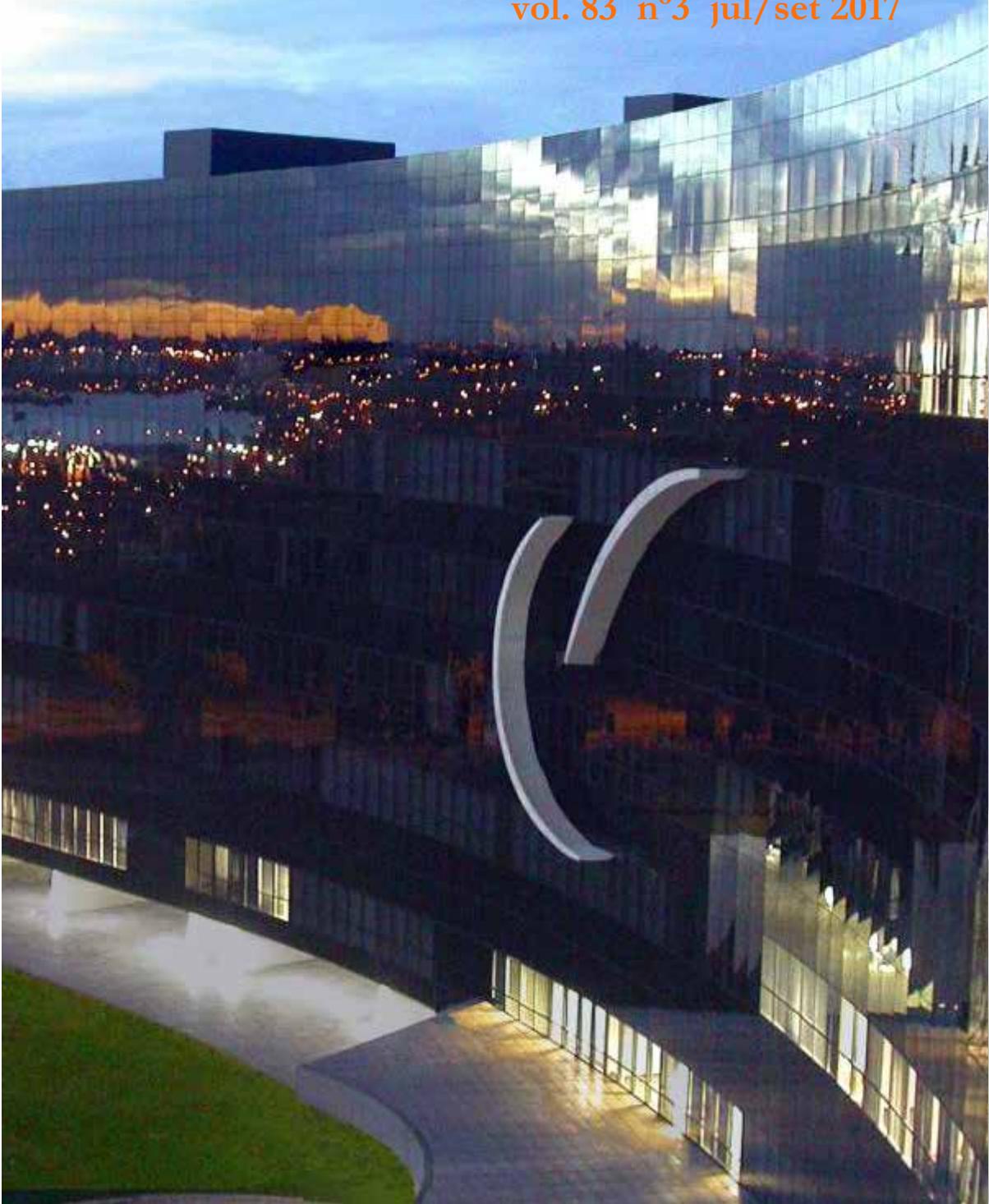


Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 83 n°3 jul/set 2017



Revista do Tribunal Superior do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Revista do Tribunal Superior do Trabalho

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Presidente

Ministro Emmanoel Pereira
Vice-Presidente

Ministro Renato de Lacerda Paiva
Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministro Augusto César Leite de Carvalho (*presidente*)
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Douglas Alencar Rodrigues
Ministro Lelio Bentes Corrêa (*suplente*)
Comissão de Documentação

Ano 83 – nº 3 – jul. a set. – 2017

LEX MAGISTER

PRODUTOS JURÍDICOS

Rua da Consolação, 222 – 2º andar – Sala 209 – CEP 01302-000 – São Paulo-SP
comercial@lex.com.br – www.lex.com.br

Revista do Tribunal Superior do Trabalho / Tribunal Superior do Trabalho. – Vol. 21, n. 1 (set./dez. 1946) – Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1947-.

v.

Trimestral.

Irregular, 1946-1968; suspensa, 1996-1998; trimestral, out. 1999-jun. 2002; semestral, jul. 2002-dez. 2004; quadrimestral, maio 2005-dez. 2006.

Continuação de: Revista do Conselho Nacional do Trabalho, 1925-1940 (maio/ago.).

Coordenada pelo: Serviço de Jurisprudência e Revista, 1977-1993; pela: Comissão de Documentação, 1994-.

Editores: 1946-1947, Imprensa Nacional; 1948-1974, Tribunal Superior do Trabalho; 1975-1995, LTr; out. 1999-mar. 2007, Síntese; abr. 2007- jun. 2010, Magister; jul. 2010- , Lex.

ISSN 0103-7978

1. Direito do Trabalho. 2. Processo Trabalhista. 3. Justiça do Trabalho – Brasil. 4. Jurisprudência Trabalhista – Brasil. I. Brasil. Tribunal Superior do Trabalho.

CDU 347.998.72(81)(05)

Coordenação: Comissão de Documentação

Organização e Supervisão: Virgínia Ramos Veríssimo

Revisão: José Geraldo Pereira Baião

Capa: Ivan Salles de Rezende (sobre foto de Marta Crisóstomo)

Editoração Eletrônica: Editora Magister

Tiragem: 700 exemplares

Os artigos publicados com assinatura não traduzem necessariamente a opinião do Tribunal Superior do Trabalho. Sua publicação obedece ao propósito de estimular o debate sobre questões jurídicas relevantes para a sociedade brasileira e de refletir as várias tendências do pensamento jurídico contemporâneo. Instruções para submissão de artigo encontram-se no link “Revista do TST” na página www.tst.jus.br.

Tribunal Superior do Trabalho

Setor de Administração Federal Sul

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 3043-3056

E-mail: revista@tst.jus.br

Internet: www.tst.jus.br

Lex Editora S.A.

Rua da Consolação, 222 – 2º andar – Sala 209

01302-000 – São Paulo-SP

Fone: (11) 3019-0070

Assinaturas:

comercial@lex.com.br

www.lex.com.br

**Composição do
Tribunal Superior do Trabalho**

Tribunal Pleno

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente do Tribunal
Ministro Emmanoel Pereira, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro João Oreste Dalazen
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Ministro Hugo Carlos Scheuermann
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão
Ministro Douglas Alencar Rodrigues
Ministra Maria Helena Mallmann

Órgão Especial

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente do Tribunal
Ministro Emmanoel Pereira, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro João Oreste Dalazen
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Lelio Bentes Corrêa

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira

Ministra Dora Maria da Costa

Ministra Kátia Magalhães Arruda

Ministro José Roberto Freire Pimenta

Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão

Ministro Douglas Alencar Rodrigues

Ministra Maria Helena Mallmann

Seção Especializada em Dissídios Coletivos

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente do Tribunal

Ministro Emmanoel Pereira, Vice-Presidente do Tribunal

Ministro Renato de Lacerda Paiva, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi

Ministra Maria de Assis Calsing

Ministra Dora Maria da Costa

Ministro Fernando Eizo Ono

Ministro Mauricio Godinho Delgado

Ministra Kátia Magalhães Arruda

Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente do Tribunal

Ministro Emmanoel Pereira, Vice-Presidente do Tribunal

Ministro Renato de Lacerda Paiva, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministro João Oreste Dalazen

Ministro João Batista Brito Pereira

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga

Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro

Ministro Walmir Oliveira da Costa

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

Ministro José Roberto Freire Pimenta

Ministro Hugo Carlos Scheuermann

Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão

Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente do Tribunal
Ministro Emmanoel Pereira, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Ministro Douglas Alencar Rodrigues
Ministra Maria Helena Mallmann

Primeira Turma

Ministro Walmir Oliveira da Costa, Presidente
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Hugo Carlos Scheuermann

Segunda Turma

Ministro José Roberto Freire Pimenta, Presidente
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Ministra Maria Helena Mallmann

Terceira Turma

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Presidente
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

Quarta Turma

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministro Fernando Eizo Ono

Quinta Turma

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente

Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

Desembargador Roberto Nóbrega de Almeida Filho (Convocado)

Sexta Turma

Ministra Kátia Magalhães Arruda, Presidente

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

Sétima Turma

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Presidente

Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão

Ministro Douglas Alencar Rodrigues

Oitava Turma

Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, Presidente

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi

Ministra Dora Maria da Costa

Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



EMANOEL PEREIRA
Vice-Presidente



IVES GANDRA FILHO
Presidente



RENATO PAIVA
Corregedor-Geral



JOÃO ORESTE DALAZEN



BRITO PEREIRA



CRISTINA PEDUZZI



LELIO BENTES



ALOYSIO VEIGA



**VIEIRA DE MELLO
FILHO**



ALBERTO BRESCIANI



**MARIA DE ASSIS
CALSING**



DORA COSTA



FERNANDO EIZO ONO



**GUILHERME
CAPUTO BASTOS**



**MARCIO EURICO
VITRAL AMARO**



**WALMIR OLIVEIRA
DA COSTA**



**MAURICIO GODINHO
DELGADO**



**KÁTIA MAGALHÃES
ARRUDA**



**AUGUSTO CÉSAR
LEITE DE CARVALHO**



**JOSÉ ROBERTO
FREIRE PIMENTA**



**DELAÍDE ALVES
MIRANDA ARANTES**



**HUGO CARLOS
SCHEUERMANN**



**ALEXANDRE AGRA
BELMONTE**



**CLÁUDIO MASCARENHAS
BRANDÃO**



**DOUGLAS ALENCAR
RODRIGUES**



**MARIA HELENA
MALLMANN**

Sumário

1. Retrocesso social em tempos de crise ou haverá esperança para o Direito do Trabalho? Uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal <i>Aldacy Rachid Coutinho</i>	17
2. La consolidación de los “recortes laborales” aprobados en un contexto de crisis económica. El caso del despido con amortización del puesto de trabajo en España (1977-2017) <i>Enrique Cabero</i>	59
3. Direitos fundamentais e retrocesso social: o sentido do Direito do Trabalho, a experiência portuguesa e o caso brasileiro <i>Guilherme Dray</i>	82
4. Mecanismos tripartidos racionales de resolución de conflictos en materia de normas internacionales del trabajo (NIT) promovidos por la OIT <i>Horacio Guido</i>	114
5. Negociado x legislado – a experiência portuguesa e a reforma trabalhista brasileira: algumas notas <i>João Leal Amado</i>	138
6. La reforma laboral en México y sus efectos económicos <i>Luis Quintana Romero e Blanca E. Garza Acevedo</i>	160
7. O teletrabalho na perspectiva da reforma trabalhista brasileira e do direito comparado <i>Manoel Carlos Toledo Filho</i>	178
8. A matriz da Constituição de 1988 como parâmetro para a análise da reforma trabalhista <i>Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado</i>	193
9. Há progressividade e não retrocesso nos direitos humanos sociais no Brasil? <i>Roberto de F. Caldas</i>	212
10. A reforma trabalhista no Brasil a partir de uma perspectiva comparada das reformas na União Europeia <i>Sidnei Machado</i>	239

Doutrina

RETROCESSO SOCIAL EM TEMPOS DE CRISE OU HAVERÁ ESPERANÇA PARA O DIREITO DO TRABALHO? UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Aldacy Rachid Coutinho*

“Presidente, contam – e isso já faz parte do folclore brasileiro – que, certo dia, um cidadão ingressou em uma livraria e procurou adquirir uma Constituição brasileira. O rapaz que estava no balcão, simplesmente, respondeu que aquela livraria não trabalhava com periódicos (...). Sempre que se imagina a necessidade de nova normatização, a meu ver, o que nós precisamos, no Brasil, é de homens, principalmente homens públicos, que observem o ordenamento jurídico em vigor.” (Voto do Ministro Marco Aurélio, ADI 3.104-0/DF, j. 16.09.07, Acórdão, p. 180)

1 – INTRODUÇÃO

“Por mim se vai para a cidade ardente,
por mim se vai à sua eterna dor,
por mim se vai entre a perdida gente.”
(ALIGHIERI, Dante. Canto III. *Inferno*)¹

O direito do trabalho perdeu seu protagonismo histórico. Já não trata de embates em favor da ampliação de direitos, disputas hermenêuticas em prol da efetivação de normas jurídicas ou sequer discussões em torno da factibilidade de sua concretização; vive o momento de acirrado enfrentamento do desmantelamento de seus marcos regulatórios construídos em torno do mundo do trabalho assalariado e a desintegração do sistema jurídico normativo de proteção.

* Professora titular de Direito do Trabalho da Universidade Federal do Paraná; Coordenadora do Núcleo de Pesquisa “Trabalho Vivo”; Membro da RENAPEDTS – Rede Nacional de Grupos de Pesquisa de Direito do Trabalho e da Seguridade Social.

1 ALIGHIERI, Dante. Canto III. *Inferno (A divina comédia)*. Trad. Jorge Wanderley. Rio de Janeiro: Record, 2004. p. 79.

Diante de constantes e recentes ataques a direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, o parâmetro constitucional do não retrocesso social desponta como possibilidade e importante instrumento de luta para preservação do arcabouço jurídico tutelar dos trabalhadores conquistado historicamente. As investidas são perpetradas tanto pelo Poder Legislativo, como se verificou com a aprovação da Reforma Trabalhista pela Lei Ordinária nº 13.467/2017, quanto pela iniciativa do Poder Executivo no encaminhamento de Projetos de Lei como, por todos, o PL nº 4.302, de 19.03.98, que deu origem à Lei Ordinária nº 13.429/2017 (trabalho temporário e terceirização) ou mediante edição de medidas provisórias, tal e qual a reforma da reforma trabalhista que se pretende editar.

Por certo que a imposição de limite à ação de legisladores e governantes com o escopo de impedir que por meio de atos comissivos geradores de efeitos semelhantes à sua omissão possam implementar recuos em termos de direitos e garantias aos trabalhadores depende da previsão, do acolhimento e da efetividade desse princípio de progressividade de direitos sociais dos trabalhadores agora tomado como resistência. Porém, teme-se que as trincheiras no campo minado da política legislativa já não sejam suficientes, porquanto depende também, e sobretudo, da atuação do Poder Judiciário em sede de Corte Constitucional, espaço de afirmação e controle da ordem constitucional para garantia do não retrocesso. Afinal, o que gravita em torno da ideia da proibição do retrocesso legal está ligada diretamente ao pensamento de um constitucionalismo dirigente e tudo levar a crer que o neoconstitucionalismo e o ativismo judicial estejam a serviço de uma nova proposta de implementação de um Estado retirante, a ser mantido primordialmente (ou exclusivamente?) enquanto manifestação de um assistencialismo visando à contenção da miserabilidade de uma pobreza absoluta e de sua faceta policial para reprimir a violência real. Eis o neoliberalismo revelando na concretude material a implementação de sua proposta.

Não por outra razão, então, garimpar a posição do Supremo Tribunal Federal em relação aos direitos sociais fundamentais e aos criados por lei que concretizam a Constituição e, eventualmente a doutrina produzida por seus ministros que sustentam as decisões poderá ser útil para compreender as eventuais razões de decidir na seara da jurisprudência trabalhista. Garimpendo *leading cases* da Corte Constitucional, constata-se e, mais do que nunca, se torna imprescindível tomar consciência do grau de introjeção da racionalidade econômica eficientista que se projeta com supremacia ou em substituição à racionalidade jurídica da legalidade de outrora em domínio absoluto. Desta forma, cumpre um importante papel estratégico na resposta à indagação que permanece aberta quanto à pertinência de propositura de eventual demanda

ao Supremo Tribunal Federal para discutir em sede de controle concentrado inconstitucionalidades existentes na reforma trabalhista, como a recente Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.766, que tem como requerente o Procurador-Geral da República, protocolizada em 28 de agosto de 2017² ou pela via de mandados de segurança impetrados, como os que questionam omissão do Tribunal de Contas da União, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados em torno de repasse da contribuição sindical, respectivamente autuados sob os números 35.095, 35.106 e 35.107. E, assim, pressagiando o futuro não distante e sem premonições, o que se apontava como aposta de flexibilidade e desmantelamento do arcabouço protetivo se concretiza por meio de reformas de uma nova visão do mundo, do direito e do Estado.

2 – NÃO RETROCEDER, JAMAIS: POR PRINCÍPIO

“Por mim se vai para a cidade ardente,
por mim se vai à sua eterna dor,
por mim se vai entre a perdida gente.”
(ALIGHIERI, Dante. Canto III. *Inferno*)³

Sustentar o “não retroceder” significa rejeitar a barbárie ostensiva, lutar contra a tirania e a opressão e negar a condição de refém da arbitrariedade. A produção intelectual sobre o princípio do não retrocesso social, também designado como não regressividade ou da progressividade, é particularmente significativa, mormente em amplitude numérica de artigos publicados. O aspecto negativo de tal constatação é a conclusão de que a própria presença enquanto enunciado decorre como resposta da necessidade de garantia contra tentativas de regresso ou por conta de situações em que é aviltada a ordem constitucional, o que não é uma exclusividade nacional⁴. Se o movimento do direito se dirigisse tão somente à ampliação e melhoria da condição social, o espaço de luta pela manutenção de conquistas não seria sequer imaginável, por vazia e despropositada. De outra parte, a circunstância de que os escritos sejam contemporâneos à promulgação da Constituição da República de 1988 condiz exatamente com a

2 BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.766. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub.jsp.consultarprocessoeletronico.ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjeto incidente=5250582>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

3 ALIGHIERI, Dante. Canto III. *Inferno (A divina comédia)*. Trad. Jorge Wanderley. Rio de Janeiro: Record, 2004. p. 79.

4 Importado da Alemanha, cuja origem remonta o período em que atravessava dificuldades econômicas pelo alargamento do Estado Social – situação nem de perto semelhante ao do Brasil, que nunca implementou efetivamente um Estado de Bem-Estar Social universal – e, ainda, Portugal (Acórdão 39.84 da Corte Constitucional Portuguesa), transcrito em parte no voto do Ministro Celso de Mello, no Mandado de Segurança 24.875/DF, p. 383, que cita a obra de Vital Moreira: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1984. v. 3.95. p. 117-118.

proposta de um dirigismo constitucional, isto é, com o reconhecimento de sua força normativa vinculativa material do legislador infraconstitucional e pela revelação dos anseios de concretização de seu conteúdo, por vezes acolhidos, indevidamente, tão só como enunciados em promessas ou desconsiderados na omissão de sua regulamentação por legislação infraconstitucional ao invés de transformar a realidade social.

