhadores do setor privado; trabalho formal frente ao informal. Entre todas as desigualdades destaca-se uma transversal, qual seja, a desigualdade por razão de gênero, que foi intensificada por ocasião da pandemia, colocando em risco os avanços que se havia

¹ Trabajo realizado en el marco del I+D de Generación del Conocimiento sobre Violencia, Trabajo y Género (VITRAGE), Ref. PGC2018-094912-B-I00, del Programa Estatal de Generación de Conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico del sistema de I+D+i del Ministerio de Ciencia, Innovación e Universidades.

² Profesor T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat de València. Avda. de los Naranjos s/n, Valencia (46022), (España). E-mail: fernando.fita@uv.es

alcançado na luta pela igualdade. O impacto do gênero na pandemia pode ser considerado em três dimensões: sanitária, econômica e produtiva quando as decisões e normas de emergência adotadas não consideraram o fator gênero, de modo que será necessário recuperar o caminho perdido para que se possa seguir avançando para alcançar a igualdade. Neste texto se analisa o impacto das crises de mercado de trabalho e a resposta do legislador espanhol no âmbito das relações trabalhistas, tudo sob a perspectiva de gênero.

ÍNDICE: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA PANDEMIA DE LA COVID-19 TIENE GÉNERO. 2.1. Vertiente sanitaria. 2.2. Vertiente económica. 2.3. Vertiente productiva. 3. LA NORMATIVA LABORAL DE LA EMERGENCIA DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO. 3.1. La tardía -o nula- respuesta a las necesidades económicas de las personas en sectores de actividad feminizados. 3.2. Las lagunas en la protección social dispensada a sectores feminizados. 4. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES: LA POSTPANDEMIA DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO.

INDEX: 1. INTRODUCTION. 2. THE COVID-19 PANDEMIC HAS GENDER. 2.1. Health aspect. 2.2. Economic aspect. 2.3. Productive aspect. 3. THE LABOR REGULATIONS OF THE EMERGENCY FROM A GENDER PERSPECTIVE. 3.1. The late - or no - response to the economic needs of people in feminized sectors of activity. 3.2. Gaps in social protection provided to feminized sectors. 4. SOME FINAL CONSIDERATIONS: THE POST-PANDEMIC FROM A GENDER PERSPECTIVE.

1.- INTRODUCCIÓN.

La situación de la mujer en el mercado de trabajo se caracteriza por una discriminación estructural que afecta a diversos aspectos y que van desde la entrada al trabajo, pasando por la promoción profesional y las condiciones laborales, como la retribución, hasta la extinción del contrato. La razón de esa discriminación por razón de género trae su causa última en las tareas de cuidado -no solamente derivadas de la maternidad- de las que tradicionalmente se han encargado las mujeres. En efecto, no existiendo, por lo menos en el caso español, una mayor onerosidad para el empresario derivado de la maternidad de la mujer³, las reticencias a contratar mujeres con expec-

³ La normativa española exonera del pago de las cuotas empresariales a la Seguridad Social tanto respecto de la trabajadora que suspenda su contrato por maternidad, riesgo durante el embarazo o lactancia, así como la del trabajador interino contratado para sustituirla, siempre que éste se celebre con personas desempleadas (respectivamente, Ley 12/2001, de 9 de julio y Real Decreto Ley 11/1998, de 4 septiembre)

tativas más o menos próximas de experimentar la maternidad se deben a la pérdida de la flexibilidad empresarial para gestionar la mano de obra.

Son las mujeres las que, mayoritariamente, solicitan las reducciones de jornada y excedencias por cuidados de hijos o parientes; son ellas las que, casi con toda seguridad, en caso de enfermedad o accidente de los hijos en horario escolar solicitarán ausentarse del trabajo para ir a recogerlos al colegio; también son ellas las que mayoritariamente optarán a reducir su jornada para conciliar vida laboral y familiar con objeto de atender las necesidades de cuidados de familiares. En este sentido, una normativa dirigida a favorecer la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en las tareas de cuidados puede coadyuvar a modificar la situación de desigualdad en la que viven las mujeres.

Algunos avances en esa dirección, tanto normativos⁴ como en la práctica⁵, se han venido consiguiendo en los últimos años, pero la situación generada con la pandemia de la Covid-19 ha puesto en peligro el terreno ganado, agravando las desigualdades previamente existentes entre hombres y mujeres⁶.

2.- LA PANDEMIA DE LA COVID-19 TIENE GÉNERO.

Las mujeres se han visto afectadas en mayor proporción que los varones por la pandemia de la Covid-19, y así ha ocurrido en una triple vertiente: sanitaria (2.1), económica (2.2) y productiva (2.3).

2.1. Sanitaria.

Para apreciar la mayor repercusión de la pandemia entre las mujeres desde un punto de vista sanitario basta pensar en las actividades declaradas esenciales en

⁴ Así, por ejemplo, en el caso español, con el Real Decreto-ley 6/2019, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (desarrollado por el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, o, en el ámbito de la Unión Europea, con la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores.

⁵ Así, por lo que se refiere a la brecha salarial, se refleja en las estadísticas de Eurostat y en las Instituto Nacional de Estadística de España, que en los datos para 2018 indica que mientras que el salario medio anual de las mujeres se incrementó un 2,0% (alcanzando los 21.011,89€) respecto a 2017, el de los hombres fue un 1,3% mayor que en el año anterior (llegando a 26.738,19€), pese a lo cual el indicador "Brecha salarial entre mujeres y hombres", que utiliza la ganancia ordinaria por hora trabajada como base de la comparación, presentó una diferencia de salarios por sexo del 11,3%, (porcentaje inferior al 15,3% existente en 2010). Sin embargo, por lo que se refiere a brecha de género en el empleo, los datos estadísticos no presentan esta evolución favorable, como posteriormente se analiza.