A constatação da presença dos direitos sociais fundamentais previstos para os trabalhadores na Lei Fundamental – máxime nos arts. 6º e 7º da Constituição da República de 1988 – foi o testemunho da opção por uma sociedade salarial que vive sob o manto de um Estado Democrático de Direito, revelado como Estado de Bem-Estar Social. Afinal, a representação na democracia não é um mandato aberto aos legisladores, pelo que o reconhecimento de direitos se estabelece como dimensão de garantia. Porém, a vedação de retrocesso não se restringe ao campo exclusivo das regras jurídicas positivadas. Deve ter aplicação em uma abordagem ampliada, mais consentânea com o pressuposto de um desenvolvimento econômico e social, para incorporar princípios, políticas e decisões judiciais. Trata-se da ideia de progresso como uma constante e inexorável trajetória no projeto de civilização.

Decorrente do ideário iluminista, o não retrocesso social, diretriz para os direitos sociais, é confirmado pela doutrina e pela jurisprudência, mesmo que de forma implícita, não obstante não ter sido agasalhada expressamente em texto literal de regra na Constituição⁵. Vem apresentado em geral como princípio e também como garantia constitucional implícitos, decorrentes do denominado bloco de constitucionalidade, conforme posição assente em decisões da Corte Constitucional brasileira. Sua noção conceitual como princípio significa, conforme Ingo Wolfgang Sarlet, “toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do Poder Público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ou não)”⁶. Sua noção conceitual doutrinária no constitucionalismo, em geral, acaba se limitando indevidamente à produção de uma normatização jurídica.

5 SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 75, n. 3, p. 117, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www.abdpc.com.br/admin/midias/anexos.1440694885.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

6 SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www.abdpc.com.br/admin/midias/anexos.1440694885.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2017. p. 121.

Encontra-se diretamente vinculado à noção filosófica-política de progressividade, de marcha civilizatória, de civilidade, de melhoria da condição social, pelo que envolve a ideia segundo a qual as sociedades podem se tornar gradativamente melhores com o curso da história no fluir do tempo cronológico, quase sempre aliada à noção de modernidade. Outrossim, vem acompanhado de uma ética de responsabilidade para com o legado de sociedade a ser herdado pelas gerações futuras. É preciso, no entanto, atentar contra as armadilhas desse “mito”:

“(…) mister evitar abordagem pelo mito do ‘progresso’, como se todas alterações (...) traduzissem necessariamente um avanço, uma melhoria das condições dos trabalhadores. Aliás, como já outrora salientou Lyon-Caen, o Direito do Trabalho, mais do que qualquer outro ramo, convive na sua constituição com fluxos e refluxos, sendo que raramente os recuos são ostensivos, anunciados, frutos de revogações por regras jurídicas novas mais restritivas ou supressoras de direitos, bastando então a mera imobilidade (...). Dentro da natureza contraditória do Direito do Trabalho, oscilante entre interesses do capital e do trabalho, avanços e recuos, resta preservado o instrumento de formalização jurídica das operações econômicas de apropriação do trabalho alheio (circulação de mercadorias, inclusive capital e trabalho), para inserção em uma atividade produtiva, cujo resultado é apropriação ou modificação da natureza.”⁷

O progressismo que subjaz à noção de não retrocesso social, então, não se manifesta na intangibilidade ou perenidade de direitos já positivados ou imutabilidade de precisa situação jurídica de tutela. Ao contrário, pressupõe sempre “evolução” na ordem da melhoria jurídica, econômica e social; evidente é a hipótese de mudanças que assegurem o aprimoramento nos níveis de proteção, como se infere da própria Constituição da República de 1988, no *caput* do art. 7º, ao prever que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, *além de outros* que visem à melhoria de sua condição social” (grifo nosso).

A matriz axiológica e finalística é apontada como de variada ordem: assegurar a segurança jurídica (considerado como um “verdadeiro megaprincípio”⁸); preservar a dignidade da pessoa humana; implementar a máxima efetividade

7 COUTINHO, Aldacy Rachid. Efetividade do direito do trabalho: uma mirada no “homem sem gravidade”. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 45, 75, jan./jun. 2007, p. 95-96.

8 Voto do Ministro Carlos Britto: “(...) institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada como as três estelares situações jurídicas – um verdadeiro megaprincípio –, porque se constitui a segurança como um das razões de ser, histórica e logicamente, das próprias constituições escritas, segundo o modelo liberal que todos conhecemos” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto no Mandado de Segurança 24.875-1/DF, j. 09.03.06, p. 344).

dos direitos fundamentais sociais ou como fundamento da república e garantia de desenvolvimento nacional⁹. Decorre, ainda, de ditames de justiça social.

Deve ser considerado, de toda sorte, como uma diretriz de resistência. Revela um dever de abstenção danosa, a par de um dever de concretização de políticas públicas e direitos fundamentais e sociais. Sua constitucionalidade filtra a validade das medidas legislativas e judiciais que se contraponham a direitos assegurados. Imperioso alertar, nessa medida, a um, que não se introduz para sua aplicação qualquer controle de verificação da efetividade do direito a que se faz referência, isto é, basta a previsão do direito em texto gráfico legislativo para que se configure a conquista social e jurídica; é absolutamente irrelevante que nunca tenha sido implementado, pois de qualquer modo era passível de fruição e já havia sido incorporado no patrimônio jurídico dos sujeitos de direitos. A dois, que a atuação do Poder Judiciário permanece fora de qualquer filtro de vedação de regressividades.

Mais além, salienta-se que não se perfaz apenas nos limites das cláusulas pétreas inseridas na ordem constitucional. Por certo que encontra nelas, cláusulas pétreas, um destino privilegiado, assim entendidas segundo o próprio Supremo Tribunal Federal, conforme noção conceitual que se subtrai do voto do Ministro Celso de Mello na ADI 939-MC, Relator Ministro Sydney Sanchez, DJ 18.03.94, como aquelas “(...) categorias normativas subordinantes que, achando-se pré-excluídas de reforma do Congresso Nacional, evidenciam-se como temas insuscetíveis de modificação pela via do poder constituinte derivado”¹⁰. Ocorre que no mais das vezes é na edição de leis infraconstitucionais que a vedação do retrocesso social ostenta sua imprescindibilidade como garantia.

O embate contemporâneo, no qual por vezes se pronunciam justificativas para sua relativização, a saber, por todos, a reserva do possível, as crises econômicas ou a substituição por outras medidas, inclusive econômicas, de natureza compensatória é indicativo de uma mudança de racionalidade jurídica da legalidade em proveito de uma racionalidade econômica da eficiência, mantida na aceitação da lógica dos custos, na maximização dos resultados e na adoção do consenso que substitui a conflituosidade nas relações sociais. Eis a trapaça que ora enfrenta o direito do trabalho.

Ganha espaço e relevo no direito constitucional brasileiro, ante a necessidade de enfrentamento de avanços desregulamentadores e flexibilizantes que vêm minando o direito do trabalho perscrutar julgados do Supremo Tribunal

9 Constituição da República de 1988, art. 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (...) II – garantir o desenvolvimento nacional”.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.105/DF. p. 137.

Federal para, sem recair na trapaça de ocupar o lugar das pitonisas, poder pensar sobre o futuro dos direitos dos trabalhadores. Imperioso fora a indicação por meio de transcrições de parte de acórdãos, acolhidos como fonte de pesquisa, a posição adotada quando da entrega da prestação jurisdicional, para ressaltar o domínio do econômico na mentalidade decisória.

3 – VEDAÇÃO DO RETROCESSO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS IDOS DE 1999 A 2011: ERA UMA VEZ O COMPROMISSO COM A CONSTITUIÇÃO E O IMPÉRIO DA RACIONALIDADE JURÍDICA DA LEGALIDADE

“Justiça deu impulso ao meu Autor:
cumpriram-me poderes divinais,
a suma sapiência, o primo Amor.”
(ALIGHIERI, Dante. Canto III. *Inferno*)¹¹

Superada a década perdida dos anos 1980 no Brasil, o Supremo Tribunal Federal se apresentava como o prenúncio do comprometimento com a ordem constitucional em tempos de democracia, em face de diretrizes jurisprudenciais ditadas com o escopo de garantir a efetividade e a concreção de direitos fundamentais, inclusive sociais, bem como o respeito às garantias. No exercício de sua jurisdição reconheceu, por conseguinte, o princípio da vedação do retrocesso social e manteve a crença na força normativa da constituição como espaço decisório dominado por uma racionalidade jurídica da legalidade, o que se constata na jurisprudência precipuamente entre 1999 e 2011.

Exemplar fora o julgamento da *ADI 1.946/DF*, em 1999, quando o Supremo Tribunal Federal, pelo voto do Relator Ministro Sydney Sanches, explicitou a noção de progressividade social ao rechaçar retrocesso histórico advindo de legislação infraconstitucional. Embora ainda não tenha sido o explicitado como princípio, a vedação do retrocesso social aflora como sustentáculo da decisão. Decidiu a Corte Constitucional que o valor correspondente ao benefício do salário-maternidade estava excluído do teto dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social imposto pelo art. 14 da EC nº 20/98, devendo ser pago na sua integralidade, independentemente do valor remuneratório pactuado e percebido ou da base de cálculo do pagamento da contribuição e do teto de benefícios, para não contrariar o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição da República. O voto do relator, ao conceder a liminar, amparou a constitucionalização dos direitos dos trabalhadores, afirmando que “a não prejudicialidade

11 ALIGHIERI, Dante. Canto III. *Inferno (A divina comédia)*. Trad. Jorge Wanderley. Rio de Janeiro: Record, 2004. p. 79.

do emprego e do salário é norma constitucional social de mais alta relevância dentre os direitos fundamentais do homem”¹². Ademais, aduziu como argumento que a eventual atribuição aos empregadores do encargo de pagamento da diferença entre o teto do benefício previdenciário e o salário efetivamente recebido pela empregada acarretaria um verdadeiro “retrocesso histórico, tendo em vista o fato deste procedimento já ter sido dissipado do Brasil em 1974, com o advento da Lei nº 6.136, que transferiu para a Previdência Social o ônus do salário-maternidade [, ou seja,] seria retroceder e ignorar as grandes conquistas femininas na sociedade brasileira”¹³.

No ano seguinte, o mesmo Supremo Tribunal Federal, por maioria dos seus Ministros, no julgamento proferido em 17 de fevereiro de 2000, ao apreciar a *ADI 2.065-0/DF*¹⁴ proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) e pelo Partido dos Trabalhadores (PT), apesar de não ter conhecido da ação direta, explicitamente enfrentou e assentou as bases, pela manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence, do princípio do não retrocesso social, ao afirmar que “(...) a implementação da Constituição não pode sofrer retrocesso”¹⁵. Como salientou no julgamento o então Ministro Nelson Jobim, “(...) ao tudo e ao cabo, a tese do Ministro Sepúlveda Pertence adere à defendida pelo Professor Canotilho sobre a não retrocessão ou retroação das conquistas sociais, que correspondem à afirmação de que a Constituição fica estável, no que diz respeito à sua regulamentação infraconstitucional, não havendo possibilidade alguma desse recurso. É encantadora a tese quando se refere à revogação por parte do texto infraconstitucional de determinados direitos subjetivos, abstratamente considerados, assegurados no Texto Constitucional e remetidos à lei infraconstitucional”¹⁶.

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.946/MC. Relator: Ministro Sydney Sanches. Tribunal Pleno. Julgamento em: 29.04.99. Publicado no DJ em: 14.09.01. p. 62.

13 Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Partido Socialista Brasileiro foi julgada parcialmente procedente, mantendo-se a exclusão do teto dos benefícios da Previdência Social (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautela na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1946, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, j. 29.04.99, publ. no DJ 14.09.01, p. 63-64; BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.946/DF, Rel. Sydney Sanches, j. 03.04.03 public. DJ 16.05.03).

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.065. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Relator para o Acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. Julgamento em: 17.02.00. Publicado no DJ em: 04.06.04.

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.065. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Relator para o Acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. Julgamento em: 17.02.00. Publicado no DJ em: 04.06.04, p. 142.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.065. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Relator para o Acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. Julgamento em: 17.02.00. DJ 04.06.04. p. 147.

Alguns anos depois, já em 2004, no julgamento da *ADI 3.128-7/DF*¹⁷, que discutia os efeitos da Emenda Constitucional nº 41/03 – mais precisamente o seu art. 4º, *caput* –, definiu o Supremo Tribunal Federal que não existe imunidade tributária absoluta, razão pela qual há de se reconhecer a incidência de tributos sobre fatos geradores ocorridos após a sua vigência. No caso, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal no sentido de que os servidores públicos aposentados não têm assegurado direito subjetivo com poder de subtrair seus proventos da incidência da contribuição previdenciária incidente sobre os valores percebidos. Trazer à baila o voto do Ministro Celso de Mello é exemplar para situar a posição adotada em prol da defesa dos direitos e contrária ao avanço da política a pautar as decisões:

“Ora, em outras palavras, cabe formular a seguinte indagação: pode, o Congresso Nacional, no exercício de seu poder de reforma, alterar a Constituição, para nela introduzir prescrições como as ora impugnadas nesta sede de fiscalização abstrata, sem que, com tais modificações, incida em domínio material ente protegido pelas cláusulas pétreas?

É evidente que a resposta a tal indagação impõe necessárias reflexões – que reputo indispensáveis – em torno de temas como aqueles referentes ao valor normativo da Constituição, à indevassabilidade de seu núcleo intangível e aos limites que restringem o exercício legítimo, pelo Congresso Nacional, de seu poder reformador.

(...) Também não ignoro que se impõe a todos – cidadãos e governantes – o dever de buscar, em atenção ao princípio de solidariedade social e em face da necessidade de realização do bem comum, a superação dos obstáculos que impedem a construção de uma sociedade efetivamente justa.

A realização dessa imensa tarefa, contudo, que envolve, até, possíveis conflitos intergeracionais, não pode ser efetivada sem que se respeitem, com estrita fidelidade, os valores delineados e as limitações impostas no texto da Constituição da República. Argumentos de necessidade, por mais respeitáveis que possam ser, não devem prevalecer, jamais, sobre o império da Constituição.

(...) O Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, teve o ensejo de repelir esses argumentos de ordem política (RTJ 164/1145-1146,

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.128. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator para o Acórdão: Ministro Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Julgamento em: 18.08.04. Publicado no DJ em: 18.02.05. p. 216-218.

Rel. Min. Celso de Mello), por entender que a invocação das Razões de Estado – além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas – representa, por efeito das gravíssimas consequências provocadas por seu eventual acolhimento uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica (...).¹⁸

Em sede de controle concentrado de constitucionalidade de emenda constitucional, por decisão de maioria de seus Ministros, em 2005 a *ADI 3.105-8/DF*¹⁹, que enfrentava a alegada inconstitucionalidade da EC nº 41/03 na parte Garimpando *leading cases* da Corte Constitucional que dispõe sobre a contribuição previdenciária, foi julgada improcedente. Referências à produção intelectual de integrantes da Corte Constitucional no corpo do acórdão sustentam a limitação do poder reformador da Constituição. Merece destaque, nestes termos, a citação de obras de autores que atualmente compõem a Corte Constitucional para afirmar a tese da limitação do poder constituinte derivado em face de cláusulas pétreas como condição de legalidade um Estado de Direito: Para o Professor Alexandre de Moraes²⁰, “o Poder Constituinte derivado está inserido na própria Constituição, pois decorre de uma regra jurídica de autenticidade constitucional, portanto, conhece limitações constitucionais expressas e implícitas e é passível de controle de constitucionalidade”²¹. Gilmar Ferreira Mendes²², citado no acórdão pela obra de Alexandre de Moraes, no mesmo trilhar, afirma, “(...) em relação às cláusulas pétreas e à possibilidade de controle de constitucionalidade das emendas constitucionais, que tais cláusulas de garantia traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade,

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.128. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator para o Acórdão: Ministro Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Julgamento em: 18.08.04. Publicado no DJ em: 18.02.05. p. 690-693.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.105. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator para o Acórdão: Ministro Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Julgamento em: 18.08.04. Publicado no DJ em: 18.02.05. p. 202-203.

20 MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 91.

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.105. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator para o Acórdão: Ministro Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Julgamento em: 18.08.04. Publicado no DJ em: 18.02.05. p. 136.

22 Mencionados no acórdão: MENDES, Gilmar Ferreira apud MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

pois a Constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, à medida que impede a efetivação do término do Estado de Direito Democrático sob a forma da legalidade, evitando-se que o constituinte derivado suspenda ou mesmo suprima a própria Constituição”²³. A posição adotada na construção acadêmica e teórica se mantinha incólume nas deliberações do Tribunal, na linha de limitar o poder de modificar para reduzir ou suprimir.

Em 2006, no *MS 24.875-1/DF*²⁴, impetrado em face do Presidente do Supremo Tribunal Federal e do próprio Tribunal que determinou a redução dos proventos de aposentadoria para observar o limite constitucional imposto na EC nº 41/03, que alterou a redação do art. 37, inciso XI, da Constituição Federal de 1988, e, portanto, para ver excluídas as vantagens pessoais do subsídio-teto. No voto o Supremo Tribunal Federal teve reconhecido o seu papel de “guarda da Constituição”²⁵. A função é correspondente à posição assente na Corte na ótica da aceitação de apreciação, ainda que não seja necessária à decisão da causa, de eventual inconstitucionalidade de atos normativos quando suscitados incidentalmente. Explícita, outrossim, a existente de corrente radical majoritária que aceita a oponibilidade de qualquer direito e garantia individual, seja constitucional, seja infraconstitucional²⁶, em face da edição de emendas constitucionais. Sustentando a imunidade ampla dos direitos adquiridos à incidência de reformas da Constituição, há remissão no acórdão à obra do Ministro Carlos Britto, *Teoria da Constituição*, publicada pela Forense, em 2003²⁷. Diferentemente, o Ministro Sepúlveda Pertence que não se filia à corrente ampliada, propõe que somente sejam acolhidas como limites as “cláusulas pétreas” de indenidade dos direitos e garantias fundamentais outorgados pela Constituição de 1988, recebida como ato constituinte originário²⁸, ao enfrentar a questão da incorporação do adicional por tempo de serviço quando da criação do subsídio por força de emenda constitucional.

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.105. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator para o Acórdão: Ministro Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Julgamento em: 18.08.04. Publicado no DJ em: 18.02.05. p. 136.

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 24.875-1/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em: 11.05.06.

25 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 24.875-1/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em: 11.05.06. p. 284.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 24.875-1/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em: 11.05.06. p. 307-308.

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 24.875-1/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em: 11.05.06. p. 308.

28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 24.875-1/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em: 11.05.06. p. 286.

A racionalidade jurídica então disseminada pode ser inferida no voto do Ministro Eros Grau, que ressalta o império da legalidade introjetado e assumido na função de julgar, pontuando que o Supremo Tribunal Federal (e o magistrado) não deve decidir segundo suas opiniões pessoais ou para atender reclamos da sociedade, devendo atuar estritamente nos limites e termos da ordem jurídica vigente: “Eu não decido como gostaria de decidir, porém, como a Constituição determina que eu decida, ainda que isso não me agrade”²⁹. Do mesmo modo no voto do Ministro Marco Aurélio, que ressalta que “é o preço que se paga – e costume dizer – por viver numa democracia: o respeito irrestrito às regras estabelecidas. Conserte-se o Brasil – e com ‘s’ e com ‘c’–, mas sem retrocesso cultural, sem retroação, sem gerar-se, quanto a situações jurídicas aperfeiçoadas, porque surgidas sob a égide de certo arcabouço normativo, insegurança, o sentimento de não se saber o que poderá ser o amanhã, tendo em vista o que alcançado, anteriormente – e repito – em harmonia com a ordem jurídica em vigor”³⁰.