⁶ En este sentido se manifiesta el documento de la OIT *Pandemia de COVID-19 en el mundo del trabajo*. Observatorio de la OIT: La COVID-19 y el mundo del trabajo. 5ª edición. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_749470.pdf (acceso el 16 febrero 2021)

el art. 10 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de alarma. Tales actividades fueron: los establecimientos comerciales minoristas de alimentación, bebidas, productos y bienes de primera necesidad, establecimientos farmacéuticos, sanitarios, centros o clínicas veterinarias, ópticas y productos ortopédicos, productos higiénicos, peluquerías (si bien, tras numerosas protestas, solamente si se prestase a domicilio⁷), prensa y papelería, combustible para la automoción, estancos, equipos tecnológicos y de telecomunicaciones, alimentos para animales de compañía, comercio por internet, telefónico o correspondencia, tintorerías y lavandería. Actividades claramente feminizadas prácticamente en su totalidad.

Según la Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia 2008⁸, el 73,8% de la población española que presta cuidados informales son mujeres, porcentaje que alcanza el 96,5% en el caso de los cuidados formales. Esta misma realidad se aprecia, respecto de las actividades de cuidados de salud y sociales, en los datos ofrecidos por el *working paper* 2019.11 del European Trade Union Institute (ETUI), en el que se indica que el 91,6% de personas dedicadas a la prestación de servicios de enfermería son mujeres y el 81,4% de quienes prestan servicios de cuidado a mayores⁹. Por otra parte, la Encuesta de Población Activa, elaborada por el Instituto Nacional de Estadística de España, indica que en 2018 eran 255,400 varones quienes prestaban servicios de salud y cuidados de personas, cifra que se elevaba a 1.201.200 en el caso de las mujeres; 239.800 los varones que ocupaban, en esa fecha, empleos de oficina que atienden al público, alcanzando la cifra de 666.200 en el caso de las mujeres. Por lo que se refiere a la distribución por sexo en las cadenas de grandes supermercados, los porcentajes oscilan entre el 82% de mujeres en el caso de Alimercia al 58% en el caso de Supercor, (78% Sabeco; 75% Cabrabo; 73% Consum; 71% Lidl, Mercadona y Carrefour; 69%; Dia; 68%; Alcampo; 66% y 60% Hipercor)¹⁰.

Pues bien, todas estas actividades, declaradas esenciales, tuvieron que mantenerse incluso en la época más dura de las limitaciones a la movilidad, cuando el confinamiento total fue decretado en España desde el 29 de marzo al 9 de abril, con el Real Decreto-ley 10/2020, lo cual supuso, en primer lugar, que quienes prestaron

⁷ Así quedó tras la modificación del Real Decreto 463/2020 por el posterior Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo.

⁸ Disponible en: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176782&-menu=resultados&secc=1254736194716&idp=1254735573175#!tabs-1254736194716 (acceso 16 febrero 2021)

⁹ Torsten Müller, ETUI Working Paper 2019.11 *She works hard for the money: tackling low pay in sectors dominated by women – evidence from health and social care*, p. 14.

¹⁰ <https://es.statista.com/estadisticas/540629/empleados-en-los-grandes-supermercados-espanoles-cuota-por-genero/> (acceso 16 febrero 2021)

servicios en estos sectores no pudieron autoconfinarse para prevenir el contagio y, en segundo, que al tratarse de actividades que requerían un contacto directo con otras personas, se expusieron más todavía al riesgo de contagio. Como consecuencia de ello muchas mujeres sufrieron acoso en sus domicilios por parte de los vecinos quienes, ante el temor de ser contagiados, “invitaron”, poco amablemente, a estas personas a que cambiaran de lugar de residencia, siendo ésta una lamentable constante alrededor del mundo¹¹.

Por otra parte, se ha llegado a denunciar que los equipos de protección individual, de extrema importancia para el personal que se ha encontrado en primera línea durante la pandemia, están diseñados bajo patrones masculinos, que suelen ser los adoptados como referencia para el género humano, por lo que no protegen a todos los trabajadores por igual¹².

2.2. Económica.

Desde un punto de vista económico, también las mujeres han sufrido un mayor impacto como consecuencia de la pandemia. Así lo evidencian, por lo que se refiere a la situación de la mujer en el mercado de trabajo, los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE) español. Según este organismo, en el tercer trimestre de 2020 el empleo aumentó en 320.800 hombres y en 248.900 mujeres, incrementando el número de hombres en paro en 90.300 este trimestre (alcanzando la cifra de 1.757.400), y el desempleo de las mujeres aumentó en 264.700, hasta registrar la cifra de 1.965.500.