Até mesmo o Ministro Gilmar Mendes então exaltava a formulação brasileira de um amplo controle de constitucionalidade de emendas, asseverando que “(...) foi sábia, ao proibir, de maneira expressa, a emenda tendente a abolir. Logo, abrange aquilo que a doutrina estrangeira chama de proibição do próprio processo de erosão” suprimindo direitos e garantias constitucionais³¹. Volta à tona, então, o princípio do não retrocesso social no voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, tido como “(...) o postulado da proibição de retrocesso social, cuja eficácia impede – e considerada a sua própria razão de ser – sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão, que não pode ser despojado, por isso mesmo, em matéria de direitos sociais, no plano das liberdades reais, dos níveis positivos de concretização por ele já atingidos, consoante assinala (e adverte) autorizado magistério doutrinário (Gilmar Ferreira Mendes)”³². E segue indicando que “na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses –

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 24.875-1/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em: 11.05.06. p. 339.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 24.875-1/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em: 11.05.06. p. 370.

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 24.875-1/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em: 11.05.06. p. 357.

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 24.875-1/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em: 11.05.06. p. 380.

de todo inócua na espécie – e em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais”³³. A posição fundada na defesa intransigente dos direitos fundamentais, sociais e da Constituição projetava a esperança de uma sociedade mais justa e no futuro da democracia social e econômica.

Em 2007, no dia 26 de setembro, o Tribunal Pleno, ao julgar a *ADI 3.104/DF* proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – COAMP³⁴, tendo sido Relatora a Ministra Cármen Lúcia, julgou improcedente a ação direta. Não obstante, o Ministro Carlos Britto, ao votar pela procedência, em voto vencido, invocou novamente o princípio da vedação do retrocesso social: “(...) Até porque um dos sentidos das cláusulas pétreas é impedir o retrocesso. É garantir o avanço. Esse o significado último de uma cláusula pétrea. A nova Constituição traz uma conquista política, social, econômica e fraternal, de que natureza for, e a petrealidade passa a operar como uma garantia do avanço, então obtido. Uma interdição ao retrocesso”³⁵.

O debate em torno da questão que versa sobre a aposentadoria e a conclusão da inexistência de direito adquirido a regime previdenciário gravita em torno de conceitos jurídicos: (i) como os direitos constitucionalmente adquiridos, que se introduzem no patrimônio jurídico do sujeito no momento de sua formalização pela entidade competente, ou sendo quando titularizam o direito, aperfeiçoando o ato jurídico, se enquadram como direito adquirido; (ii) afirmação de que o tempo rege o ato, pelo que não fere a Constituição, portanto, alterações no seu texto que não afetem os direitos adquiridos, isto é, quando as condições exigidas já tiverem se completado e os direitos consumados ou exauridos, que além de incorporado como direito, já tiveram efeitos produzidos integralmente.

Sustentando posição já manifestada e referenciada em obra publicada de sua autoria, a Ministra Cármen Lúcia assevera que “o direito constitucional fundamental à aposentadoria configura-se para o beneficiário no momento em que lhe é, formal e publicamente, reconhecido o seu direito, tendo ele cumprido

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 24.875-1/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em: 11.05.06. p. 381.

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.104. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgamento em: 26.09.07. DJe-139 divulgado em: 08.11.07. Publicado no DJ em: 09.11.07.

35 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.104. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgamento em: 26.09.07. DJe-139 divulgado em: 08.11.07. Publicado no DJ em: 09.11.07. p. 163

todos os requisitos constitucionais e infraconstitucionais para o seu exercício na forma da legislação vigente' (*Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 438)³⁶. Mantém posição assente no Supremo Tribunal Federal³⁷ na perspectiva de que não existe direito adquirido a regime jurídico previdenciário, salvo se o trabalhador, no caso o servidor público, tiver cumprido com todos os requisitos previstos na lei em vigor; há mera expectativa de direito que possibilita, então, a alteração das regras para um tratamento menos benéfico, por meio de Emendas Constitucionais supervenientes, como a que ocorreu com a EC nº 41/03 em relação à EC nº 20/98 e, posteriormente, a EC nº 47/07. E, destarte, "(...) quanto ao princípio da proibição do retrocesso social, que este seria o caso se houvesse negativa no sistema constitucional brasileiro de ser extinta a possibilidade de [direito a] aposentadoria, já que a aposentadoria é um direito social que o constitucionalismo contemporâneo abriga, o que não aconteceu neste caso. Aqui acontecer uma adaptação dos critérios de transição para o novo modelo previdenciário que se veio a estabelecer"³⁸. Não há direito adquirido a regime de transição.

Merece destaque o fato de que a despeito de terem sido trazidas e reconhecidas nos debates quando do julgamento algumas questões econômicas, as razões de decidir se mantiveram no estrito campo da racionalidade jurídica da legalidade. Apenas para exemplificar, anote-se a posição do Ministro Menezes Direito, para quem: "(...) Ninguém discute mais hoje que o regime previdenciário tem natureza contributiva e solidária e, ao mesmo tempo, que deve levar em conta o equilíbrio financeiro e atuarial. Daí, endogenamente, pela própria regra, a possibilidade de alteração desse regime para que ele tenha a natureza contributiva e solidária e, ao mesmo tempo, leve em consideração o equilíbrio financeiro e atuarial, que lhe dá viabilidade"³⁹. E ainda, as palavras enunciadas pelo Ministro Cezar Peluso, que reconhece uma crise da previdência "(...) fruto de vários fatores, entre os quais se podem apontar a má administração da previdência, certa negligência ou desleixo em relação à sonegação e à corrupção

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.104. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgamento em: 26.09.07. DJe-139 divulgado em: 08.11.07. Publicado em: 09.11.07 DJ 09.11.07. p. 148.

37 Neste sentido, ver: Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.105 e 3.128. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgamento em: 18.08.04, DJ 18.02.05, que apreciou a questão da tributação não acatando a tese de imunidade dos proventos.

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.104. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgamento em: 26.09.07. DJe-139 divulgado em: 08.11.07. Publicado no DJ em: 09.11.07. p. 155.

39 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.104. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgamento em 26.09.07. DJe-139 divulgado em 08.11.07. Publicado no DJ em: 09.11.07. p. 157.

dentro dos órgãos destinados à arrecadação das contribuições, soluções precárias e, até, propostas demagógicas, e cujo conjunto evidentemente impede que se dê solução definitiva ou pelo menos aceitável a essa crise que se vai tornando eterna e que a cada período, por mudança de governo e de ventos políticos, acaba recebendo respostas precárias às demandas do tempo”. Outrossim, se introduz nos debates, pela manifestação do Ministro Cezar Peluso, embora não como *ratio decidendi*, o imperativo dos custos: “(...) Mas não é só o problema de segurança jurídica, o problema, também, é avaliar o custo e a viabilidade econômica de certas prestações estatais (...) que podem aniquilar os sistemas e por a perder os próprios direitos reconhecidamente adquiridos”⁴⁰. A racionalidade econômica ainda não se encontra assumida.

Mais tarde, em 2010, merece especial destaque o voto do Ministro Celso de Mello na Suspensão de Tutela Antecipada *STA 175-AgR/CE*⁴¹ em torno de parâmetros constitucionais que são invocados para sustentar a observância do princípio do não retrocesso social, que ganha espaço privilegiado como diretriz para análise da matéria, com o escopo de conservar as conquistas sociais; é a posição do voto que ora vem transcritos:

“Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 127/128; CANOTIHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 320/322. item n. 03; KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 40; SARLET, Ingo W. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Público*, p. 99, n. 12, 2001). Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência,

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.104. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgamento em: 26.09.07. DJe-139 divulgado em: 08.11.07. Publicado em: 09.11.07. p. 176.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada 175 AgR. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgamento em: 17.03.2010. DJe-076 divulgado em: 29.04.2010. Publicado em: 30.04.2010.

que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.”

E, a partir da doutrina sempre referenciada de Joaquim José Gomes Canotilho⁴² citado no acórdão, as razões de decidir se fundamentam exatamente no princípio da vedação do retrocesso:

“O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contrarrevolução social’ ou da ‘evolução reaccionária’. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A ‘proibição de retrocesso social’ nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação no núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente aniquiladora da chamada justiça social. Assim, por ex., será inconstitucional uma lei que extinga o direito a subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionadamente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma (...). De qualquer modo, mesmo que se afirme sem reservas a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais, as eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas (‘Lei da Segurança

42 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 320-321. item n. 3.

Social’, ‘Lei do Subsídio de Desemprego’, ‘Lei do Serviço de Saúde’) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura a simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente autorreversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.”⁴³

Afastando-se de fundamentos de ordem econômica, política ou social, não obstante não sejam desconsiderados ou negados, mantém-se o Supremo Tribunal Federal no espaço estritamente jurídico:

“Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, devo observar que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos da pessoa (como o direito à saúde), a incapacidade de gerir os recursos públicos, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a proteção à saúde, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, da norma inscrita no art. 196 da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental e que é, no contexto ora examinado, o direito à saúde.”⁴⁴

Por fim e por todos, para exemplificar por outras manifestações do Supremo Tribunal Federal que não sejam apenas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ou Mandados de Segurança, em 2011, o princípio do não retrocesso social ocupa o lugar privilegiado da ementa de julgados; registre-se:

“(…) A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada 175 AgR. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgamento em: 17.03.2010. DJe-076 divulgado em: 29.04.2010. Publicado em: 30.04.2010. p. 128-131.

44 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada 175 AgR. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgamento em: 17.03.2010. DJe-076 divulgado em: 29.04.2010. Publicado em: 30.04.2010. p. 133.

A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculos a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.⁴⁵

Enfim, a Justiça deu impulso à Constituição; cumpriram-me poderes.

4 – O DIREITO DO TRABALHO BATENDO ÀS PORTAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE 2014 A 2017: A RACIONALIDADE ECONÔMICA DA EFICIÊNCIA COMO RAZÃO DE DECIDIR

“Antes de mim não se criou jamais
o que não fosse eterno; – e eterna, eu duro.
Deixai toda esperança, vós que entraís.”
(ALIGHIERI, Dante. Canto III. *Inferno*)⁴⁶

A partir de 2014 os julgados do Supremo Tribunal Federal passam a ditar uma racionalidade jurídica econômica eficientista, se afastando da racionalidade jurídica de estrita legalidade. Provocam, desta forma, uma retração na perspectiva de proteção e defesa de direitos fundamentais sociais, nos quais se incluem os tutelares dos trabalhadores. É chegada na Corte Constitucional a era da flexibilidade, da gestão por metas. Tanto aspectos oriundos do mercado, pela via da crise econômica, a ser enfrentada pela lógica dos custos e maximização dos resultados pela ótica da eficiência, quanto a presença do Estado interventor nas relações jurídicas, inclusive a atuação “incômoda” da Justiça do Trabalho são pautas consideradas relevantes em recentes julgados.

Até mesmo o Ministro Marco Aurélio, egresso do Ministério Público do Trabalho, posicionou-se favoravelmente a algumas das pautas desintegradoras da tutela de direitos sociais, tendo inclusive ressaltado que “o Brasil não pode

45 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário 639.337 AgR. Relator: Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Julgamento em: 23.08.2011. DJe-177 divulgado em: 14.09.2011. Publicado em: 15.09.2011.

46 ALIGHIERI, Dante. Canto III. *Inferno (A divina comédia)*. Trad. Jorge Wanderley. Rio de Janeiro: Record, 2004. p. 79.

ficar na contramão desse mundo globalizado”⁴⁷. E, na linha de um viés econômico assumido na decisão, esclarece que “há um outro dado que não podemos deixar de levar em consideração. Digo que o resultado da adesão [ao PDV] se mostrou mais favorável do que se simplesmente se cogitasse das verbas rescisórias. Por que se mostrou mais favorável? Qual era o salário da recorrida?”⁴⁸.

O Ministro Ricardo Lewandowski ressaltou, na mesma trajetória, que em 2014 o levantamento do CNJ era o de que tramitavam no Brasil certa de 95 milhões de processos, pelo que com apenas 16.500 magistrados, julgar os conflitos, no Brasil, se tornou uma “missão impossível”, pelo que formas alternativas de composição e prevenção de conflitos, tais como arbitragem, mediação e conciliação precisam ser incentivadas, sendo, inclusive, “(...) uma tendência inexorável”⁴⁹.

Em paralelo com as reformas trabalhistas empreendidas via Poder Legislativo, o Poder Judiciário colabora com a desestruturação de todo sistema normativo tutelar do direito dos trabalhadores conquistado e construído. Ocorre que no processo de votação, quando políticos “representantes” do povo eleitos democraticamente decidem alterar o marco regulatório deixando explícitas suas posições, abrem-se espaços para manifestações de descontentamento e pressão popular contra tais propostas de alterações prejudiciais. Entretanto, quando o Poder Judiciário, via Supremo Tribunal Federal, avança igualmente em reformas parciais desintegradoras do arcabouço jurídico trabalhista, passa despercebido o desmonte principiológico. Pretende-se, então, ao menos dar visibilidade às mudanças empreendidas pela jurisprudência.

4.1 – O Estado retirante e a virtuosidade do mercado: uma janela de oportunidade para terceirização

Paradigmático o acórdão proferido na *ADI 1.923*⁵⁰ proposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT). No dia 16 de abril de 2015, o Supremo Tribunal Federal explicita a conformação de

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 590.415/SC. Relator: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgamento em: 30.04.2015. Acórdão eletrônico. Repercussão geral. DJe-101 divulgado em: 28.05.2015. Publicado em: 29.05.2015. p. 49.

48 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 590.415/SC. Relator: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgamento em: 30.04.2015. Acórdão eletrônico. Repercussão geral. DJe-101 divulgado em: 28.05.2015. Publicado em: 29.05.2015. p. 51.

49 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 590.415/SC. Relator: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgamento em: 30.04.2015. Acórdão eletrônico. Repercussão geral. DJe-101 divulgado em: 28.05.2015. Publicado em: 29.05.2015. p. 54.

50 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Redator para o Acórdão: Ministro Luiz Fux. Julgamento em: 16.04.2015.

um novo perfil para o Estado, o que refletirá na sua atuação quando da intervenção no campo econômico e, nessa esteira, no próprio direito do trabalho. Desta forma, “o julgamento encerra sobre uma nova concepção gerencial do Estado”, que deixa no passado o “engessamento do Estado, com o impedimento do desenvolvimento social, ciente de que o Estado não pode dar conta de tudo. Então, há hoje uma flexibilização das atividades que não são exclusivas do Estado e que não se deixam vencer pelo estigma de um Estado totalmente constitucionalizado”, como ponderou o Ministro Luiz Fux⁵¹.

O Ministro Ayres Britto pontua o alargamento das questões constitucionais ao indicar que “(...) eles bem revelam que o nosso constitucionalismo hoje é muito mais do que econômico-social, é um constitucionalismo social genérico, sociocultural, digamos assim, porque incorpora não apenas direitos sociais típicos, no art. 6º, ou direitos trabalhistas específicos, no art. 7º – estou falando do nosso constitucionalismo social –, como incorpora ciência e tecnologia, cultura, saúde, educação, Previdência Social, infância, juventude; é um constitucionalismo social do mais largo espectro (...)”⁵². Consta da própria ementa que “a atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo preconcebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevaletentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do Poder Público conforme a vontade coletiva”⁵³.

Confirma a Corte Constitucional, portanto, a viabilidade jurídica da realização de serviços públicos por organizações sociais⁵⁴ nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, meio ambiente, cultura e saúde. É a retirada do público, com a chancela da Corte Constitucional, para agasalhar um modelo de externalização, via terceirização de atividades. Se é reconhecido como juridicamente possível e desejável no âmbito público, quando da gestão de interesse social por empresas privadas, por que não seria factível

51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Redator para o Acórdão: Ministro Luiz Fux. Julgamento em: 16.04.2015. p. 117 e 121.

52 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Redator para o Acórdão: Ministro Luiz Fux. Julgamento em: 16.04.2015. p. 16.

53 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Redator para o Acórdão: Ministro Luiz Fux. Julgamento em: 16.04.2015. p. 3.

54 Sobre o tema, ver: Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.864/PR, que aprecia a arguição de inconstitucionalidade na edição pelo governo do Paraná da lei que cria o Paranaeducação, pessoa jurídica de direito privado na modalidade jurídica de serviço social autônomo, sem fins lucrativos, para auxiliar a gestão do Sistema Estadual de Educação. Relator: Ministro Marco Aurélio.

e por maior razão, na lógica de mercado no modo de produção capitalista, isto é, no espaço das relações privadas, e assim para o mercado de trabalho?

A dicotomia público/privado resta igualmente abalada, na medida em que se aceita o não afastamento da natureza pública o fato de que os serviços sejam prestados pela iniciativa privada: “Há serviços públicos passíveis de prestação não estatal. Serviços que, se prestados pelo setor público, seja diretamente, seja sob regime de concessão, permissão ou autorização, serão de natureza pública; se prestados pela iniciativa privada, serão também de natureza pública, pois o serviço não se despubliciza pelo fato do transpasse da sua prestação ao setor privado”⁵⁵. Não por outra razão, então, atuando em complementação e não substituição, por meio de uma protagonização conjunta e em parceria do Estado com a sociedade civil, via organizações sociais, a execução privada de serviços públicos se coadune com financiamento público⁵⁶, sendo desnecessário qualquer procedimento licitatório⁵⁷, embora obrigatória a celebração de um contrato de gestão⁵⁸. O Ministro Luiz Fux argumenta que o procedimento licitatório da Lei nº 8.666/93 é “reconhecidamente formal, custoso e pouco célere”, ao passo que o regime de direito privado é flexível⁵⁹. E, para concluir, cita a posição do Ministro Gilmar Mendes: “Esse novo modelo de administração gerencial realizado por entidades públicas, ainda que não estatais, está voltado mais para o alcance de metas do que para a estreita observância de procedimentos. A busca a eficiência dos resultados, por meio da flexibilização de procedimentos, justifica a implementação de um regime todo especial”⁶⁰.

Abre-se pelo Supremo Tribunal Federal a janela de oportunidades para flexibilização como se fosse imperativo da modernidade, com a retração do Estado, que se retira para assegurar no espaço do mercado, sob a lógica econômica, a execução de serviços públicos. O panorama de um Estado retirante da intervenção no domínio econômico, pela via do direito do trabalho, vai acarretar efeitos nas posições manifestadas pelos julgadores em seus votos.

55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Redator para o Acórdão: Ministro Luiz Fux. Julgamento em: 16.04.2015. p. 29.

56 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Redator para o Acórdão: Ministro Luiz Fux. Julgamento em: 16.04.2015. p. 30 e 83.

57 BRASIL. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Redator para o Acórdão: Ministro Luiz Fux. Julgamento em: 16.04.2015. p. 36 e 83.