Podría objetarse que los datos estadísticos referidos al segundo trimestre de 2020 evidenciaban una situación distinta, pues las cifras correspondientes a este

¹¹ Con relación al personal sanitario, así lo denuncia el *Conseil International des Infermières*, <https://www.icn.ch/fr/actualites/le-cii-appelle-une-action-des-gouvernements-pour-que-cessent-les-attaques-contre-les> (acceso 16 febrero 2021) ante la realidad que se ha venido denunciando en los medios de comunicación (Entre otros muchos ejemplos: España: <https://es.euronews.com/2020/04/20/el-acoso-al-personal-sanitario-por-vecinos-que-temen-contagiarse>, Méjico: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-52319044> -acceso 16 febrero 2021)

Con relación al personal de alimentación, algunos ejemplos se pueden encontrar en el documento de la OIT, *Frente a la pandemia: Garantizar la Seguridad y Salud en el Trabajo* (p. 21). Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_742732.pdf (acceso 16 febrero 2021). En España: <https://www.elcorreo.com/sociedad/salud/aplause-ocho-insulto-nueve-coronavirus-20200416231323-ntrc.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F> (acceso 16 febrero 2021)

¹² Algayerova, O., y El-Yassir, A. *Personal Protective Equipment standards must respond to women's needs to ensure the safety of all frontline workers during the COVID-19 pandemic*. UN-Women. Disponible en: <https://www.unwomen.org/en/news/stories/2020/6/op-ed-eca-alia-el-yassir-ppe-standards-must-respond-to-womens-needs> (acceso el 16 febrero 2021)

período indicaban que el desempleo masculino aumentó en 102.900, mientras que el femenino se redujo en 47.900. Sin embargo, no es una mejor situación de la mujer en este período lo que justifica tales cifras, si no el hecho de que muchas de las mujeres pasaron a engrosar el colectivo de los inactivos, pues dejaron de buscar empleo, con lo cual dejaron de tener la consideración de desempleadas. En efecto, según se indica en las estadísticas del INE para el segundo semestre, el número de mujeres activas bajó en 594.100, mientras que el de hombres lo hizo en 424.900. De hecho, en el acumulado desde el 12 de marzo, cuando se declaró el estado de alarma, hasta el 31 de agosto, la Seguridad Social perdió un total de 474.614 cotizantes femeninas, por 278.338 masculinos. Casi el doble.

Dos factores pueden explicar este mayor impacto de la pandemia en el empleo de las mujeres trabajadoras. De una parte, el hecho de que los sectores más afectados (hostelería, educación y servicios domésticos) sean sectores feminizados explicaría el mayor volumen de desempleo; de otra, por cuanto han sido las mujeres las que han asumido mayoritariamente el incremento de las labores domésticas y de cuidado derivado de la pandemia, abandonando -por lo menos temporalmente- el mercado de trabajo. En efecto, las primeras encuestas efectuadas indican que los hombres aumentaron su participación en todas las tareas domésticas, desde la limpieza hasta la educación de los hijos, la comida o la limpieza de ropa, pero que ese aumento, sin embargo, no compensó el crecimiento del trabajo no remunerado que ha recaído en los hogares por la pandemia. E igual sucede con las tareas de cuidados, respecto de las que el documento *Pandemia de COVID-19 en el mundo del trabajo*¹³ destaca que el cierre de centros educativos para la primera infancia y de escuelas, así como la interrupción de la prestación de servicios de atención social y la falta de disponibilidad de familiares de mayor edad para prestar ayuda, ha aumentado la demanda de servicios de atención social durante la crisis, situación que se agrava en el caso de los progenitores solteros, de los que el 78,4 por ciento son mujeres en todo el mundo. De este modo, las mujeres, quienes ya venían asumiendo en mayor porcentaje las labores domésticas y de cuidado¹⁴, han visto incrementada su participación en las mismas en mayor medida que los varones¹⁵.

Pero junto a los malos datos para la ocupación de las mujeres como consecuencia de la pandemia, también cabe hacer referencia a otros aspectos con una

¹³ Observatorio de la OIT: La COVID-19 y el mundo del trabajo, 5ª edición.

¹⁴ Así se desprende, entre otros estudios, del *Gender Equality Index, 2019. Work-life balance*; JRC, 2020, elaborado por el European Institute of Gender Equality (pp. 47-50)

¹⁵ <https://nadaesgratis.es/admin/quien-se-encarga-de-las-tareas-domesticas> (acceso el 16 febrero 2021)
<https://www.uoc.edu/portal/es/news/actualitat/2020/232-teletrabajo-confinamiento-jornada-laboral.html> (acceso el 16 febrero 2021)

repercusión económica especialmente negativa para las mujeres, como es el caso de la caída de su nivel salarial. El *Informe Mundial sobre Salarios 2020-2021: Los salarios y el salario mínimo en tiempos de la COVID-19*, de la OIT¹⁶, recoge algunas evidencias relativas a la mayor caída salarial experimentada por las mujeres en esta época de la pandemia. En él se indica que la masa salarial perdida a consecuencia de la caída de las horas de trabajo fue del 6,9 por ciento en el caso de las mujeres, frente al 4,7 por ciento en el de los hombres, poniendo de relieve que tal disminución es consecuencia más de la disminución de las horas de trabajo de las mujeres, que de una eventual diferencia en el número de despidos entre hombres y mujeres.

Si nos preguntamos acerca del motivo por el cual las mujeres han sufrido una mayor reducción en las horas de trabajo que los hombres, volvemos a tropezarnos con una razón ya expuesta: la asunción por parte de la mujer de las tareas domésticas y de cuidado, que le ha llevado a reducir sus horas de trabajo; a cambiar a trabajos menos exigentes desde un punto de vista temporal y productivo; a suspender su contrato de trabajo mediante permisos y licencias; o a pasar de tiempo completo a tiempo parcial. En definitiva, la mujer, como colectivo, ha buscado reducir su tiempo de trabajo remunerado para atender las labores domésticas y de cuidado, que se han visto incrementadas por el cierre de colegios y centros de atención de dependientes, así como por la reticencia de trabajadores y empleadores a que se continuasen prestando servicios domiciliarios de cuidado de personas mayores por parte de terceros, al tratarse de uno de los colectivos más trágicamente afectados por la pandemia desde un punto de vista de la salud¹⁷.