58 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Redator para o Acórdão: Ministro Luiz Fux. Julgamento em: 16.04.2015. p. 83.

59 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Redator para o Acórdão: Ministro Luiz Fux. Julgamento em: 16.04.2015. p. 79.

60 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Redator para o Acórdão: Ministro Luiz Fux. Julgamento em: 16.04.2015. p. 121-122.

4.2 – *Segurança jurídica e quitação plena em PDV: igualdade e liberdade, mas fraternidade, não!*

O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, em julgamento com repercussão geral no *RE 590.415/SC*, tendo como relator o Ministro Luís Roberto Barroso, no dia 30 de abril de 2015, que é válida a cláusula que confere quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas decorrentes do contrato de trabalho, desde que este item conste de Acordo Coletivo de Trabalho e dos demais instrumentos assinados pelo empregado quando ele adere planos de dispensa incentivada (PDI) ou voluntária (PDV). A decisão altera frontalmente o princípio da indisponibilidade – e assim a irrenunciabilidade – dos direitos trabalhistas: “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”.

Dentre as razões de decidir, encontra-se uma análise econômica, travestida de social, quanto aos reflexos da opção pela autoexclusão do trabalho. Consta da ementa: “Os planos de dispensa incentivada permitem reduzir as repercussões sociais das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam do mero desligamento por decisão do empregador. É importante, por isso, assegurar a credibilidade de tais planos, a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular o seu uso”⁶¹.

O Supremo Tribunal Federal enfrenta o âmage da própria razão de ser do direito do trabalho, que constrói um sistema normativo a partir de que “(...) ordens distintas são responsáveis por sua limitação, a saber: i) a condição de inferioridade em que se encontram os trabalhadores perante seu empregador; e ii) o modelo de normatização justralhista adotado pelo ordenamento positivo brasileiro”⁶². É que a vulnerabilidade se constitui como reconhecimento, pelo jurídico, de uma desigualdade econômica e de poder entre os sujeitos da contratualidade, pelo que estatuir um marco regulatório de tutela ou proteção é condição *sine qua non* para buscar minimizar essa condição, que vem ex-

61 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 590.415/SC. Relator: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgamento em: 30.04.2015. Acórdão eletrônico. Repercussão geral. DJe-101 divulgado em: 28.05.2015. Publicado em: 29.05.2015. p. 2.

62 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 590.415/SC. Relator: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgamento em: 30.04.2015. Acórdão eletrônico. Repercussão geral. DJe-101 divulgado em: 28.05.2015. Publicado em: 29.05.2015. p. 15.

pressamente reconhecida no acórdão, *in verbis*: “Entende-se que a situação de inferioridade do empregado compromete o livre-exercício da autonomia individual da vontade e que, nesse contexto, regras de origem heterônoma – produzidas pelo Estado – desempenham um papel primordial de defesa da parte hipossuficiente. Também por isso a aplicação do direito rege-se pelo princípio da proteção, optando-se pela norma mais favorável ao trabalhador na interpretação e na solução de antinomias”⁶³.

Ocorre que restou afastada a perspectiva da limitação da autonomia, sob argumento de que nas relações coletivas não há assimetria, “(...) ao menos com a mesma força (...)”⁶⁴.

A presença de fontes heterônomas estatais para normatização trabalhista no Brasil é tida, pelo Ministro Roberto Barroso, como equivalente a padrões de “(...) experiências da Itália fascista e da Alemanha nazista, no século XX (...)”⁶⁵. A legislação trabalhista é atribuída historicamente à Revolução de 30, ao governo getulista em período autoritário de perseguição estatal às lideranças operárias, mantendo seus efeitos “(...) mesmo durante os breves períodos democráticos (...)”⁶⁶.

Argumenta-se, então, que fora na “transição do modelo corporativo-autoritário, essencialmente heterônomo, para um modelo justralhista mais democrático e autônomo tem por marco a Carta de 1988. A Constituição reconheceu as convenções e os acordos coletivos como instrumentos legítimos de prevenção e de autocomposição de conflitos trabalhistas; tornou explícita a possibilidade de utilização desses instrumentos, inclusive para a redução de direitos trabalhistas [e que] Constituição prestigiou a negociação coletiva⁶⁷ (p. 19) [e assim o] novo modelo justralhista proposto pela Constituição acompanha a tendência mundial (...)” (p. 20). Impõe-se a observância do prin-

63 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 590.415/SC. Relator: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgamento em: 30.04.2015. Acórdão eletrônico. Repercussão geral. DJe-101 divulgado em: 28.05.2015. Publicado em: 29.05.2015. p. 16.

64 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 590.415/SC. Relator: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgamento em: 30.04.2015. Acórdão eletrônico. Repercussão geral. DJe-101 divulgado em: 28.05.2015. Publicado em: 29.05.2015. p. 16.

65 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 590.415/SC. Relator: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgamento em: 30.04.2015. Acórdão eletrônico. Repercussão geral. DJe-101 divulgado em: 28.05.2015. Publicado em: 29.05.2015. p. 17.

66 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 590.415/SC. Relator: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgamento em: 30.04.2015. Acórdão eletrônico. Repercussão geral. DJe-101 divulgado em: 28.05.2015. Publicado em: 29.05.2015. p. 18.

67 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 590.415/SC. Relator: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgamento em: 30.04.2015. Acórdão eletrônico. Repercussão geral. DJe-101 divulgado em: 28.05.2015. Publicado em: 29.05.2015. p. 19.

cípio da lealdade na negociação coletiva, e adequação setorial negociada, já apontando para a supremacia do negociado pelo legislado, se antecipando ao conteúdo da reforma trabalhista: “(...) As regras autônomas juscoletivas podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo, mesmo que sejam restritivas dos direitos dos trabalhadores, desde que não transacionem setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade absoluta. Embora o critério definidor de quais sejam as parcelas de indisponibilidade absoluta seja vago, afirma-se que estão protegidos contra a negociação *in pejus* os direitos que correspondam a um ‘patamar civilizatório mínimo’, como a anotação da CTPS, o pagamento do salário mínimo, o repouso semanal remunerado, as normas de saúde e segurança do trabalho, dispositivos antidiscriminatórios, a liberdade de trabalho, etc.”⁶⁸.

Negando força motriz à conflituosidade, propugna-se o consenso, o negociado como superação de um “paternalismo”: “(...) 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”⁶⁹.

Pelo princípio da equivalência dos contratantes no direito coletivo, aceita a “(...) possibilidade de redução de direitos por meio de negociação coletiva e, ainda, quanto à inaplicabilidade do princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas ao direito coletivo do trabalho”⁷⁰.

Mister destacar, então, a absorção, por processo de naturalização e inevitabilidade, da lógica dos custos: “(...) Os planos de demissão incentivada (PDIs) surgiram na década de oitenta, como recurso pelo qual as empresas procuraram sobreviver aos efeitos da globalização, optando pela redução de custos com

68 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 590.415/SC. Relator: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgamento em: 30.04.2015. Acórdão eletrônico. Repercussão geral. DJe-101 divulgado em: 28.05.2015. Publicado em: 29.05.2015. p. 25-26.

69 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 590.415/SC. Relator: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgamento em: 30.04.2015. Acórdão eletrônico. Repercussão geral. DJe-101 divulgado em: 28.05.2015. Publicado em: 29.05.2015. p. 27.

70 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 590.415/SC. Relator: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgamento em: 30.04.2015. Acórdão eletrônico. Repercussão geral. DJe-101 divulgado em: 28.05.2015. Publicado em: 29.05.2015. p. 24.

pessoal como alternativa emergencial para tornarem-se mais competitivas”⁷¹. E, ainda, “diante da inevitabilidade da dispensa de um grande número de trabalhadores, os PDIs possibilitam, ao menos, reduzir a repercussão social das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam da mera dispensa por decisão do empregador. As demissões coletivas, ao contrário, geram greves, comoção, desemprego e oneração do seguro social”⁷². Quase como se os empregados devessem ser eternamente gratos pela possibilidade de autoexclusão.

E, pelo voto do Ministro Luiz Fux, a posição do Supremo Tribunal Federal quanto às transações extrajudiciais, já vem antecipando o futuro da reforma trabalhista; anote-se: “Eu relembro que de há muito pertence ao ramo do supradireito a noção de que a transação extrajudicial, depois de homologada judicialmente, tem força de coisa julgada. De sorte que uma transação extrajudicial – e hoje essa transação consta como título executivo judicial, porque está coberta pela força da coisa julgada – sequer poderia permitir a abertura da ação para se discutir verbas eventualmente não incluídas nesse plano de adesão voluntária do empregador para sua demissão. A própria doutrina estrangeira sempre considerou a transação como uma sentença entre as partes de caráter irrevogável”⁷³.

Tomou-se a manifestação de vontade coletiva na negociação coletiva que pactua um PDV ou PDI como válida para encaminhar renúncias de trabalhadores, que deveriam ficar restritas ao crivo do direito individual do trabalho, quanto à quitação plena do contrato. Mais ainda, enquadra-se a proteção assegurada como um tratamento indevido.

4.3 – A exaltação da autonomia da vontade e o fim da ultra-atividade de instrumentos normativos da categoria: negociar a qualquer preço

Na esteira do desmantelamento das conquistas dos trabalhadores, em outubro de 2016, no dia 14, uma sexta-feira, o Ministro Gilmar Mendes

71 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 590.415/SC. Relator: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgamento em: 30.04.2015. Acórdão eletrônico. Repercussão geral. DJe-101 divulgado em: 28.05.2015. Publicado em: 29.05.2015. p. 29.

72 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 590.415/SC. Relator: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgamento em: 30.04.2015. Acórdão eletrônico. Repercussão geral. DJe-101 divulgado em: 28.05.2015. Publicado em: 29.05.2015. p. 29.

73 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 590.415/SC. Relator: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgamento em: 30.04.2015. Acórdão eletrônico. Repercussão geral. DJe-101 divulgado em: 28.05.2015. Publicado em: 29.05.2015. p. 41.

concedeu liminar *ad referendum* do Pleno, na *ADPF 323*⁷⁴, ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen), questionando a Súmula nº 277 do Tribunal Superior do Trabalho (Resolução nº 185, de 27 de setembro de 2012), para suspender todos os processos em curso e os efeitos de decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho que versassem sobre a aplicação da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas, sem prejuízo do término de sua fase instrutória, bem como das execuções já iniciadas. A partir de então, caso não houvesse novo instrumento normativo da categoria pactuado, não mais prevaleceriam cláusulas do pacto coletivo anterior. O enfrentamento da questão pela via de uma ADPF é sustentada pelo fato de que “ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, entre outros)”⁷⁵.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, em várias passagens da decisão, é criticada como aviltante ao princípio da segurança jurídica, sendo considerada sua atuação como arbitrária; por todas, transcreve-se:

“Segurança jurídica

Verifica-se que, sem legislação específica sobre o tema, o Tribunal Superior do Trabalho realiza verdadeiro ‘zigue-zague’ jurisprudencial, ora entendendo ser possível a ultratividade, ora a negando, de forma a igualmente vulnerar o princípio da segurança jurídica.

Sem precedentes ou jurisprudência consolidada, o TST resolveu de forma repentina – em um encontro do Tribunal para modernizar sua jurisprudência! – alterar dispositivo constitucional do qual flagrantemente não se poderia extrair o princípio da ultratividade das normas coletivas.

Da noite para o dia, a Súmula nº 277 passou de uma redação que ditava serem as normas coletivas válidas apenas no período de vigência do acordo para o entendimento contrário, de que seriam válidas até que novo acordo as alterasse ou confirmasse.

A alteração de entendimento sumular sem a existência de precedentes que a justifiquem é proeza digna de figurar no livro do *Guinness*,

74 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 323. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 13.03.2017. Processo eletrônico. DJe-050 divulgado em: 15.03.2017. Publicado em: 16.03.2017.

75 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 323. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 13.03.2017. Processo eletrônico. DJe-050 divulgado em: 15.03.2017. Publicado em: 16.03.2017. p. 28.

tamanho o grau de ineditismo da decisão que a Justiça Trabalhista pretendeu criar.

Em tentativa de conferir aparente proteção à segurança jurídica, algumas turmas do TST chegaram a determinar que a nova redação da Súmula nº 277, ou seja, que admite a ultra-atividade, seria válida apenas para convenções e acordos coletivos posteriores a sua publicação. Isso tudo, ressalte-se, de forma arbitrária, sem nenhuma base legal ou constitucional que a autorizasse a tanto⁷⁶.

Ao avocar para si a função legiferante, a Corte trabalhista afastou o debate público e todos os trâmites e as garantias típicas do processo legislativo, passando, por conta própria, a ditar não apenas norma, mas os limites da alteração que criou. Tomou para si o poder de ponderação acerca de eventuais consequências desastrosas e, mais, ao aplicar entendimento que ela mesma estabeleceu, também o poder de arbitrariamente selecionar quem por ele seria atingido⁷⁷.

Da análise do caso extrai-se indubitavelmente que se tem como insustentável o entendimento jurisdicional conferido pelos tribunais trabalhistas ao interpretar arbitrariamente a norma constitucional⁷⁸.

A Corte trabalhista, em sessão para definir quais súmulas e orientações suas deveriam ser alteradas ou atualizadas, conseguiu a façanha de não apenas interpretar arbitrariamente norma constitucional, de modo a dela extrair o almejado, como também de ressuscitar princípio que somente deveria voltar a existir por legislação específica.⁷⁹

Complementa a compreensão da posição adotada pelo Ministro-Relator, como amplamente divulgado pela mídia⁸⁰, constatar que, dias após ter decidido, em uma palestra durante um evento promovido pela Associação Brasileira

76 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 323. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 13.03.2017. Processo eletrônico. DJe-050 divulgado em: 15.03.2017. Publicado em: 16.03.2017. p. 53-54.

77 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 323. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 13.03.2017. Processo eletrônico. DJe-050 divulgado em: 15.03.2017. Publicado em: 16.03.2017. p. 53.

78 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 323. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 13.03.2017. Processo eletrônico. DJe-050 divulgado em: 15.03.2017. Publicado em: 16.03.2017. p. 57.

79 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 323. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 13.03.2017. Processo eletrônico. DJe-050 divulgado em: 15.03.2017. Publicado em: 16.03.2017. p. 49.

80 Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app.noticia.economia.2016.10.22.internas_economia,554291.gilmar-mendes-tst-superprotege-trabalhador.shtml>. Acesso em: 28 ago. 2017.

da Infraestrutura e Indústrias de Base (ABDIB) e pela Câmara Americana de Comércio (Amcham) para discutir problemas de logística no Brasil, mais precisamente no dia 21 de outubro de 2016, o julgador em público igualmente criticou o Tribunal Superior do Trabalho que, do seu ponto de vista manifesta uma má vontade para com o capital, desfavorecendo no excesso de judicialização as empresas e adotando uma hiperproteção do trabalhador, que é tratado quase como um sujeito dependente de tutela. E, completou, “isso é curioso, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) é na maioria formado por pessoal que poderia integrar até um tribunal da antiga União Soviética”.

Constata-se, reiteradamente, que após 2014 o Supremo Tribunal Federal tende a adotar uma hermenêutica constitucional para o direito do trabalho que fomenta a fontes autônomas, formas alternativas de solução de controvérsias e igualdade dos sujeitos contratantes: “(...) 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”⁸¹. Aliás, a intervenção estatal por meio de fontes heterônomas é até mesmo considerada prejudicial: “Em relação a aspectos negativos, Sergio Pinto Martins indica que a incorporação das normas coletivas ao contrato individual de trabalho implica obstar novas negociações coletivas e estimular que o empregador dispense aqueles trabalhadores que tenham cláusulas incorporadas em seus contratos de trabalho, a fim de admitir outros, com benefícios inferiores”⁸².

A mitologia juslaboral, que atribui ao direito do trabalho a faceta negativa de “doação” ou “concessão” de direitos, em um viés tido como excessivamente e irracionalmente protetivo, instaurador de um sistema paternalista a ser ultrapassado pela assunção de uma modernidade, aponta para uma autonomia da vontade do século XIX. Isto porquanto ninguém ousa assumir tais posições em relação ao direito do consumidor, dentre outros. Destaca-se a seguinte passagem:

“Vê-se, pois, que, ao mesmo tempo que a própria doutrina exalta o princípio da ultra-atividade da norma coletiva como instrumento de manutenção de uma certa ordem para o suposto vácuo existente entre o antigo e o novo instrumento negocial, trata-se de lógica voltada para beneficiar apenas os trabalhadores.

81 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 323. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 13.03.2017. Processo eletrônico. DJe-050 divulgado em: 15.03.2017. Publicado em: 16.03.2017. p. 33.

82 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 323. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 13.03.2017. Processo eletrônico. DJe-050 divulgado em: 15.03.2017. Publicado em: 16.03.2017. p. 42.

Da jurisprudência trabalhista, constata-se que empregadores precisam seguir honrando benefícios acordados, sem muitas vezes, contudo, obter o devido contrabalanceamento.

Ora, se acordos e convenções coletivas são firmados após amplas negociações e mútuas concessões, parece evidente que as vantagens que a Justiça Trabalhista pretende ver incorporadas ao contrato individual de trabalho certamente têm como base prestações sinalagmáticas acordadas com o empregador. Essa é, afinal, a essência da negociação trabalhista. Parece estranho, desse modo, que apenas um lado da relação continue a ser responsável pelos compromissos antes assumidos – ressalte-se, em processo negocial de concessões mútuas.⁷⁸³

Refuta a Corte Constitucional o argumento de que haveria um fator positivo no reconhecimento da ultra-atividade da norma coletiva, que seria evitar um período temporal de anomia entre o término da vigência de um instrumento normativo da categoria e a superveniência do seguinte, ante o entendimento de que no interregno as relações de emprego estarão regidas por disposições da legislação trabalhista.

4.4 – Supremacia do negociado sobre o legislado e horas in itinere: o princípio da adequação setorial negociada

A mais nítida e indiscutível comprovação da posição adotada no Supremo Tribunal Federal em torno de uma contínua desestruturação do sistema normativo-principiológico trabalhista é o entendimento da prevalência constitucional do negociado em acordos e convenções coletivas sobre o legislado – Consolidação das Leis do Trabalho – ao apreciar transação do cômputo de horas *in itinere* na jornada de trabalho em acordo coletivo de trabalho em 2016, no Segundo Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 895.759⁸⁴.

O respaldo constitucional indicado é o reconhecimento de acordos e convenções coletivas de trabalho, acolhido à esteira de posição que já havia sido adotada anteriormente pelo voto do Ministro Roberto Barroso no Recurso Extraordinário 590.415⁸⁵, como “instrumentos legítimos de prevenção e de

83 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 323. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 13.03.2017. Processo eletrônico. DJe-050 divulgado em: 15.03.2017. Publicado em: 16.03.2017. p. 55-56.

84 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segundo Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 895.759, Relator: Ministro Teori Zavascki. Segunda Turma. Julgamento em: 09.12.2016. Processo eletrônico. DJe-107 divulgado em: 22.05.2017. Publicado em: 23.05.2017.