Junto a ello, este mismo *Informe Mundial sobre Salarios 2020-2021*, destaca que la crisis ha afectado especialmente a los trabajadores con salarios más bajos (ocupaciones de baja calificación –en particular, las que suponen un trabajo básico–) más que a los puestos directivos y profesionales, mejor remunerados y con mayores posibilidades de teletrabajar, incrementando la desigualdad salarial. Pues bien, resulta que, nuevamente, son las mujeres las que se encuentran en los peores niveles retributivos, de modo que, también como consecuencia de esta situación, el impacto de la pandemia ha sido mayor sobre el caso del colectivo de trabajadoras. La peor situación retributiva de las mujeres frente a los varones se refleja en la última Encuesta de Estructura Salarial publicada por el INE, correspondiente al año 2018, donde se señala que el número de mujeres que ganaron menos de 16.000 euros fue mayor que el de

¹⁶ Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_762317.pdf (acceso 16 febrero 2021)

¹⁷ Así lo refleja el informe *Women in the Workplace 2020* elaborado por McKinsey & Company and LeanIn.Org. Disponible en https://wiw-report.s3.amazonaws.com/Women_in_the_Workplace_2020.pdf (acceso el 16 febrero 2021)

hombres, resultando que el 13,1% de los asalariados que percibían una ganancia por debajo de la *low pay rate*¹⁸, siendo mujeres el 62,2% de los mismos.

2.3. Productiva.

Por último, la pandemia también ha tenido un mayor impacto en las mujeres desde una perspectiva productiva, sin que el fomento del teletrabajo que se ha experimentado durante la pandemia haya permitido mantener el nivel de productividad de la mujer. La razón, nuevamente, cabe encontrarla en el hecho de que la mujer ha asumido las labores domésticas y de cuidado en mayor medida que los varones, por lo que su actividad productiva no se ha mantenido, a pesar del trabajo a distancia, en el mismo nivel que el de éstos, lo que en carreras profesionales competitivas las coloca en peor situación. De hecho, en el caso de las mujeres, se corre el riesgo de considerar que el trabajo a distancia supone una mejor manera de favorecer la conciliación entre vida laboral y familiar. Sin duda puede facilitarla, pero a costa del sacrificio personal y profesional de la mujer, por lo que el trabajo a distancia no debe verse como una forma para que la mujer pueda conciliar, debiendo evitarse la perpetuación de roles de género.

Por lo que se refiere a la disminución de la productividad durante la pandemia, puede hacerse referencia, como ejemplo, a la producción de las mujeres en el área de la investigación e innovación. Diversos estudios sugieren que la ya de por sí existente brecha de género en la “productividad científica” se ha visto agudizada durante la crisis provocada por la Covid-19, lo que repercutirá en la progresión de las carreras de las investigadoras en los próximos años, constatando el hecho de que la crisis tampoco es neutra en términos de género por lo que a la productividad se refiere, poniendo de relieve cómo la maternidad y los cuidados asociados suponen uno de los frenos importantes en las carreras de las científicas¹⁹.

¹⁸ El *low pay rate* identifica el porcentaje de trabajadores con ganancia baja, medida como proporción de asalariados cuya ganancia por hora fue inferior a dos tercios de la mediana.

¹⁹ Así se ha puesto de manifiesto en diversos informes. Entre otros, Minello, A., “The pandemic and the female academic”, en *Nature*, abril 2020 (<https://doi.org/10.1038/d41586-020-01135-9>). Unidad de Mujeres y Ciencia (UMYC) Ministerio de Ciencia e Innovación, *Genero y Ciencia frente al coronavirus*. Ministerio de Ciencia y Educación. Junio 2020, pp. 4 y 5. (disponible en: https://www.ciencia.gob.es/stfs/MICINN/Ministerio/FICHEROS/UMyC_GeneroyCienciafrentealCoronavirus.PDF). Una referencia a otros estudios que ponen de manifiesto esta el mayor impacto de la pandemia en la productividad científica de las mujeres puede encontrarse en la publicación de la Universidad de Chile: *Triple jornada laboral: el impacto de la pandemia en la productividad de académicas e investigadoras*, disponible en: <https://www.uchile.cl/noticias/165079/academicas-en-pandemia-y-sus-complicaciones>. En cuanto al menor número de artículos científicos enviados por mujeres a las editoriales: Kitchener, C., *Women academics seem to be submitting fewer papers during coronavirus*, disponible en <https://www.thelily.com/women-academics-seem-to-be-submitting-fewer-papers-during-coronavirus-never-seen-anything-like-it-says-one-editor/> (acceso el 16 febrero 2021)

3. LA NORMATIVA LABORAL DE LA EMERGENCIA DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO.

El impacto de género que tiene la pandemia resulta, por tanto, evidente. La cuestión estriba, entonces, en analizar si la normativa laboral de la emergencia ha adoptado una perspectiva de género adecuada a la realidad a la que ha tenido que enfrentar.

3.1. La tardía -o nula- respuesta a las necesidades económicas de las personas en sectores de actividad feminizados.

La primera consideración que en este sentido se puede realizar consiste en poner de relieve el hecho de que han sido sectores feminizados los que han recibido una tardía respuesta por parte del legislador a la hora de hacer frente a la situación de emergencia. En este sentido, pueden citarse como ejemplo dos segmentos de actividad que presentan, como similares características, el hecho de implicar a un mayor número de mujeres y de trabajadores migrantes. Se trata del empleo doméstico y de la economía sumergida²⁰. Respecto del primero de ellos, el empleo doméstico²¹, no es hasta el Real Decreto-ley 11/2020, de 1 de abril, cuando por vez primera se hace referencia, en la normativa de la emergencia de la pandemia, a las trabajadoras domésticas. En esta normativa se reconoció el derecho a un subsidio extraordinario por falta de actividad las personas que, estando de alta en el Sistema Especial de Empleados del Hogar del Régimen General de la Seguridad Social antes de la declaración del Estado de alarma, hubieran dejado de prestar servicios, total o parcialmente, con carácter temporal, a fin de reducir el riesgo de contagio, por causas ajenas a su voluntad²², en uno o varios domicilios y con motivo de la crisis sanitaria del COVID-19, o hubieran visto extinguido su contrato de trabajo por la despido o por desistimiento del empleador o empleadora.

Por otra parte, la propia norma demoraba la entrada en vigor de la medida, dado que concedía el plazo de un mes al organismo encargado de la tramitación de este subsidio (Servicio Público de Empleo Estatal) para establecer el procedimiento para la tramitación de solicitudes, por el que se determinarían los formularios, sistema de tramitación (presencial o telemático) y los plazos para su presentación. Este mandato se desarrolló por Resolución de 30 de abril de 2020 (publicada en el BOE del 4 de mayo -pasados un

²⁰ UGT Euskadi, *El trabajo invisible: La feminización de la economía sumergida*. <http://ugteuskadi.net/wp-content/uploads/2017/12/ECONOMIA-SUMERGIDA-WEB.pdf> (acceso 16 febrero 2021)

²¹ Sobre las medidas relativas al empleo doméstico en la pandemia, véase García Testal, E., "Trabajo doméstico y COVID-19", en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 12 bis. Mayo 2020, pp. 712-723.

²² Por tanto, la suspensión del contrato por temor de la trabajadora al contagio no quedaría cubierto por la protección, puesto que ésta procede únicamente si fuese el empresario quien optase por esta alternativa. Tampoco una eventual suspensión del contrato por causas económicas del empresario, derivadas de la pandemia, daría derecho al subsidio. En este sentido, BAJO GARCÍA, I. "El sector del servicio doméstico en tiempos de pandemia: la precariedad que no cesa", *Cielo-laboral*, nº 5/2020, p. 2.

mes y tres días desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 11/2020-) del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se daba un plazo de tres meses para contestar a la solicitud de concesión del subsidio. Éste, como es lógico, tardó todavía más en llegar²³.

En peor situación quedó el colectivo de personas trabajadoras en el mercado de trabajo irregular -muchas de ellas empleadas al servicio del hogar familiar, donde las tasas de empleo sumergido son muy elevadas-²⁴. Colectivo que, por definición, se encuentra excluido de las ayudas públicas dirigidas a la paliación del efecto negativo que, para los ingresos de las personas trabajadoras, en régimen de ajenidad o por cuenta propia, ha generado la paralización de la actividad como consecuencia de la pandemia. Para el sector de la economía irregular resultaría aplicable la medida aprobada por el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo (publicada el 1 de junio de 2020 en el Boletín Oficial del Estado), por el que se establece el denominado Ingreso Mínimo Vital. El Ingreso Mínimo Vital es una prestación dirigida a prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas que vivan solas o integradas en una unidad de convivencia, cuando se encuentren en una situación de vulnerabilidad por carecer de recursos económicos suficientes para la cobertura de sus necesidades básicas. En todo caso, el primer requisito que se exige para tener acceso al mismo es el de tener residencia legal y efectiva en España, así como haberla tenido de forma continuada e ininterrumpida durante al menos el año inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud²⁵. De este modo, una parte importante de personas que se quedaron sin acceso a su fuente -irregular- de ingresos durante la pandemia, quedaron igualmente excluidas de estas ayudas aparecidas prácticamente al final de la primera ola de la pandemia.

Algo similar ha sucedido con otro trabajo marginal, claramente feminizado y con gran componente de trabajadoras en situación irregular, como es el trabajo sexual, que ha sufrido el olvido del legislador de esta época de crisis con relación a la atención

²³ <https://www.cuartopoder.es/derechos-sociales/2020/09/18/las-trabajadoras-del-hogar-denuncian-trabaja-y-lentitud-para-cobrar-los-subsidios-especiales-por-el-covid-19/> (acceso el 16 febrero 2021)

²⁴ Según el informe *La presencia de las mujeres en el empleo irregular* (Centro de Estudios Económicos, 2005, p. 54) más del 88% de las personas empleadas en servicio doméstico son mujeres, y, en la esfera privada, más del 60% trabajan de manera irregular, sin seguridad ni protección social y con salarios de rango variable. Disponible en: <https://www.inmujer.gob.es/observatorios/observlguadald/estudiosInformes/docs/004-presencia.pdf> (acceso 16 de febrero 2021)

²⁵ Del requisito, de la residencia legal se excluyeron, en todo caso, algunos colectivos. Así, el de los menores incorporados a la unidad de convivencia por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente; las personas víctimas de trata de seres humanos y de explotación sexual, que acreditarán esta condición a través de un informe emitido por los servicios públicos encargados de la atención integral a estas víctimas o por los servicios sociales, así como por cualquier otro medio de acreditación que se desarrolle reglamentariamente; y, por último, las mujeres víctimas de violencia de género.

de sus necesidades. Resulta paradójico que mientras los propietarios de los hoteles y salas donde se ejerce la prostitución se han podido beneficiar de ayudas estatales por el cierre de sus negocios, las trabajadoras sexuales, compelidas a moverse en la esfera de alegalidad²⁶, sin que se les reconozca su vínculo contractual con el empresario, no han seguido la misma suerte siendo que, en muchos casos, al residir en aquellas instalaciones donde ejercían su actividad, se han visto despojadas de su alojamiento. Téngase en cuenta que para que estas personas puedan acceder al Ingreso Mínimo Vital deben identificarse como víctimas de trata de seres humanos y de explotación sexual, lo que en muchas ocasiones no es el caso.