85 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 590.415. Tema 152. Relator: Ministro Roberto Barroso. Publicado no DJe: 29.05.2015.

autocomposição de conflitos trabalhistas”, inclusive para “redução de direitos trabalhistas”. Ao adotar, na época, o precedente – Tema 152 –, pacificou-se a perspectiva de que o pactuado via autonomia coletiva, em instrumentos normativos, “(...) podem prevalecer sobre o ‘padrão geral heterônomo, mesmo que sejam restritivas dos direitos dos trabalhadores, desde que não transacionem setorialmente parcelas justralhistas de indispensabilidade absoluta”⁸⁶.

É imperioso revelar que o acordo coletivo de trabalho com o sindicato da categoria negociou a supressão de horas *in itinere* previstas em regra jurídica imperativa inserida na Consolidação das Leis do Trabalho, a qual determina, em seu art. 9º, que será nulo de “pleno direito” todo ato praticado com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação. Em contrapartida, pasmem, concedeu como compensação as seguintes vantagens: “Foi transacionado o cômputo, na jornada de trabalho diária, de 2 horas e 30 minutos de trajeto pela concessão das seguintes vantagens: fornecimento de cesta básica no período de entressafra; seguro de vida e de acidentes além do obrigatório, com prêmio no valor de R\$ 7.000,00, arcado pelo empregador, pagamento de abono anual aos trabalhadores com ganho mensal superior a dois salários mínimos; pagamento de salário-família além do limite legal; fornecimento de repositores energéticos; e adoção de tabela progressiva de produção além da prevista na convenção coletiva”⁸⁷.

Mister destacar, outrossim, que a decisão sustenta que as horas *in itinere* não compõem um “patamar civilizatório mínimo”; afinal, não se trata de direito absolutamente indisponível, assim considerado como os que dizem respeito à saúde e à segurança do trabalho⁸⁸. O parâmetro adotado, desta forma, para o núcleo albergado pelo não retrocesso social seria apenas aqueles direitos absolutamente indisponíveis, considerados no restrito campo da saúde e da segurança do trabalho, e não os que traduzem salário e jornada de trabalho. Indica o relator que “deve-se levar em conta, além do mais, que o trabalhador não desempenha qualquer serviço durante as horas *in itinere*, encontrando-se em trajeto ao local de prestação do serviço”⁸⁹.

86 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 590.415. Tema 152. Relator: Ministro Roberto Barroso. Publicado no DJe: 29.05.2015. p. 1.

87 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 590.415. Tema 152. Relator: Ministro Roberto Barroso. Publicado no DJe: 29.05.2015. p. 14.

88 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 590.415. Tema 152. Relator: Ministro Roberto Barroso. Publicado no DJe: 29.05.2015. p. 14-15.

89 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 590.415. Tema 152. Relator: Ministro Roberto Barroso. Publicado no DJe: 29.05.2015. p. 17.

4.5 – Direito de greve no serviço público e o desconto de dias não trabalhados: a “opção economicamente intolerável”

Também foi em 2016 que o Supremo Tribunal Federal, no *RE 693.456/RJ*⁹⁰, sendo Relator o Ministro Dias Toffoli, em julgamento proferido em 27.10.2016, ao apreciar o Tema 531 da repercussão geral, fixou tese no se sentido de determinar o dever de corte de vencimentos de servidores públicos dos dias não trabalhados em decorrência de adesão e exercício do direito constitucional de greve, com o seguinte teor: “A administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público”⁹¹.

Decidiu-se que a deflagração de greve por servidor público civil corresponde à suspensão do trabalho nos contratos de trabalho e, independentemente de ser “abusiva” ou não a greve, a remuneração dos dias de paralisação não deve ser paga. O desconto dos dias de não trabalho somente não ocorrerá se a causa que gerou o movimento paredista tiver sido provocada pelo atraso no pagamento aos servidores públicos ou outras circunstâncias excepcionais para as quais o ente da Administração ou o empregador tenha contribuído, mediante conduta recriminável.

Manteve posição pela aplicabilidade da legislação de greve da iniciativa privada para os servidores públicos, assente desde o MI 708/DF. Foi ressaltada a importância da negociação coletiva para solucionar o conflito e estabelecer a compensação dos dias de paralisação com o consequente pagamento da remuneração.

O Ministro Edson Fachin, apesar de ter acompanhado o relator pelo conhecimento parcial do recurso, votou pelo não provimento, eis que a greve dos servidores públicos seria direito fundamental, ligado ao Estado Democrático de Direito, principal instrumento de reivindicações civilizatórias da classe

90 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 693.456/RJ. Relator: Ministro Dias Toffoli. Processo eletrônico. Julgamento mérito de tema com repercussão geral em: 27.10.2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica.verDiarioProcesso.asp?numDj=237&dataPublicacaoDj=08.11.2016&incidente=4255687&codCapitulo=2&numMateria=35&codMateria=4>>. Acesso em: 28 ago. 2017. Ver, ainda, Informativos STF ns. 797 e 845. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia.listarJurisprudencia.asp?s1=%28693456%2EPROC%2E%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com.zquqk3>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

91 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo.verProcessoAndamento.asp?incidente=4255687>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

funcional pública diante do Estado. O desconto acarretaria para o servidor uma decisão na adesão ao movimento que representaria uma “opção economicamente intolerável ao próprio servidor e ao respectivo núcleo familiar”.

4.6 – A Justiça do Trabalho e os cortes orçamentários: reduzindo custos para aniquilar direitos

No mesmo ano, em 2016, foi mantido corte da lei orçamentária na Justiça do Trabalho, em decisão na *ADI 5.468*, em 29 de junho daquele ano⁹². Sustentou-se que os cortes orçamentários da ordem de 90% nas despesas de investimento e 24,9% nas de custeio promovidas na Lei Orçamentária Anual – LOA (Lei nº 13.255/2016) acarretariam a precarização da Justiça do Trabalho, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) levou a demanda à apreciação da Corte Constitucional⁹³. Aduziu a autora, ainda, como fundamento, que a redução seria incompatível com o Plano Plurianual de 2016-2019. O Relator do caso, Ministro Luiz Fux, sorteado como relator, encaminhou seu voto pela improcedência, asseverando que o Judiciário não poderia interferir na questão. Divergiram os Ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber.

O fundamento residiu na necessidade de se observar a separação dos Poderes, na qual a autonomia orçamentária garantiria a prerrogativa de elaborar e apresentar propostas ao Poder Executivo, mas a definição do orçamento seria da competência do Poder Legislativo: “A Constituição Federal confere inequivocamente ao Legislativo a titularidade e a legitimidade institucional para debater a proposta orçamentária consolidada pelo chefe do Executivo”.

Imperioso destacar que o Poder Judiciário como um todo não teve o mesmo percentual de corte, o que denota que a maior redução poderia ter como indicativo atacar a independência e a autonomia do Poder Judiciário (art. 99 da Constituição Federal) ou ter caráter retaliatório, porque os demais ramos do Judiciário tiveram reduções menores. “(...) Comparando com os outros ramos da Justiça, teve um corte de mais de 50%. Então, por exemplo, todas as justiças tiveram em média um corte de 15% no custeio e de 40% no investimento, ao

92 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.468. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgamento em: 30.06.2016. Processo eletrônico. DJe-169 divulgado em: 01.08.2017. Publicado em: 02.08.2017.

93 O então Deputado Federal Ricardo Barros (PP/PR), que seria o Relator da Lei Orçamentária para 2016, que cortou 30% das verbas de custeio e 90% dos recursos destinados para investimentos, em uma conferência ministrada, bradou: “Tenho alergia à Justiça do Trabalho! (...) Que precisa parar de ser cega e burra (...)” (Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=zzDIF6dGn38>>. Acesso em: 28 ago. 2017).

passo que a Justiça do Trabalho teve 30% de corte no custeio e 90% de corte no investimento⁹⁴.

O eventual desvio de finalidade ou abuso de poder parlamentar por ato legislativo discriminatório, desproporcional e desarrazoado, não obstante “ostente confessadamente uma motivação ideologicamente enviesada”⁹⁵, verificada na fundamentação do Relatório Final da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização, porquanto não vinculativa para os parlamentares, que votam o orçamento em sessão conjunta das duas Casas Legislativas, restou afastada: “(...) Diante da própria legitimidade da atuação que a Constituição confere ao Legislativo (...), não é possível presumir que as razões para a redução orçamentária tenham sido exatamente tal fundamentação do relatório”⁹⁶.

E, assim, o Ministro Luiz Fux destaca que a elaboração do orçamento depende intimamente do contexto socioeconômico do país, com impacto gerado não exclusivamente à Justiça do Trabalho ou ao Judiciário: “Ainda que os cortes tenham sido mais expressivos quanto aos orçamentos judiciais, as alterações e reduções também abarcaram outros setores e poderes, com repercussões em várias outras atividades, serviços e políticas públicas destinadas à área social e à promoção de direitos fundamentais”⁹⁷. Se, de uma parte, a questão econômica fora fundamental para a apreciação do pedido, de outra, o argumento é o de que “refoge por completo à análise constitucional do STF” matéria orçamentária ou questões afetas a receitas e despesas. Apesar do lamento, o relator ressalta a importância da Justiça do Trabalho como “serviço público estratégico e de típica concreção da soberania e da cidadania para a materialização do Direito fundamental de acesso à Justiça”⁹⁸. Sua função social, a seu ver, deve merecer a sensibilidade do poderes instituídos, e, nesse sentido, fez um apelo ao congresso, observando a possibilidade garantida no art. 99, § 5º, da Constituição,

94 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.468. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgamento em: 30.06.2016. Processo eletrônico. DJe-169 divulgado em: 01.08.2017. Publicado em: 02.08.2017. p. 134.

95 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.468. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgamento em: 30.06.2016. Processo eletrônico. DJe-169 divulgado em: 01.08.2017. Publicado em: 02.08.2017. p. 30.

96 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.468. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgamento em: 30.06.2016. Processo eletrônico. DJe-169 divulgado em: 01.08.2017. Publicado em: 02.08.2017. p. 31.

97 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.468. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgamento em: 30.06.2016. Processo eletrônico. DJe-169 divulgado em: 01.08.2017. Publicado em: 02.08.2017. p. 37.

98 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.468. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgamento em: 30.06.2016. Processo eletrônico. DJe-169 divulgado em: 01.08.2017. Publicado em: 02.08.2017. p. 94.

de abertura de créditos suplementares ou especiais durante a execução orçamentária do exercício⁹⁹.

Poderia ter sido outra a condução, como se depreende do voto do Ministro Celso de Mello, que, ao divergir, fundamentou-se na afronta à autonomia do Judiciário, pela manipulação do processo de elaboração e execução da Lei Orçamentária Anual e, sobretudo, no princípio do não retrocesso social que cumpre uma função impeditiva do retrocesso, para assegurar o progresso que deve ser salvaguardado¹⁰⁰. E, aduz, que ditas leis irrazoáveis se revelam como instrumento de dominação, pelo Legislativo, a outros Poderes da República: “Quando tendem a impor, de modo totalmente ilegítimo, um estado de submissão financeiro-orçamentária [e que] põem em evidência (...) padrões mínimos de razoabilidade”¹⁰¹. Reconheceu, nestes termos, que o Poder Legislativo da União, ao exercer sua competência, agiu “de modo irrazoável e desproporcional”, desvelando nas restrições orçamentárias viciadas e “comprometendo gravemente (...) o princípio da proteção judicial efetiva e o consequente acesso da classe trabalhadora a esse ramo especializado do Poder Judiciário da União, o que produzirá inaceitável efeito perverso em detrimento dos trabalhadores, que ficarão impossibilitados de ver preservados os direitos e garantias sociais de que são titulares”¹⁰².

No mesmo sentido posicionou-se o Ministro Ricardo Lewandowski, que indicou que cortes orçamentários representam um atentado ao funcionamento da Justiça do Trabalho – “(...) um dos seus ramos mais prestigiosos (...)”¹⁰³ –, frustrando a possibilidade de concretização dos direitos sociais, garantidos no art. 7º da Constituição Federal e o pleno livre-exercício das competências da Justiça do Trabalho. Para Lewandowski, afrontando a autonomia do Judiciário, “sobretudo a partir de uma motivação que, a meu ver, se mostra absolutamente

99 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.468. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgamento em: 30.06.2016. Processo eletrônico. DJe-169 divulgado em: 01.08.2017. Publicado em: 02.08.2017. p. 5.

100 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.468. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgamento em: 30.06.2016. Processo eletrônico. DJe-169 divulgado em: 01.08.2017. Publicado em: 02.08.2017. p. 123-124.

101 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.468. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgamento em: 30.06.2016. Processo eletrônico. DJe-169 divulgado em: 01.08.2017. Publicado em: 02.08.2017. p. 112.

102 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.468. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgamento em: 30.06.2016. Processo eletrônico. DJe-169 divulgado em: 01.08.2017. Publicado em: 02.08.2017. p. 119.

103 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.468. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgamento em: 30.06.2016. Processo eletrônico. DJe-169 divulgado em: 01.08.2017. Publicado em: 02.08.2017. p. 126.

inidônea”¹⁰⁴, qual seja a ideia de “instar a magistratura do trabalho a ‘refletir sobre os entendimentos que alegadamente praticaria contra o patronato’¹⁰⁵, ou seja, em torno de quantidade de demandas que, segundo o Ministro Gilmar Mendes estimulam a “judicialização excessiva” de conflitos trabalhistas a custos elevados: “Agora, a discussão pontual sobre se deve incidir aqui ou acolá o maior corte... Tenho, por exemplo, dados do CNJ – apenas para iluminar. Quanto ao custo médio de processo, em 2013, são os dados que temos: custo médio de processo era de 2.369. A Justiça estadual conseguiu os melhores resultados, um custo de 1.795; na Justiça Federal, os gastos de processos foram de 2.063; a Justiça do Trabalho apresentou valor mais elevado, 3.250”¹⁰⁶.

O princípio do não retrocesso social já não é mais razão de decidir. A introjeção da lógica dos custos no espaço público e, sobretudo em relação à concreção, a proteção de direitos fundamentais sociais dos trabalhadores transforma tudo em mercadoria.

4.7 – Prescrição quinquenal de contribuição ao FGTS: retroceder é possível

O ano de 2017 testemunha, em 16 de março, a conclusão do julgamento que iniciara em 2011 sobre prazo prescricional para cobrança de valores de FGTS, quando o Tribunal Pleno, no *RE 522.897/RN*¹⁰⁷, afasta a posição de que seria trintenária para fixar a quinquenal. Relator, novamente, o Ministro Gilmar Mendes. Em 2014, no *ARE 709.212/DF*¹⁰⁸, com repercussão geral – Tema 608 –, o Plenário da Corte já havia enfrentado a matéria, atualizando sua jurisprudência para modificar de 30 para cinco anos o prazo de prescrição aplicável à cobrança de valores relativos à contribuição fundiária não depositados. Vencido, novamente, o Ministro Marco Aurélio, que encaminhou seu voto pela prescri-

104 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.468. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgamento em: 30.06.2016. Processo eletrônico. DJE-169 divulgado em: 01.08.2017. Publicado em: 02.08.2017. p. 127.

105 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.468. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgamento em: 30.06.2016. Processo eletrônico. DJE-169 divulgado em: 01.08.2017. Publicado em: 02.08.2017. p. 127.

106 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.468. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgamento em: 30.06.2016. Processo eletrônico. DJE-169 divulgado em: 01.08.2017. Publicado em: 02.08.2017. p. 96.

107 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 522.897/RN. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 16.3.2017; ver Informativos STF ns. 857 e 634. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia.listarJurisprudencia.asp?s1=%28522897%2EPROC%2E%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com.mbj9fpa>>. Acesso em: 28. ago. 2017.

108 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo 709.212/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgamento em: 13.11.2014. Acórdão eletrônico de Repercussão geral. Divulgado em: 18.02.2015. Publicado no DJE em: 19.02.2015.

ção quinquenal sem modulação, e os Ministros Teori Zavascki e Rosa Weber votaram pela validade da prescrição trintenária.

Declarou-se a inconstitucionalidade do art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90 e do art. 55 do Decreto nº 99.684/90, com eficácia *ex nunc*, de modo a alcançar apenas os processos ajuizados posteriormente à data deste julgamento (Lei nº 9.868/99, art. 27). A posição forma pela aplicação do art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, que prevê prazo prescricional para “créditos resultantes das relações de trabalho” de cinco anos. A possibilidade de se modularem os efeitos em sede de controle incidental atenderia o princípio da segurança jurídica, mitigando os efeitos do princípio da nulidade da lei inconstitucional, com a consequente modulação de efeitos da decisão para resguardar legítimas expectativas dos empregados. Essa tese fora acolhida pelo ARE 709.212/DF, com repercussão geral.

Afastou-se, então, a posição de que o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço teria natureza híbrida, ou seja, enquanto contribuição seria tributária e, ao mesmo tempo, previdenciária; mas ainda trabalhista como salário diferido ou indenizatório. Acolheu-se o FGTS como um direito de índole social e trabalhista; direito dos trabalhadores, consubstanciado em pecúlio. Perdeu-se, no *fluir do tempo*, a perspectiva de que teria sido uma alternativa à estabilidade.

O Enunciado da Súmula nº 362 do Tribunal Superior do Trabalho foi invocado como reforço argumentativo na medida em que teria a própria Justiça do Trabalho reconhecido que se trata de crédito decorrente da relação de emprego ao fixar o entendimento de que “é trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho”. Ocorre que, assim deliberando, se revelou contraditório, em dissonância com o postulado hermenêutico da máxima eficácia das normas constitucionais.

Segundo o Relator, o prazo prescricional previsto no art. 23 da Lei nº 8.036/90 e no art. 55 do Decreto nº 99.684/90 não seria “razoável”: “(...) A previsão de prazo tão dilatado para ajuizamento de reclamação contra o não recolhimento do FGTS, além de se revelar em descompasso com a literalidade do Texto Constitucional, atenta contra a necessidade de certeza e estabilidade nas relações jurídicas, princípio basilar de nossa Constituição e razão de ser do próprio Direito”¹⁰⁹. Tomar o acesso à justiça de trabalhador durante a execução do contrato de trabalho sem nenhuma garantia de emprego, como a estabilidade,

109 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo 709.212/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgamento em: 13.11.2014. Acórdão eletrônico de Repercussão geral. Divulgado em: 18.02.2015. Publicado no DJe em: 19.02.2015. p. 9.

como razão de decidir (“a legislação que disciplina o FGTS criou instrumentos para que o trabalhador, na vigência do contrato de trabalho, tenha ciência da realização dos depósitos pelo empregador e possa, direta ou indiretamente, exigi-los”¹¹⁰), é desconhecer a vida cotidiana do mundo do trabalho.

Em síntese, a Justiça do Trabalho invocada contra ela e o direito dos trabalhadores é usado como argumento para suprimir direito deles próprios.

4.8 – Contribuição assistencial e a organização sindical: livres para retroceder, mas não para garantir o próprio custeio

O Supremo Tribunal Federal, em seu Plenário Virtual e por unanimidade, em 3 de março de 2017, ao analisar o *ARE 1.018.459 RG*¹¹¹, com repercussão geral, Tema 935, tendo como Relator o Ministro Gilmar Mendes, conclui pela inconstitucionalidade da cobrança de contribuição assistencial prevista em instrumento normativo da categoria – acordo, convenção coletiva ou sentença normativa –, mediante descontos procedidos de trabalhadores não sindicalizados. A decisão foi tomada por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio.