Se felicitaba el lobby abolicionista, a través de las redes sociales, del efecto “positivo” del coronavirus, al implicar el cierre de clubs y pisos como consecuencia de las reglas del aislamiento social impuesto por motivos sanitarios. Ninguna reflexión acerca de cómo este colectivo, junto con sus familias, puede subsistir sin los ingresos que venía percibiendo. Y esa reflexión -y la consecuente actuación- es necesaria so pena de seguir relegando a las trabajadoras sexuales a la parcela de la marginalidad, sin ofrecerles la posibilidad de escapar de ella.

3.2. Las lagunas en la protección social dispensada a sectores feminizados.

Una de las primeras cuestiones que se suscitaron a raíz de la pandemia fue la de qué tratamiento había de darse a las bajas laborales como consecuencia de la COVID-19. El Real Decreto-ley 6/2020 dispuso, con la finalidad de evitar la propagación de la enfermedad y mantener la protección social de los trabajadores por cuenta propia o ajena, la consideración de los periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras como consecuencia del virus Covid-19 como situación asimilada a accidente de trabajo a efectos de la prestación económica por incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social²⁷. La equiparación a accidente de trabajo de la baja por Covid se fue extendiendo a otros supuestos²⁸, pero las reivindicaciones del sector sani-

²⁶ Es en este punto donde cabe encontrar la principal diferencia con el trabajo doméstico, pues en él existe la posibilidad -aunque no siempre sencilla- de incorporarse al mercado formal de trabajo, lo que no ocurre el caso del trabajo sexual, que se ve irremediamente expulsado del mismo como consecuencia de una legislación hipócrita que mantiene al trabajo sexual en un limbo de alegalidad.

²⁷ A efectos de otras prestaciones, como incapacidad permanente o fallecimiento, no jugaba esa presunción, recayendo sobre el trabajador, o el beneficiario de la prestación por fallecimiento, la compleja prueba de que el Covid-19 se contrajo con causa exclusiva en la realización de su trabajo para que se considerase accidente de trabajo.

²⁸ Es el caso, de los trabajadores que se vieran obligados a desplazarse de localidad para prestar servicios en las actividades no declaradas como esenciales, siempre que por la autoridad competente

tario, parte del cual se ha visto afectado en mayor medida por la pandemia al tener que hacer frente en primera línea a la misma, y en el que, como se ha visto, la presencia de la mujer es preponderante, solamente han sido atendidas recientemente.

De este modo, no fue hasta el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre de 2020, donde se reconoció como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo a las enfermedades padecidas por el personal que presta servicio en centros sanitarios o socio-sanitarios como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV2 durante el estado de alarma. Por otra parte, el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, avanza en la protección de los profesionales sanitarios que contraigan la Covid-19 en el ejercicio de su profesión durante la situación de pandemia, extendiendo los sujetos protegidos al incluir al personal sanitario que presta servicios en la inspección médica de los Servicios Públicos de Salud y del Instituto Nacional de la Seguridad Social y al personal sanitario de Sanidad Marítima que preste servicios en el Instituto Social de la Marina²⁹.

En todo caso, han quedado fuera de esta protección otros colectivos, igualmente feminizados, que prestan sus servicios en centros hospitalarios y sanitarios que pueden presentar un riesgo alto de contagio, como es el personal de limpieza; así como todos aquellos que requieren un contacto estrecho y constante con el público, como puede ser el personal de supermercados. Para ellos, la posibilidad de que considere como accidente de trabajo el contagio por Covid requerirá el despliegue de una práctica probatoria dirigida a acreditar que la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo³⁰.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES: LA POSTPANDEMIA DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO.

Visto el importante impacto de la Covid-19 sobre las trabajadoras, es necesario reflexionar acerca de las barreras que, con ocasión de la misma, se han añadido, o

se hubiese acordado restringir la salida, o la entrada, de personas del municipio donde dichos trabajadores tuviesen su domicilio, o donde la empresa tuviera su centro de trabajo en el caso de que el trabajador tenga su domicilio en otro municipio, y les hubiera sido denegada de forma expresa por la autoridad competente la posibilidad de desplazarse, no pudiendo realizar su trabajo de forma telemática por causas no imputables a la empresa para la que prestan sus servicios, o al propio trabajador, y no tuvieran derecho a percibir ninguna otra prestación pública.

²⁹ Norma con la que se satisfizo las demandas que se habían formulado desde distintas corporaciones y asociaciones de profesionales sanitarios y socio-sanitarios.

³⁰ Sobre la evolución del tratamiento normativo -hasta abril de 2020- de las situaciones de imposibilidad de prestación de la actividad productiva como consecuencia de la Covid-19, véase Fernández Prats, C., "Incapacidad temporal y COVID-19, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 12 Bis/2020, pp. 744-753.

acentuado, para alcanzar al objetivo de la plena igualdad de la mujer en el mercado de trabajo.