O Ministro Relator explicitou a “inegável relevância dos pontos de vista jurídico, econômico e social, eis que a tese fixada afeta potencialmente todos os empregados não filiados a sindicatos e tem reflexo também na organização do sistema sindical brasileiro e na sua forma de custeio”¹¹².

Quanto à matéria de fundo, o ministro explicou a distinção entre a contribuição sindical, prevista na Constituição Federal (art. 8º, parte final do inciso IV) e instituída por lei (art. 578 da CLT), em prol dos interesses das categorias profissionais, com caráter tributário e obrigatório e a denominada contribuição assistencial, também conhecida como taxa assistencial, destinada a custear as atividades assistenciais do sindicato, principalmente no curso de negociações coletivas, sem natureza tributária.

Somente a contribuição sindical prevista especificamente na CLT, por ter caráter tributário, seria exigível de toda a categoria, independentemente de filiação, não obstante estar prevista em instrumento normativo da categoria.

110 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo 709.212/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgamento em: 13.11.2014. Acórdão eletrônico de Repercussão geral. Divulgado em: 18.02.2015. Publicado no DJe em: 19.02.2015. p. 9.

111 STF. Agravo em Recurso Ordinário 1.018.459-RG. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 24.02.2017. Processo eletrônico. Plenário virtual. Repercussão geral. DJe-046 divulgado em: 09.03.2017. Publicado em: 10.03.2017.

112 STF. Agravo em Recurso Ordinário 1.018.459-RG. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 24.02.2017. Processo eletrônico. Plenário virtual. Repercussão geral. DJe-046 divulgado em: 09.03.2017. Publicado em: 10.03.2017. p. 7.

Note-se que a autonomia coletiva que permite a quitação plena em PDV, o afastamento de direitos previstos em legislação infraconstitucional como as horas *in itinere*, não se sustentam juridicamente, segundo o Supremo Tribunal Federal, para assegurar o próprio custeio das atividades essenciais do sindicato. O Ministro observou que a Súmula Vinculante nº 40 estabelece que a contribuição confederativa (art. 8º, inciso IV, da Constituição) só é exigível dos filiados aos sindicatos: “Esse mesmo raciocínio aplica-se às contribuições assistenciais que, em razão da sua natureza jurídica não tributária, não podem ser exigidas indistintamente de todos aqueles que participem das categorias econômicas ou profissionais, ou das profissões liberais, mas tão somente dos empregados filiados ao sindicato respectivo”¹¹³.

Livres estão para suprimir, flexibilizar e desintegrar, mas não estão livres para, no campo do direito sindical que se estrutura a partir da categoria, e não de associados, os quais são representados extra e judicialmente pelo sindicato segundo dicção constitucional, fixar uma contribuição que tem por objetivo custear a sua atuação. A posição é ainda mais perniciosa, na medida em que a reforma trabalhista teria afastada a natureza tributária para adotar a convencional, perdendo o pagamento e repasse da contribuição sindical a sua obrigatoriedade.

5 – O QUE O FUTURO NOS AGUARDA? CONSIDERAÇÕES FINAIS OU A CRÔNICA DE TEMPOS DIFÍCEIS

“Tais palavras, em colorido escuro,
escritas vi, no ato de uma porta;
e eu disse: ‘– Mestre, o que vai dito é duro?’”
(ALIGHIERI, Dante. Canto III. *Inferno*)¹¹⁴

Tempos difíceis estão sendo os atuais. Dureza. Nunca foi a intenção fazer a crítica pela crítica. Desvelar a reforma trabalhista em curso, com o desmantelamento do arcabouço de direitos pela via judicial que está em curso nas decisões do Supremo Tribunal Federal, assegura visibilidade e pode ser a possibilidade de estabelecer estratégias de luta pela preservação de um direito tutelar – e capitalista – do trabalho.

Poder-se-ia pensar que as reformas seriam necessárias, ainda que se tratem apenas de sacrifício do trabalhador para salvar o país em período de

113 STF. Agravo em Recurso Ordinário 1.018.459-RG. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 24.02.2017. Processo eletrônico. Plenário virtual. Repercussão geral. DJE-046 divulgado em: 09.03.2017. Publicado em: 10.03.2017. p. 7.

114 ALIGHIERI, Dante. Canto III. *Inferno (A divina comédia)*. Trad. Jorge Wanderley. Rio de Janeiro: Record, 2004. p. 79.

crise. Mas se há crise, o que se nega peremptoriamente, eis que para o modo de produção capitalista nunca há crise, senão oportunidade para aprimorar seus arranjos, a perspectiva deveria ser a de proteção das conquistas históricas.

Falsamente apregoam os porta-vozes das mudanças ditas “modernizantes” que menos direitos, menos custos, acarretariam mais emprego. Ora, o Direito do Trabalho ou a Justiça do Trabalho nunca foram a causa, nem serão a solução para enfrentar o desemprego. Mesmo depois das reformas, alertou o economista-chefe do banco de investimentos Credit Suisse: “Um déficit primário que dura de 2015 a 2022 ou 2023 terá consequências bem desfavoráveis. A história de países que passaram por crises fiscais mostra que a taxa de desemprego será maior do que antes da recessão. Mas antes da recessão ela estava historicamente baixa. A taxa natural de desemprego será maior. Deve haver um acréscimo de 1,5 milhão ou 2 milhões de desempregados ou que desistiram de procurar emprego, a partir do próximo ano [2018]. E levará mais tempo para baixar. A crise embute uma piora prolongada dos fundamentos da economia”¹¹⁵.

Se a grande conquista do século passado foi exatamente superar um período de ditadura civil-militar e se viver em uma democracia é respeitar as regras estabelecidas, o mínimo a demandar é um positivismo de combate.

No entanto, o que se percebe é a incorporação dessa racionalidade de mercado, eficientista, nas entranhas do Poder Judiciário. Pensar eficiente deveria ser pensar no futuro de uma nação. Mas como nem projeto de nação se tem, ou se discute, o futuro resta abalado em suas estruturas.

Quando não mais se tem interesse, muda-se; eis o menosprezo com a classe trabalhadora. Com a Constituição e seus direitos fundamentais sociais que conformam a sociedade, espera-se ao menos daqueles a quem se lhes atribui a função de garante, que a preservem:

“O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência, que conhece muito bem a minha formação técnica e humanística e o amor que tenho pela Constituição Federal, já sabe como vou concluir o voto.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Só quero dizer que o amor de Vossa Excelência pela Constituição não pode ser maior que o meu.

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO – Por isso espero que Vossa Excelência evolua para me acompanhar.

115 TEIXEIRA, Nilson. Entrevista. Congresso não vê o risco do déficit para o país, diz economista. Caderno Mercado. *Folha de São Paulo*. Publicada em: 20.08.2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado.2017.08.1911327-congresso-nao-ve-o-risco-dos-deficits-para-o-pais-diz-economista.shtml>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – Vamos descobrir a extensão do amor pelo resultado.”¹¹⁶

Para quem vive em tempos de ódio, inclusive pela Justiça do Trabalho, é sempre oportuno lembrar, a partir do neologismo lacaniano “amódio”, que o contrário do amor não é o ódio, senão a indiferença; o ódio é apenas uma manifestação do amor, sendo que o verdadeiro amor pode desembocar no ódio. Como Jacques Lacan, em seu Seminário XXIII sobre sintoma, ao responder sobre a China: “Eu aguardo. Mas não espero nada”¹¹⁷.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, Túlio Augusto Tayano. Direitos sociais e o princípio do não retrocesso social. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 32, n. 124, p. 22-26, out./dez. 2006.

ALIGHIERI, Dante. *Inferno (A divina comédia)*. Trad. Jorge Wanderley. Rio de Janeiro: Record, 2004.

ALMEIDA, Dayse Coelho. A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso. *Inclusão Social*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 118-124, out. 2006/mar. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luistrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf> Acesso em: 27 ago. 2017

BRASIL, Francisca Narjana de Almeida. O princípio da proibição do retrocesso social como efetividade da segurança jurídica. *Themis: Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 8, n. 2, p. 73-80, ago./dez. 2010. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/39324/princ%C3%ADpio_proibicao_retrocesso_brasil.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2017.

BÜHRING, Marcia Andrea. *Direito & Justiça*, v. 41, n. 1, p. 56-73, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/18175/12667>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 320-322. item 03.

COURTIS, Christian. *Ni um paso atrás*: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Efetividade do direito do trabalho: uma mirada no “homem sem gravidade”. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 45, 75, jan./jun. 2007, p. 95-96.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Proibição do retrocesso social e sistema jurídico. Inconstitucionalidade dos projetos de lei que visam permitir a terceirização da atividade fim da empresa. Disponível em: <<http://dallegrave.com/proibicao-do-retrocesso-social-e-sistema-juri>>

116 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 24.875-1/DF. Julgamento em: 09.03.06. p. 369.

117 LACAN, Jacques. *O seminário, livro 23: o sintoma*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 133.

dico-inconstitucionalidade-dos-projetos-de-lei-que-visam-permitir-a-terceirizacao-da-atividade-fim-da-empresa/#_ftn1>. Acesso em: 24 ago. 2017.

DERBI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*. São Paulo: Renovar, 2007.

DUZ, Clausner Donizeti. O princípio constitucional da vedação ao retrocesso frente à constitucionalidade do art. 5º, § 3º, da CF/88. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, ano 4, n. 160. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1016>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

GARCIA, Sérgio Renato Tejada. O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria – análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 36, jun. 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/sergio_tejada.html>. Acesso em: 23 ago. 2017.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. O princípio da proibição do retrocesso social e sua função protetora dos direitos fundamentais. In: *Dimensões materiais e eficaciais dos direitos fundamentais*. Santa Catarina: Unoesc, 2011.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LACAN, Jacques. *O Seminário, livro 23: o sinthoma*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

MACIEL, Álvaro dos Santos. Do princípio do não retrocesso social. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, ano 5, n. 260. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1926>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

MEIRELES, Edilton. Princípio do não retrocesso social no direito do trabalho. *Evocati Revista*, n. 13, jan. 2007. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=100&tmp_secao=18&tmp_topico=direitotrabalho&wi.redirect=3Y8RUL29IN9VVA1K9948>. Acesso em: 28 ago. 2017.

MELO, Geraldo Magela. A vedação ao retrocesso e o direito do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 52, n. 82, p. 65-74, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_82/geraldo_magela_melo.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites dos limites. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MENEZES, Claudio Armando Couce de Amara; SIVOLELLA, Roberta Ferme. As garantias dos direitos sociais elaborassem as dimensões de sua efetividade: direito ao trabalho e à não discriminação. Medidas judiciais entretendo-se cabíveis. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 50, n. 90, p. 73-94, jul./dez.2009.

MIOZZO, Pablo Castro. O princípio da proibição do retrocesso social e sua previsão constitucional: uma mudança de paradigma no tocante ao dever estatal de concretização dos direitos fundamentais no Brasil. Porto Alegre, 2005. Disponível em: <http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/pablo_miozzo/pablo_miozzo_principio_vedacao.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2017.

MURADAS, Daniela. Influxos legais, jurisprudenciais e o princípio da vedação do retrocesso social. In: VIANA, Márcio Túlio (Coord.). *O que há de novo em direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; PIMENTA, Camila Arraes de Alencar. O princípio da vedação do retrocesso social diante da crise econômica do século XXI. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 6, n. 12, p. 216-237. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoe-desenvolvimento/article/download/296/278>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

REIS FILHO, José Wilson; ALVES, Fernando de Brito. Princípio da vedação do retrocesso social: uma interpretação ampliada. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5e6eda66654df2e1>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

REIS, Daniela Muradas. *O princípio da vedação ao retrocesso no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

REIS, Jair Teixeira dos. A aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso dos direitos humanos na proposta de alteração do art. 149 do Código Penal. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15711>. Acesso em: 28 ago. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, mar./abr./maio 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=428>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Público*, n. 12, p. 99, 2001.

_____. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www.abdpc.com.br/admin/midias/anexos/1440694885.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

_____. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público n. 9, mar./abr./maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=182>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

_____. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, set./out./nov. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=319>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. Da reserva do possível e da proibição de retrocesso social. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, v. 76, n. 3, ano XXXIII, p. 40-48, jul./ago./set. 2010.

TEIXEIRA, Nilson. Entrevista. Congresso não vê o risco do déficit para o país, diz economista. *Caderno Mercado. Folha de São Paulo*. Publicada em: 20.08.17. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/08/1911327-congresso-nao-ve-o-risco-dos-deficits-para-o-pais-diz-economista.shtml>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

LA CONSOLIDACIÓN DE LOS “RECORTES LABORALES” APROBADOS EN UN CONTEXTO DE CRISIS ECONÓMICA. EL CASO DEL DESPIDO CON AMORTIZACIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO EN ESPAÑA (1977-2017)

Enrique Cabero*

1 – INTRODUCCIÓN: LA CULPABILIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN LABORAL Y LA ASUNCIÓN DEL RETROCESO SOCIAL

El cambio en la concepción de la intervención del Estado en el ámbito social y económico que introdujeron las nuevas tendencias del capitalismo en las primeras décadas del siglo XX resultan determinantes en la definición del modelo de Estado y, consiguientemente, de la naturaleza y contenidos del Derecho del Trabajo. El entonces naciente Estado Social y Democrático de Derecho no se limitará a actuar para corregir desajustes concretos, sino que habrá de intervenir por mandato constitucional para garantizar la libertad y la igualdad reales y efectivas y, por ello, el ejercicio por todas las personas de los derechos reconocidos constitucional y legalmente. Se proclama una nueva generación de derechos, los llamados derechos sociales, que amplía y matiza el catálogo liberal. Así contempla el artículo 9.2 de la Constitución española vigente, la de 1978, el mandato que conforma la esencia del Estado Social: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas: 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”.

Este modelo surge de un gran pacto interclasista y de rentas, pensado para rectificar los más graves fracasos del sistema de producción capitalista en el Estado liberal de Derecho y, con ello, ahuyentar los procesos revolucionarios que podrían inspirarse en la revolución rusa de 1917. El reconocimiento, la

* *Profesor titular de Derecho del Trabajo – Universidad de Salamanca (España).*

promoción y la garantía reales de los derechos de las personas y de la ciudadanía facilitaron la apertura de un esperado futuro de concordia, sin negación del conflicto social, de crecimiento económico, basado en las tesis keynesianas, con una adecuada redistribución personal y territorial de la renta, y, en fin, de bienestar, de ahí que también se hable de Estado de bienestar. El diseño constitucional del Estado Social y Democrático de Derecho se consolidaría en los Estados más avanzados tras la Segunda Guerra Mundial.

Del Estado Social y Democrático de Derecho se desprende hacia la ciudadanía la confianza por el progreso social y la creencia de la mejora constante de la calidad de vida. Esta especie de optimismo colectivo otorga una amplia legitimación social al modelo. No se concibe, por primera vez en la historia, que la siguiente generación pueda vivir peor o con menos derechos que la previa. El progreso social y el crecimiento económico se convierten en dos objetivos compartidos ampliamente. Las constituciones se redactan desde finales de los cuarenta hasta los setenta del pasado siglo imbuidas por estos planteamientos. También las legislaciones laboral y de Seguridad Social avanzan en este sentido. La creación en los cincuenta de las Comunidades Europeas que se hallan en el origen de la actual Unión Europea relanza con fuerza en la Europa Occidental el Estado Social como realidad y como meta para muchos Estados europeos y del resto del mundo.

La grave crisis económica internacional de los setenta manifiesta con rotundidad las principales debilidades del Estado Social. Se extiende el cuestionamiento del pacto interclasista fiscal o de redistribución de rentas desde núcleos con poder creciente en los terrenos político, social y económico, fundamentado en planteamientos ideológicos y teorías económicas denominadas neoliberales o neoconservadoras, asumidas y promovidas por los gobiernos de Margaret Thatcher (primera ministra británica de 1979 a 1990) y Ronald Reagan (presidente de los Estados Unidos de América de 1981 a 1989). La disolución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y de su bloque (1989-1991) influyó lógicamente en la explicación de las razones legitimadoras del modelo que había surgido históricamente como alternativa democrática y social sólida para evitar procesos revolucionarios principalmente en la Europa Occidental.

Desde finales de los ochenta, las tesis neoliberales en la economía aspiran a convertirse en el pensamiento único que determine el análisis del sustento financiero del Estado Social, que empieza a calificarse de insostenible. Desaparece la predisposición de los grupos con rentas más altas a contribuir fiscalmente para la financiación suficiente del modelo. Y se empieza a culpabilizar con normalidad a las legislaciones laboral y de Seguridad Social, como ya se esgrimió en los setenta, como causas de las crisis económicas y de la

generación de desempleo. Desde entonces la primera reacción institucional ante una crisis económica, sea cual sea su causa inmediata, pasa por reformar la legislación laboral para reducir derechos reconocidos a los trabajadores o, en fin, por “flexibilizar” el marco normativo laboral para superar la crisis y crear empleo nuevamente. Lo paradójico es que habitualmente con esa misma legislación antes, con un funcionamiento adecuado de la economía y del sistema financiero, se había generado empleo; y que cuando se supera la crisis no habrá vuelta atrás, no habrá retorno a la situación previa, más al contrario se esperará a la crisis siguiente para aprobar un nuevo recorte en los derechos de los trabajadores.

La duda se suscita en la existencia o no de límites al retroceso en el umbral de derechos en un Estado Social. Del estudio del origen de este modelo se deduce la existencia de un límite a tales recortes sociales. Ese límite reside en la ruptura del pacto interclasista que se halla en su nacimiento. De ahí que las medidas socialmente regresivas se adopten en contextos de debilidad social, habitualmente en las graves crisis económico-financieras y con la excusa de salir de ellas, y midiendo milimétricamente el grado de malestar, para que este no dé paso a un cuestionamiento generalizado del modelo de Estado que lleve a su fenecimiento en una dirección diferente a la esperada por los grupos que disponen de mayor poder socioeconómico. Lo que sí se ha acabado asumiendo por la ciudadanía es que incluso en el Estado Social se da la posibilidad de retroceso en el bienestar y que, por tanto, la siguiente generación no ha de disfrutar necesariamente de una mejor calidad de vida que la previa.

Se propone estudiar, como ejemplo de la consolidación de los recortes y retrocesos sociales en contextos de crisis económicas, la evolución de la regulación en España de los despidos con amortización de puestos de trabajo desde su ordenación en 1977, ahora que estos han perdido las connotaciones de fracaso que poseyeron en un principio (recuérdense los despidos por crisis de la Ley de 25 de junio de 1935, de medidas transitorias para remediar el paro obrero), para convertirse en un instrumento ordinario de gestión de recursos humanos (reestructuración de plantillas y reorganización de la empresa) e incluso, patológicamente, en un objetivo (la reducción de puestos de trabajo y la expulsión de los trabajadores con mayor antigüedad) premiado con incentivos económicos a directivos, como se ha difundido en los medios de comunicación con motivo de la querrela interpuesta por la fiscalía en el caso de los suicidios de trabajadores acaecidos entre 2007 y 2010 en una importante empresa francesa de telecomunicaciones. Y es que afirma la Ley 11/1994, de 19 de mayo, protagonista de una de las reformas de mayor calado de la legislación laboral española contemporánea, que “sin duda es la regulación de las causas

de extinción de la relación laboral el aspecto más delicado de los ordenamientos laborales. Cuando la necesidad de extinción tiene carácter colectivo y se encuentra basada en crisis de funcionamiento de la actividad empresarial, en ella confluyen elementos de transcendental importancia, vinculados tanto a los derechos de los individuos como a las posibilidades de supervivencia de las empresas, los cuales, según las soluciones que se adopten, pueden llegar a afectar, en épocas de especiales dificultades, a la propia viabilidad, incluso, de los sistemas económicos y sociales” (de su exposición de motivos).

2 – LA PRIMERA SISTEMATIZACIÓN DE LOS DESPIDOS CON AMORTIZACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO (1977-1980)

La primera sistematización de los despidos por causas objetivas y, entre ellos, los que conducen a la amortización de puestos de trabajo, se efectuó por el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (DLRT), promulgado, como se aprecia por la fecha, en plena transición política a la democracia. El gobierno consideró oportuno aprobar, en el marco de las reformas urgentes que requería la necesaria integración política y socioeconómica de España en el entorno de los países más desarrollados de la Europa occidental, una regulación equiparable de los despidos.

El DLRT, que aborda en su contenido también el régimen del ejercicio de la huelga y el procedimiento de conflictos colectivos, da un tímido paso en la inclusión normalizada en la legislación reguladora del contrato de trabajo de los despidos por causas tecnológicas o económicas, cuyo origen se remonta a los llamados despidos por crisis y que en la actualidad se corresponden con los despidos colectivos. Afirma en este contexto, en un apartado de la exposición de motivos que responde al título de *reestructuración de plantillas*, que “la liberalización de las relaciones colectivas de trabajo (...) hace conveniente permitir (...) la fijación de nuevos procedimientos, cuantía de indemnización y prelación en la reestructuración de plantillas por causas económicas o tecnológicas y asimismo la agilización del procedimiento establecido reglamentariamente cuando exista acuerdo entre las partes”. Se complementan con ello las previsiones del artículo 18.1 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales (LRL), el cual se limitaba a establecer que “la extinción de las relaciones individuales de trabajo fundadas en causas tecnológicas o económicas, (...) requerirán la previa autorización del Ministerio de Trabajo, precedida del trámite legal que proceda (...)”; y que “la empresa podrá formular propuesta de indemnización para los supuestos correspondientes, en cuyo caso la autoridad laboral, al resolver, podrá aceptar dicha propuesta siempre

que resulte superior al máximo previsto en la Ley de Procedimiento Laboral [se refiere al texto refundido aprobado por el Decreto 2381/1973, de 17 de agosto, con las modificaciones introducidas por el Real Decreto 1925/1976, de 16 de julio]; si no se fijase indemnización o la cuantía de ésta fuese recurrida, corresponderá a la Magistratura de Trabajo su determinación con arreglo a la citada norma y a la presente Ley”.

Se diferencian a partir de la entrada en vigor del DLRT los despidos individuales de los colectivos, si bien esta segunda denominación no se utilizó por la ley, a pesar de su uso generalizado por las doctrinas científica y jurisprudencial, hasta la reforma de la legislación aprobada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Apenas se retoca inicialmente, entre los despidos individuales, el despido disciplinario, basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador, de configuración legal temprana, al no haberse planteado aún, por razones evidentes, la discusión acerca de la presencia de los derechos fundamentales en el seno de la relación de trabajo. La reformulación deviene esencial con la ordenación legal de los despidos individuales por causas objetivas, a los que se les dedica el Capítulo III del Título V del DLRT, rotulado como “Despido por circunstancias objetivas derivadas de la capacidad del trabajador o necesidades de funcionamiento de la empresa”. Se separa acertadamente, por consiguiente, el despido por ineptitud originaria o sobrevenida del trabajador, por su naturaleza radicalmente diferente, del despido disciplinario y, como es natural, se incorpora al recién ofrecido elenco de causas objetivas justificativas de un despido.

A los despidos colectivos el DLRT les dedicará el Título VI, “Reestructuración de plantillas”, cuyo artículo 45 enlaza con lo regulado en el citado artículo 18 LRL, con remisión expresa al mismo, sobre la “extinción de las relaciones de trabajo fundadas en causas económicas o tecnológicas”. Sin perjuicio de la terminología, el contenido de este precepto determina el carácter colectivo de este tipo de extinción del contrato de trabajo, así como del supuesto de suspensión basado en las mismas causas allí regulado. Véase en este sentido, por ejemplo, la presencia obligatoria de la representación de los trabajadores en el “expediente de reestructuración de plantillas”, con la emisión de un informe preceptivo, o la terminación de dicho expediente (definido legal y reglamentariamente como un procedimiento administrativo) con la autorización o no de la autoridad laboral de la “reducción pretendida” por el empresario.

Esta ordenación de los despidos, de la que en gran medida continúa siendo deudora su regulación vigente en 2017, es fruto del impulso de las reformas laborales que la transición política propicia y, por supuesto, del notable interés que despierta política, social, sindical y empresarialmente la posible entrada de España en el entonces popularmente llamado “mercado común europeo” (la actual Unión Europea), reflejado más tarde en el tenor literal y la finalidad del artículo 93 de la Constitución Española de 1978. Previamente lo manifiesta de forma implícita la LRL al mencionar en su exposición de motivos que, entre otros objetivos, esta Ley “constituye un propósito de actualización y perfeccionamiento de aspectos fundamentales de la normativa del trabajo, introduciendo normas nuevas o actualizando otras que se consideran superadas por la realidad”, por lo que “no puede ni debe olvidar el futuro y ha de anticiparse, en la medida de lo posible, a los criterios y nuevos planteamientos que se adivinan en un porvenir inmediato. De esta manera se recogen o quedan preparadas en su articulado algunas tendencias y mejoras que se presume serán realidad en los próximos años”.

Resulta palpable, ciertamente, que la regulación aprobada por la LRL y, principalmente, por el DLRT en materia de despidos con amortización del puesto de trabajo para facilitar la “reestructuración de plantillas”, justificados por “causas económicas o tecnológicas”, acerca en 1977 la legislación española en este ámbito a los ordenamientos de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea (CEE), en los términos establecidos por la entonces vigente Directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975, referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, como si el gobierno, en su idea de agradar a sus futuros socios y sin estar obligado por ser España un país extracomunitario, hubiese querido transponerla en plazo.

Fue la primera versión del Estatuto de los Trabajadores, aprobada en cumplimiento del artículo 35.2 de la Constitución Española por la Ley 8/1980, de 10 de marzo (LET), tras la intensa discusión parlamentaria del proyecto presentado en junio de 1979 por el gobierno de la Unión del Centro Democrático presidido por Adolfo Suárez, la que completó el nuevo modelo con la dotación de una regulación detallada a los despidos colectivos (artículo 51) y la mejora de la correspondiente a los despidos individuales por causas objetivas (artículo 52), con la adición de extremos y garantías que no se contemplaron en el mencionado artículo 39.1 DLRT. La extinción de relaciones de trabajo por fuerza mayor se introdujo en el artículo 51.1.

Se consolidó con la LET, por tanto, la estructura que se ha sucedido reforma tras reforma y en los textos refundidos de la LET aprobados por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (TRLET-1995), y por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (TRLET-2015), actualmente en vigor, que deroga el anterior. En definitiva, el artículo 51 LET se dedica a la “extinción por causas tecnológicas o económicas” (despido colectivo en la actualidad) y el 52 LET a la “extinción del contrato por causas objetivas” (mantiene desde entonces el mismo epígrafe). Estas causas objetivas del artículo 52 LET quedaron fijadas así (compárese este texto con los de 1977 y 2015):

a) Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento.

b) Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables y hayan transcurrido como mínimo dos meses desde que se introdujo la modificación. El contrato quedará en suspenso por el tiempo necesario y hasta el máximo de tres meses, cuando la empresa ofrezca un curso de reconversión o de perfeccionamiento profesional a cargo del organismo oficial o propio competente, que le capacite para la adaptación requerida. Durante el curso se abonará al trabajador el equivalente al salario medio que viniera percibiendo.

c) En las empresas de menos de cincuenta trabajadores, por la necesidad objetivamente acreditada de amortizar un puesto de trabajo individualizado, cuando no proceda utilizar los servicios del trabajador afectado en otras tareas de la empresa en la misma localidad. Si la empresa contase con un puesto vacante en otro centro de trabajo en distinta localidad, el trabajador podrá ocuparlo, solicitando el traslado con derecho a las compensaciones económicas legales. Si en el plazo de un año se volviera a crear la plaza amortizada, el trabajador despedido tendrá preferencia absoluta para ocuparla.

d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses, siempre que el índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo supere el cinco por ciento en los mismos periodos de tiempo. No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias

debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, licencias y vacaciones, ni enfermedad o accidente no laboral, cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos.”

A diferencia de lo que sucede con el despido objetivo individual del artículo 52.c), que requiere únicamente la comunicación empresarial con las exigencias de contenido y forma fijadas en el artículo 53, la extinción de relaciones de trabajo por causas tecnológicas o económicas “deberá ser autorizada por la autoridad competente a petición del empresario interesado”. Además, “los trabajadores, a través de sus representantes, podrán solicitar la autorización si racionalmente se presumiera que la no incoación del expediente por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación” (artículo 51.2 LET). Se define un procedimiento administrativo con un período de consultas con la representación de los trabajadores, que recibe el nombre de expediente de regulación de empleo.

Adviértase que los despidos con amortización de puestos de trabajo disponen ya en esta primera versión, como ocurre en la propia Directiva 75/129/CEE, aunque en esta con un modelo más flexible para el empresario, de una diferenciación entre individuales y colectivos, con regímenes distintos [artículos 51 y 52.c) LET], basándose en la dimensión de la empresa y el número de trabajadores afectados, pues realmente las causas no determinan la modalidad. Si se está en una empresa de menos de cincuenta trabajadores y es despedido solamente un trabajador, se aplicará el artículo 52.c); mientras que si lo son dos o más, con independencia de la dimensión, se tratará de un despido colectivo del artículo 51.

La LET acometió igualmente la ordenación del modelo de calificaciones de los despidos disciplinarios y objetivos y sus efectos en virtud de su adecuación o no a las previsiones legales (procedente, improcedente o nulo), tanto en la justificación suficiente de las causas que lo fundan, como en el cumplimiento de las exigencias de la forma, y las cuantías de las indemnizaciones que, en su caso, les corresponden a los trabajadores despedidos en cada supuesto (despido objetivo procedente, incluido el despido colectivo, y despidos improcedentes en general; consúltense fundamentalmente los artículos 53, “forma y efectos de la extinción por causas objetivas”, y 56, “despido improcedente”, LET). Estas son las cuantías de las indemnizaciones: “Veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades” en el supuesto de despido objetivo procedente,

incluido el contemplado en el artículo 52.c), y de despido colectivo (artículos 51.10 y 53); y “cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades” cuando el empresario no opte por la readmisión en el caso de despido improcedente (artículo 56.1). Se actualizó a su vez la noción de salarios de tramitación, figura con naturaleza indemnizatoria, que no salarial, a pesar de la denominación, en los despidos improcedentes y nulos: “una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique la sentencia de la jurisdicción competente o hasta que haya encontrado otro empleo si tal colocación es anterior a dicha sentencia y se pruebe por el empresario lo percibido (...)” (artículo 56.1 LET).

El artículo 56.5 LET determinó, puesto que no depende del empresario la celeridad en la resolución judicial del asunto, que “Cuando la sentencia de la jurisdicción competente que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de sesenta días desde la fecha en que se presentó la demanda, el abono de la percepción económica a que se refiere el apartado b) del número uno de este artículo [salarios de tramitación], correspondiente al tiempo que exceda de los dos meses antes señalados, será por cuenta del Estado”. Esta previsión ha permanecido en el Estatuto de los Trabajadores hasta la actualidad (artículos 57 TRLET-1995 y 56.5 TRLET-2015), aunque en el TRLET-2015 el plazo se ha ampliado a noventa días (modificación introducida ya en el TRLET-1995 por el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad), excepto durante la vigencia del Real Decreto-Ley 5/2002, debido a las razones que se detallan más abajo. Obsérvese asimismo cómo las empresas de menor dimensión, las que disponen de menos de veinticinco trabajadores, han contado con soluciones específicas para reducir la cuantía de la indemnización, asumiendo incluso el Fondo de Garantía Salarial el pago de un porcentaje de la parte resultante (artículos 56.4 LET y 33.8 TRLET-1995, matizado a la baja por el Real Decreto-Ley 3/2012 y la Ley 3/2012 y finalmente derogado por la disposición final quinta de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, por lo que este trato diferenciado para las empresas más pequeñas no se encuentra en el vigente TRLET-2015).

El modelo descrito se mantiene básicamente en el TRLET-2015, bien que con modificaciones sustanciales, como el adecuado encuadramiento en la nulidad de los despidos discriminatorios o con lesión de derechos fundamentales y libertades públicas (véanse sobre la nulidad del despido las atinadas línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, comenzada por su sentencia [STC] 38/1981, de 23 de noviembre, y construcción doctrinal del Profesor Manuel

Carlos Palomeque López, director de esta revista, expandida por su libro *Despidos Discriminatorios y Libertad Sindical*, editorial Civitas, Madrid, 1983) y de los despidos conculcadores de los derechos derivados de las situaciones de embarazo, maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural y de las enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural (gracias a las modificaciones introducidas en el TRLET-1995 por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras), así como la reconducción de los incumplimientos de forma hacia la improcedencia y no la nulidad (Ley 11/1994 en el despido disciplinario y Ley 3/2012 en los despidos objetivos) y, como se explica más adelante, la reducción de la cuantía de la indemnización por despido improcedente y la limitación, que lleva a su práctica desaparición en muchos casos de improcedencia, del devengo de los salarios de tramitación.

3 – LA REDEFINICIÓN FLEXIBILIZADORA DE 1994: LOS RENOVADOS DESPIDOS POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN

La crisis económica internacional que empieza a manifestarse en los inicios de los noventa y su repercusión negativa sobre el empleo provocan, como viene siendo habitual, la reactivación de los debates sobre la necesidad de flexibilizar la legislación laboral. Se vuelve a culpar, entre otros factores, a la supuesta rigidez del despido con amortización del puesto, al que se le acusa desde las principales organizaciones empresariales de ser extremadamente caro, como resultado de los acuerdos que han de alcanzarse con la representación de los trabajadores en el período de consultas, y de dotar de un excesivo protagonismo a la autoridad laboral, a quien le compete autorizarlo o no. Se considera desde estas posiciones que la solución ofrecida por la legislación laboral española se aparta de los principios, criterios y pautas marcados por la Directiva 75/129/CEE, especialmente tras su modificación por la Directiva 92/56/CEE (derogadas y sustituidas por la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, la cual pretende armonizar las provisiones de las anteriores).

En este contexto se aprueba, a iniciativa del gobierno socialista presidido por Felipe González, la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sancio-

nes en el Orden Social, contestada por las organizaciones sindicales, que la calificaron de grave agresión a los derechos de los trabajadores, y criticada por las organizaciones empresariales, que la consideraron muy insuficiente para alcanzar sus pretensiones flexibilizadoras del marco normativo de los despidos, entre otras materias. Afirma al respecto la Ley 11/1994 en su exposición de motivos que “la norma opta por mantener parcialmente el sistema vigente de intervención administrativa en los despidos colectivos – aunque clarificando y objetivando dicha intervención – en todos aquellos supuestos en que, en función de la necesaria intensidad de la medida, los intereses colectivos económicos y sociales deben ser ponderados. Por contra, aquéllos en los que predominan los intereses de carácter individual pueden ser remitidos simplemente a los instrumentos jurídicos establecidos, con carácter general, para la defensa de dichos intereses”. En fin, se intenta “garantizar los elementos básicos de competitividad de una empresa, haciendo posible que las decisiones rescisorias, adoptadas con sometimiento a procedimientos legales puedan llevarse a cabo con la finalidad precisamente de mantener en el futuro la pervivencia de la empresa”.

La Ley 11/1994, en cualquier caso, constituye la más amplia y profunda reforma del Estatuto de los Trabajadores hasta la protagonizada por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, así como la posterior y homónima Ley 3/2012, de 6 de julio. Dio lugar por su alcance a la autorización para la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, derogados respectivamente por los vigentes 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, y Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Devino especialmente relevante la operación legislativa conducente a la reordenación de los despidos con amortización de puestos de trabajo. El escaso margen que ofrecía al empresario en las situaciones de reducción o reestructuración de la plantilla el despido objetivo individual del artículo 52.c) LET había propiciado una práctica indeseable pero tolerada: la utilización del despido disciplinario, asumiendo la existencia de improcedencia y, por ello, el pago de la indemnización correspondiente, como figura sustitutiva de un despido objetivo por causas empresariales de dimensión menor al despido colectivo. Favoreció tal hecho que la construcción legal del despido en la LET y las Leyes de Procedimiento Laboral que se sucedieron (especialmente su texto refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1568/1980, de 13 de junio, y su texto

articulado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril) tomase como referencia, con diversos juegos de remisiones, lo regulado para el despido disciplinario.

La Ley 11/1994 aprobó la modificación más relevante hasta entonces de la ordenación de los despidos con amortización de puestos de trabajo fijada por la LET en 1980. Puede afirmarse que aparece un nuevo despido, no previsto realmente ni por el DLRT, ni por la LET, aunque la fórmula elegida dota al cambio de apariencia de evolución natural: el despido objetivo con amortización del puesto de trabajo recogido en el artículo 52.c). Y es que no responde a los criterios que dieron lugar a la causa que sustituye, sino al marco renovado por la Directiva 92/56/CEE, por lo que se desmarca efectivamente de la sistemática interna del propio artículo 52, pues muy poco tiene que ver en sus fines con el despido por ineptitud, por falta de adaptación a las modificaciones del puesto de trabajo o por faltas de asistencia aun justificadas [apartados a), b) y d)]. Si bien no pierde su naturaleza intrínseca de despido objetivo individual, cumple en la empresa una función análoga al despido colectivo, presentándose como la alternativa preferida al mismo, siempre que no se alcancen los umbrales numéricos de trabajadores afectados del artículo 51.1 LET, por no requerirse ni la apertura del expediente de regulación de empleo, con su período de consultas (y negociación) entre el empresario y la representación de los trabajadores, ni la autorización del despido por la autoridad laboral. Desde su aparición en 1994 se ha convertido en la modalidad de despido más utilizada.

Los umbrales numéricos que marcan la frontera entre el despido colectivo y el del artículo 52.c) se han mantenido en idénticos términos y siguen indicándose en el vigente artículo 51.1 TRLET-2015, que establece lo siguiente: “A efectos de lo dispuesto en esta ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a: a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores. b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores. c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores. (...) Se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquel se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas. (...)”.