Las reflexiones efectuadas en los apartados precedentes ponen de relieve que son las tareas de cuidado las que, junto con las domésticas, lastran la consecución de la plena igualdad de hombres y mujeres en el empleo. Es la asunción de estas responsabilidades las que, como se ha señalado, las llevan a aceptar “voluntariamente” trabajos a tiempo parcial, reducciones de jornada o excedencias, trabajos menos exigentes en cuanto a responsabilidades, o a excluirse del mercado de trabajo³¹, todo lo cual tiene un claro impacto en la brecha salarial por razón de género y en su igual participación en el mercado de trabajo. También puede hallarse en idéntico motivo la razón de la existencia del techo de cristal que limita la carrera profesional de las mujeres. Ante el temor de una carrera intermitente de la mujer motivada por su asunción de las labores de cuidado, los empresarios optarán por promocionar a sus empleados varones a los puestos de mayor responsabilidad.

El incremento del recurso al trabajo a distancia no va a modificar esta situación, sino, si acaso, la agravará al compartir la mujer, en muchas ocasiones, el domicilio con el lugar de trabajo, lo que probablemente someterá a la mujer a situaciones de mayor estrés y, fundamentalmente, tendrá que seguir compaginando trabajo y cuidados, incrementando su jornada efectiva al sumar a la jornada laboral la dedicada a la atención de familiares. Por otra parte, la pandemia ha vuelto a poner de relieve la segregación ocupacional entre hombres y mujeres, y la dificultad de acceso al trabajo a distancia que la misma conlleva para las trabajadoras. Dedicadas de forma mayoritaria a labores que requieren su presencia física (áreas de salud, limpieza de ropa y de instalaciones, atención del pequeño y gran comercio...) las mujeres no han podido hacer uso del trabajo a distancia ni del teletrabajo de la misma manera que los varones. De hecho, esa segregación ocupacional se puede apreciar incluso antes del ingreso al mercado de trabajo, pues mientras que uno de cada cuatro niños se forma para desarrollar una carrera profesional como ingenieros o científicos, solamente sucede lo mismo con una de cada seis mujeres. Por el contrario, mientras que una de cada tres mujeres desea trabajar en el área de la salud, solamente uno de cada ocho varones muestra esa preferencia³².

³¹ Según se desprende el informe *Sustainable development in the European Union 2020 -Monitoring report on progress towards the SDGs in an EU context- 2020 edition*, la inactividad debido a la asunción de tareas de cuidado constituyó la principal razón por la que las mujeres del grupo de edad comprendido entre los 24 y los 64 años formaron parte del grupo de personas inactivas, siendo la razón aducida por un tercio de las mujeres (32,2%). En el caso de los hombres esta razón solamente fue señalada por un 4,5% de los varones inactivos (p. 110).

³² *Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025 COM (2020) 152 final* (p. 11).

Con este estado de las cosas se ponen en peligro los pocos resultados que, en relación con el avance en la igualdad entre géneros, se han venido alcanzando. Así se pone de manifiesto al analizar los avances alcanzados en la consecución de los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030 de Naciones Unidas³³, resultando que el de la igualdad de géneros se encuentra a la cola en los avances de tales objetivos.

Ante esta situación, ¿qué podría hacerse para dar pasos firmes dirigidos a conseguir el objetivo de la igualdad? Las posibles medidas a adoptar, algunas de las cuales ya se han venido implementando en países como España, pasarían por incrementar la accesibilidad a unos servicios formales de cuidado que sean de calidad, lo que lleva, a su vez, a la necesidad de incrementar el valor económico de los trabajos que vienen siendo desempeñados mayoritariamente por las mujeres, como son, entre otros, los de cuidado³⁴. Si necesitamos calidad, esa calidad tendrá que ser reconocida en términos económicos, debiéndose, además, incrementar la formación para desempeñar la actividad³⁵. Además, y con relación a la formación, debe garantizarse que el ejercicio de los derechos de conciliación no perjudiquen la carrera profesional de quienes los ejerzan, reconociéndose el derecho a la formación necesaria mientras duren los períodos de suspensión del contrato -fundamentalmente los de larga duración- con la finalidad de atender a necesidades de cuidado de terceras personas para evitar que quien emplee esta opción quede descolgado de la carrera profesional, lo que resulta especialmente necesario en tiempos de grandes cambios derivados del avance de las tecnologías³⁶.

³³ *Sustainable development in the European Union 2020 -Monitoring report on progress towards the SDGs in an EU context- 2020 edition* (p. 11)

³⁴ Según la Encuesta de Estructura Salarial del INE, la ocupación es una de las variables que más influyen en el nivel salarial, destacando la gran diferencia del salario de directores y gerentes con el resto de ocupaciones (un 126,3% superior a la media) así como la de técnicos y profesionales científicos e intelectuales (un 43,7% y 21,9%, respectivamente, superior a la media). De otra parte, las peor remuneradas fueron las ocupaciones elementales (-36,8%) y los trabajadores de los servicios de restauración, personales, protección y vendedores (-29,0%). Pero, además, distinguiendo por ocupación y sexo, resulta que las mujeres tuvieron un salario inferior al de los hombres en todas las ocupaciones.

³⁵ No basta con remover los obstáculos que impidan el acceso y desarrollo de las mujeres en los ámbitos de la ciencia, la investigación y la tecnología para facilitar su acceso a los puestos laborales -muchos de ellos de nueva creación- mejor remunerados. Ése es un objetivo más, como señala el Real Decreto-ley 6/2020, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, pero junto a él debe promoverse la mejora retributiva de los empleos feminizados que, por otra parte, con ocasión de la pandemia, han demostrado su carácter esencial.

³⁶ Medida incorporada en el ordenamiento laboral español con la Ley 39/1999 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

Junto a los anteriores, resulta imprescindible fomentar la corresponsabilidad entre géneros en las labores de cuidado, lo que pasa por igualar los derechos laborales para el desempeño de estas tareas entre hombres y mujeres, de modo que se evite que mediante la atribución exclusiva o prioritaria de estos derechos a las mujeres se perpetúe el tradicional reparto de roles³⁷. Ciertamente, esta medida por sí sola no eliminaría la desigual participación en las tareas de cuidado, pero supondría un primer peldaño, necesario, para alcanzar ese objetivo que, en todo caso, requiere un cambio cultural³⁸. Por otra parte, mientras no se alcance dicha meta, resulta necesario reducir la brecha de género que experimentan las prestaciones contributivas de la seguridad social como consecuencia de las disrupciones que afectan a la carrera profesional de las mujeres por la asunción de tareas de cuidado, las cuales repercuten en la cotización de éstas al sistema de seguridad social, generando una brecha de género en la acción protectora del sistema que constituye el *“reflejo de una discriminación histórica y estructural de las mujeres en el mercado de trabajo por la asunción del rol de cuidadoras de los hijos e hijas”*³⁹.

La situación generada con la Covid-19 ha vuelto a poner de manifiesto la importancia de que las labores de cuidado se consideren como una necesidad que debe ser compartida entre el Estado, el sector privado y las familias, debiendo asumirse equitativamente entre hombres y mujeres. Se trataba, pues, de una tarea pendiente que la pandemia ha agudizado. Sin embargo, no es esta la única área respecto de la que se han observado ineficiencias en el funcionamiento del mercado de trabajo en perjuicio de las mujeres. Las diferencias retributivas existentes entre hombres y mujeres siguen obedeciendo, en muy buena medida, a conductas discriminatorias frente a las que la mujer que las sufre carece de recursos lo suficientemente eficaces para combatir las. La reclamación judicial no es una vía sencilla para lograr el efectivo respecto del derecho a la igualdad, pues el desconocimiento de la ley, la falta de conciencia de los derechos, la necesidad de aportar indicios de discriminación -difíciles de conseguir en el caso de

³⁷ En este sentido, SSTJUE 30 de septiembre de 2010, dictada en el asunto C-104/09, *Roca Álvarez* (apartado 36) y de 16 de julio de 2015, asunto C-222/14, *Maiestrellis* (apartado 50)

³⁸ Para conseguir llevar a cabo ese cambio cultural pueden llevarse a cabo acciones como campañas de comunicación que sensibilicen y contribuyan a luchar contra los estereotipos de género

³⁹ Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se da nueva redacción al art. 60 de la Ley General de Seguridad Social, que regulaba el denominado complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social, y que fue declarado contrario al principio de no discriminación por razón de género por la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18, *WA*) al excluir a los varones de su percepción. Con este Real Decreto-ley se redefine el complemento, que pasa de configurarse como un complemento por aportación demográfica a un complemento para la reducción de la brecha de género, del que los varones también pueden beneficiarse, siempre y cuando se den una serie de requisitos.

las discriminaciones salariales si no se tiene acceso a las retribuciones efectivas de quienes llevan a cabo trabajos de igual valor-, dificultan el progreso hacia una situación de igualdad real y efectiva por razón de género.

La intervención del Estado a la hora de asegurar la igualdad de condiciones resulta esencial, dotando de medios para favorecer un control más efectivo sobre las condiciones laborales, garantizando que respeten el principio de igualdad por razón de género. Este es el principio proclamado en la Recomendación de la Unión Europea, de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia. En ella se presentan medidas como la de exigir que el empresario proporcione regularmente información acerca de los salarios, por categoría de trabajadores o puesto de trabajo, desglosados por género, o las auditorías salariales. Medidas de este tipo han sido ya contempladas en algunos países, como España⁴⁰ o Francia⁴¹, con objeto de luchar contra la brecha de género en materia salarial. Dada la situación actualmente existente sobre brecha de género, las proyecciones que se han realizado y los retrocesos que se han producido, o se puedan producir, como consecuencia de la pandemia y de otras futuras crisis, implementar cuantas medidas contribuyan al objetivo final parece esencial.

Como destaca la Directora Gerente del Fondo Monetario Internacional, la construcción de sociedades y economías más equitativas supone gastar más y mejor en educación, capacitación y reconversión profesional, significa ampliar los programas sociales bien focalizados para llegar a los segmentos más vulnerables; y significa reducir la discriminación en el mercado laboral para empoderar a las mujeres⁴². La pandemia nos ha ofrecido la oportunidad de reflexionar nuevamente sobre estos aspectos, lo que es el primer paso para poner en marcha las políticas necesarias para construir un mundo más igualitario.

⁴⁰ Art. 2 del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 marzo.

⁴¹ Art. 104 de la Loi n° 2018-771 de 5 septiembre 2018 *pour la liberté de choisir son avenir professionnel*.

⁴² Kristalina Georgieva, "Después de la crisis. Debemos aprovechar esta oportunidad para construir un mundo mejor", en *Finanzas y Desarrollo*, vol. 57, n° 2, junio 2020, p. 11.

ANIS DA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO DO TRABALHO

REALIZAÇÃO



ACADEMIA BRASILEIRA
DE DIREITO DO TRABALHO



MINISTERIO DE CIENCIA E INNOVACIÓN.
ESPAÑA

"La protección social y la coordinación de sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea e Iberoamérica: Los desafíos del Brexit y el Pilar Europeo de Derechos Sociales". RED-2018-102508-T

VNIVERSITAT
ID VALÈNCIA 
Facultat de Dret



Também na versão e-book

LEX
EDITORA

ISBN: 978-85-7721-305-4



9 788577 121305 4