La flexibilización de los despidos con amortización de puestos de trabajo, sin embargo, no viene solamente determinada por la transformación del despido objetivo del artículo 52.c), sino también, naturalmente, por la ampliación y pormenorización de la lista de causas que pueden fundar un despido de esta índole. Se pasa de las causas tecnológicas y económicas de la LET de 1980 a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción introducidas por la Ley 11/1994 y conservadas sin cambios en su enumeración en el TRLET-1995 y el TRLET-2015. Son estas mismas causas las que han de justificar el despido del artículo 52.c), el cual abandona la fórmula elegida para delimitar la causa de este despido objetivo individual por la LET: “La necesidad objetivamente acreditada de amortizar un puesto de trabajo individualizado, cuando no proceda utilizar los servicios del trabajador afectado en otras tareas de la empresa en la misma localidad”. No cabe duda de que la Ley 11/1994 decide basar las dos modalidades de despido con amortización de puestos de trabajo, esto es, el despido objetivo individual (o plural, si coinciden en el tiempo varios despidos individuales) del artículo 52.c) y el despido colectivo del artículo 51.1, en las mismas causas, es decir, las económicas, técnicas, organizativas o de producción, incluso en el espacio de tiempo en el que estuvo en vigor la aparente e inaplicada matización sobre los criterios explicativos de las mismas (1997-2012), introducida en el artículo 52.c) por el Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, y por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de igual rótulo, que lo deroga y sustituye.

La lógica interna del modelo nacido de la Ley 11/1994 exige que la nueva relación de causas se vea complementada con una explicación suficiente de los criterios o pautas que deben seguirse para que se dé la concurrencia en cada supuesto concreto de alguna de ellas y los despidos sean procedentes o, en el caso de los colectivos, autorizados correctamente por la autoridad laboral. Surge con ello otro debate complicado, generador de controversias políticas, sindicales y empresariales. Será determinante para la facilitación del uso de estos despidos, en buena medida, la utilización de parámetros restrictivos o flexibles en la evaluación de la presencia real de las causas por el empresario y, si procede, por la autoridad laboral y, seguramente, por los órganos judiciales que entiendan de la posible impugnación. No debe sorprender, así las cosas, que la estructura fijada en 1994 no se haya replanteado en las sucesivas reformas, pero que la redacción dada a la definición de los criterios para la valoración de las causas haya sido objeto de notables modificaciones.

De esta forma quedaron redactadas desde la reforma del artículo 51.1 LET por la Ley 11/1994 las pautas para la valoración de la concurrencia de las

causas de despido colectivo y, por remisión, las del objetivo del artículo 52.c): “Se entenderá que concurren las causas a que se refiere el presente artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos”. Sin perjuicio de la ausencia de consecuencias prácticas, pues se aplicaron, como ya se ha dicho, de la misma manera por los órganos judiciales, se fijaron una pautas aparentemente diferentes para el despido objetivo del artículo 52.c) cuando se modificó su tenor literal en el TRLET-1995 por el Real Decreto-Ley 8/1997 y la Ley 63/1997: “A tal efecto, el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción, para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos”.

La opción flexibilizadora del despido elegida en 1994, por consiguiente, se centra en la redefinición de los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. No se trata tanto de una decisión de reducción de costes empresariales en estos casos, en sintonía con las tendencias defensoras del abaratamiento del despido, sino de ampliación de las posibilidades del empresario de acudir a esta vía, puesto que realmente se incrementa el elenco de causas, deviene más sencilla su justificación en favor de la procedencia y se reduce el ámbito de la exigencia de autorización administrativa, que se reserva a aquellos supuestos que por su dimensión en términos relativos se califican como de despido colectivo. La reforma de 1994 no se decantó por la reducción de las cuantías de las indemnizaciones por despido procedente e improcedente, ni por la alteración del régimen jurídico de los salarios de tramitación. Estos dos últimos asuntos y el mantenimiento de la autorización administrativa para los despidos colectivos motivaron el descontento de las organizaciones empresariales más representativas, las cuales no cejaron en sus reivindicaciones.

4 – EL AFÁN POR ABARATAR LOS DESPIDOS: LAS MODIFICACIONES DE 2002 EN LA REGULACIÓN DE LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN

La reforma de la legislación laboral y del sistema de protección por desempleo de los años 1993 y 1994, como se ha indicado, no contó con el respaldo de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Los

intentos de alcanzar un acuerdo entre estas y el gobierno a través de procesos de concertación social fracasaron. El rechazo sindical condujo, junto a otras movilizaciones, a la convocatoria de la huelga general del 27 de enero de 1994.

El gobierno del Partido Popular, presidido por José María Aznar, nacido de la mayoría simple en el Congreso de los Diputados obtenida por este partido en las elecciones generales del 3 de marzo de 1996, buscó inicialmente la consolidación de la reforma laboral de 1994, dando lugar a leves retoques de la misma legitimados por la concertación social. Aquí se halla el origen del Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, después derogado y sustituido, como se ha anticipado, por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre. El Real Decreto-Ley 8/1997 convierte en norma con rango de ley y, con ello, incorpora al ordenamiento jurídico los contenidos del acuerdo suscrito poco antes por la Unión General de Trabajadores y Comisiones Obreras y por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa, que, según subraya la exposición de motivos, “consideraron urgente e inaplazable retomar algunas cuestiones pendientes en el marco del diálogo social, así como abrir un debate y reflexión acerca de en qué medida la recuperación económica pudiera verse acompañada de una mejora del funcionamiento del mercado de trabajo que permita responder conjuntamente a los graves problemas del paro, la precariedad y la alta rotación del empleo”.

Se ha mencionado ya el cambio cosmético y sin consecuencias efectivas del artículo 52.c) TRLET-1995. Interesa en este punto la creación por las normas citadas, recogiendo lo acordado por los interlocutores sociales, de una modalidad de contrato de trabajo, extramuros del TRLET-1995 por su carácter experimental, para el fomento de la contratación indefinida en un contexto de notable incremento del uso y abuso de los contratos de duración determinada o temporales. Se une a la aprobación de ciertos incentivos a la contratación, enmarcados obviamente en el diseño de las políticas activas de empleo, la introducción de lo que se consideró un acicate estructural: la reducción solo para esta nueva modalidad de la cuantía de la indemnización por despido objetivo improcedente. Se pretende comprobar así la eficacia del llamado abaratamiento del despido en el fomento de la contratación indefinida en un momento en el que, como resultado de la reforma de 1994, se hacía imposible la prórroga de los contratos de trabajo temporales para el fomento del empleo ideados en la reforma de la LET aprobada por la Ley 32/1984, de 2 de agosto. Se mantuvo, a pesar del escaso éxito de la medida para combatir las tendencias patológicas de la contratación laboral, hasta 2012 (disposición derogatoria del Real Decreto-

Ley 3/2012 y de la Ley 3/2012), año en el que se aprobó otra modalidad de contrato de trabajo para el fomento de la contratación indefinida, cuya existencia es transitoria por definición (hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del quince por ciento), regulada también fuera del TRLET-1995 (y después del vigente TRLET-2015), esto es, el controvertido contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores, dirigido a empresas con menos de cincuenta trabajadores (el noventa y cinco por ciento del tejido empresarial), que encuentra como incentivo básico la inclusión de un periodo de prueba con una duración de un año (artículo 4 del Real Decreto-Ley 3/2012 y de la Ley 3/2012).

El Tribunal Constitucional salva la cuestionada constitucionalidad de esta modalidad de contrato siempre que la tasa de desempleo esté por encima del quince por ciento. Marca una singular línea argumental con motivo de la crisis económica y su repercusión en el desempleo, generadora de riesgos innecesarios para la cabal tutela de los derechos constitucionales y la delimitación de su contenido, en la STC 119/2014 (“atendido el contexto de grave crisis económica y alto desempleo a que responde la introducción y mantenimiento del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, hemos de afirmar que la fijación en esta modalidad contractual de un período de prueba superior al generalmente previsto para las demás relaciones laborales encuentra justificación”, del fundamento jurídico 3), y, en igual sentido, en la STC 8/2015.

El apartado 4 de la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 8/1997 (véase el mismo precepto de la Ley 63/1997 y de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad) señalaba lo siguiente: “Cuando el contrato se extinga por causas objetivas y la extinción sea declarada improcedente, la cuantía de la indemnización a la que se refiere el artículo 53.5 del Estatuto de los Trabajadores, en su remisión a los efectos del despido disciplinario previstos en el artículo 56 del mismo texto legal, será de treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de veinticuatro mensualidades”. La cuantía aplicable al resto de las modalidades de contrato de trabajo continuará siendo, hasta la reforma de 2012, de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades.

No satisfizo esta disposición la reivindicación empresarial de abaratamiento del despido. Por esta razón, el gobierno del Partido Popular, ya con la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, aprobó el Real Decreto-Ley

5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, que suprimió los salarios de tramitación en aquellos casos, habituales por cierto, en los que, a pesar de la improcedencia del despido, el empresario opta por la extinción del contrato de trabajo y no por la readmisión, abriendo, no obstante, el acceso a la prestación por desempleo al trabajador despedido aunque no se haya dictado todavía la sentencia. Este Decreto-Ley, declarado inconstitucional y nulo por la STC 68/2007, por razones vinculadas a la aprobación de la reforma mediante esta vía y no por ley ordinaria, cuando ya había perdido su vigencia por derogación, recibió una durísima contestación sindical y suscitó la convocatoria de una huelga general para el 20 de junio de 2002.

El apartado e) de la disposición derogatoria única de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, derogó expresa e íntegramente el Real Decreto-Ley 5/2002. El citado rechazo sindical, al que se sumó la mayor parte de los grupos políticos, forzó el cambio de criterio del gobierno. Se gestó en consecuencia un proyecto de ley que partió del diálogo social en su elaboración. La medida directa más relevante para el abaratamiento del despido improcedente iba a ser sustituida, para disgusto de las organizaciones empresariales más representativas, que habían defendido la idoneidad del Real Decreto-Ley 5/2002, por otra diferente a la contenida previamente en el TRLET-1995. Se ofrecerá al empresario un mecanismo para suspender el devengo de los salarios de tramitación y, a cambio, en palabras de la exposición de motivos, sobre la base de la vía abierta por el real decreto-ley derogado, se contemplará “el comienzo de la percepción de la prestación de desempleo desde el cese por despido, con independencia de su impugnación, posibilitando la existencia de ingresos en el período que medie entre el despido y la conciliación o la sentencia”.

Se recupera para ello el concepto de salarios de tramitación en el artículo 56.1.b) TRLET-1995, conforme a lo regulado antes del Real Decreto-Ley 5/2002, y se redacta así el artículo 56.2: “En el supuesto de que la opción entre readmisión o indemnización correspondiera al empresario, el contrato de trabajo se entenderá extinguido en la fecha del despido, cuando el empresario reconociera la improcedencia del mismo y ofreciese la indemnización prevista en el párrafo a) del apartado anterior, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste. Cuando el trabajador acepte la indemnización o cuando no la acepte y el despido sea declarado improcedente, la cantidad a que se refiere el párrafo b) del apartado anterior [salarios de tramitación], quedará limitada a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la del depósito, salvo cuando el depósito se

realice en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido, en cuyo caso no se devengará cantidad alguna. A estos efectos, el reconocimiento de la improcedencia podrá ser realizado por el empresario desde la fecha del despido hasta la de la conciliación”.

Para aquellos que vieron en el diseño de los salarios de tramitación del Real Decreto-Ley 5/2002 un primer paso dirigido a la reducción de los costes por despido improcedente, bien que insuficiente, pues no dejaba de reivindicarse la bajada de la cuantía de la indemnización, se recibió con inquietud la promulgación de la Ley 45/2002. Se abrió la puerta, empero, a que el despido improcedente sin readmisión pudiese quedar libre del devengo de salarios de tramitación con el reconocimiento por el empresario de la improcedencia en la forma y el plazo expresados por la ley. Surge de estas modificaciones de 2002 de los salarios de tramitación y del acceso a la protección por desempleo lo que en el argot laboral se vino a denominar el “despido exprés”, figura que menosprecia fácticamente la justificación de la causa del despido a cambio del pronto pago de la indemnización por despido improcedente.

5 – LA FLEXIBILIZACIÓN EXTREMADA DE LOS DESPIDOS CON AMORTIZACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO (CAUSAS, PROCEDIMIENTO Y REDUCCIÓN DEL COSTE DE LA IMPROCEDENCIA: LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN LABORAL DE 2012

El crecimiento económico y el buen comportamiento del empleo que se produjeron hasta 2007 situaron en estado de hibernación las discusiones acerca de la conveniencia de nuevas reformas de la legislación laboral. Solamente los estudios y documentos de la Unión Europea sobre la llamada “flexeguridad”, o “flexiseguridad”, en la relación de trabajo generaron algunas propuestas en materia laboral y de protección social que no acabaron de convencer plenamente. Se trataba de buscar el modelo sociolaboral idóneo para los Estados miembros de la Unión Europea en un entorno caracterizado por el cuestionamiento del Estado social y la mayor globalización económica de la historia.

La grave crisis económico-financiera internacional, que afectó con especial virulencia a la situación socioeconómica de los Estados de la Unión Europea, reavivó, entre otras exigencias supranacionales de índole sociolaboral y de política de consolidación fiscal (eufemismo para demandar recortes en la financiación del sector público y, en realidad, de las medidas de acción positiva del Estado Social), las reivindicaciones de las organizaciones empresariales sobre la “flexibilidad laboral”, apoyadas insistentemente por la Unión

Europea y el Fondo Monetario Internacional, cuyos cuadros profesan las tesis económicas neoliberales más ortodoxas, y replanteó con fuerza el debate acerca de la facilitación de los despidos con amortización de puestos de trabajo y la reducción de la cuantía de las indemnizaciones.

La primera modificación de los artículos 51.1 y 52.c) TRLET-1995 llega, en el marco de una reforma más amplia de la legislación laboral en respuesta a la crisis económico-financiera galopante, con la aprobación por el gobierno socialista presidido por José Luis Rodríguez Zapatero del Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, y más tarde de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, que lo deroga, resultado de la tramitación de aquel como proyecto de ley. Contra estas reformas las organizaciones sindicales convocaron una huelga general para el 29 de septiembre de 2010.

Se decide actuar sobre las pautas valorativas de la concurrencia o no de las causas justificativas del despido colectivo y, por ende, del previsto en el artículo 52.c), que pasa a limitarse de nuevo, como en la versión de 1994, a remitirse expresa y directamente al 51.1. Se dota de una nueva redacción con una evidente finalidad flexibilizadora al párrafo segundo del artículo 51.1 TRLET-1995, arriba reproducido, que se transforma en dos:

“a) “Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado.

b) Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. A estos efectos, la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favore-

zca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.”

Si bien se acompañan estas modificaciones de algunos retoques en el artículo 51.2, introducidos por el Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, no cambian ni la cuantía de la indemnización, ni básicamente el procedimiento. El cambio en estos despidos se complementó con una facilitación de la fundamentación de la causa del despido objetivo individual por faltas de asistencia aun justificadas [artículo 52.d) TRLET-1995], al rebajar del 5 al 2,5 por ciento el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo que ha de superarse.

Las elecciones generales del 20 de noviembre de 2011 conformaron una nueva etapa parlamentaria con una holgada mayoría absoluta del Partido Popular. El gobierno presidido por Mariano Rajoy anuncia una profunda reforma de la legislación laboral acorde con las reivindicaciones de la patronal, entre las que se halla, como se ha dicho, la flexibilización y el abaratamiento de los despidos con amortización de los puestos de trabajo, porque la aprobada en 2010 se califica de estéril por insuficiente. Y así fue: primero el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y después su homónima Ley 3/2012, de 6 de julio, aprobaron la reforma del Estatuto de los Trabajadores que, desde la versión inicial de 1980, más ha alterado el sistema de equilibrios entre los intereses contrapuestos que protagonizan las relaciones laborales individuales y colectivas, decantándose sin ambages por primar la posición empresarial en un empeño declarado por promover la llamada flexibilidad interna y restringir la negociación colectiva de sector. La práctica totalidad de las organizaciones sindicales de ámbito estatal y de comunidad autónoma se confrontaron con firmeza, respaldadas por las formaciones políticas de la izquierda, y promovieron un intenso programa de movilizaciones con la convocatoria de las huelgas generales del 29 de marzo y del 14 de noviembre de 2012.

Se dice por el legislador que de esta forma se frenará la destrucción de puestos de trabajo y se reducirá el número de despidos por causas económicas. Se exhibe con insistencia además como mérito de la reforma la desaparición del “despido exprés”, que, como afirma la exposición de motivos de la Ley 3/2012, “se ha convertido, a la luz de los datos más recientes, en el principal cauce de extinción de contratos indefinidos, superando con creces el número de despidos colectivos y objetivos”. Llama la atención que se considere al denominado “despido exprés” una categoría diferenciada de otros despidos, como los objetivos, cuando efectivamente se generó como una práctica torticera de

los despidos individuales regulados por el Estatuto de los Trabajadores. Por cierto, no se elimina realmente el “despido exprés” porque la combinación de la supresión de los salarios de tramitación en el despido improcedente sin readmisión y el posible acuerdo en conciliación previa al proceso puede conducir a mecanismos iguales o muy semejantes. Además, no se produce la compensación de la limitación del uso del despido a cambio de mayores dosis de flexibilidad interna en la dinámica de la relación laboral (movilidad geográfica y funcional, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, inaplicación del convenio colectivo, etc.), pues, contradictoriamente, también se abarata el despido y se facilitan sin precedentes los que conllevan la amortización de puestos de trabajo y el basado en las faltas de asistencia aun justificadas [artículo 52.d) TRLET].

La regulación actualmente en vigor de los despidos fundados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, contemplados en los artículos 51 y 52.c) TRLET-2015, nace de la redacción dada a estos preceptos y sus complementarios por el Real Decreto-Ley 3/2012, con algunos retoques aprobados por la Ley 3/2012 (sobre la valoración de la justificación de las causas) y por la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, derivada en sus contenidos del Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto (acerca de las exigencias documentales en el procedimiento de despido colectivo, para contrarrestar los efectos moduladores de la “hiperflexibilidad”, indeseados por el gobierno y la patronal, de las primeras líneas interpretativas seguidas en la fundamentación de sus sentencias por jueces y tribunales). Recuérdese en este punto la ampliación del plazo de sesenta a noventa días para suscitar la reclamación al Estado del excedente de la cuantía de los salarios de tramitación devengados, realizada por el Real Decreto-Ley 20/2012 y ahora incorporada al artículo 56.5 TRLET-2015.

El resultado de estos profundos cambios y sus retoques es el siguiente:

a) La ampliación de los supuestos de utilización procedente de los despidos con amortización de puestos de trabajo mediante la flexibilización extrema de los criterios de valoración de su concurrencia previstos en el artículo 51.1 para los despidos colectivos, los cuales devienen aplicables asimismo, por remisión, a los despidos objetivos del artículo 52.c). Este es el texto vigente, contenido en los párrafos segundo y tercero del referido artículo 51.1 TRLET-2015: “Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso,

se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior” (párrafo segundo); y “se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado” (párrafo tercero).

b) La redefinición del expediente de regulación de empleo (procedimiento que debe seguirse para culminar un despido colectivo), del que desaparece la autorización del despido por la autoridad laboral, para facilitar su impulso y resolución por el empresario, en los términos fijados en el artículo 51.2 a 4 y 8 TRLET-2015 y en el Reglamento de los Procedimientos de Despido Colectivo y de Suspensión de Contratos y Reducción de Jornada, aprobado por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre. Se ofrece como exigua contrapartida, sin embargo, la exigencia de que, siempre que la empresa no esté sometida a un procedimiento concursal y lleve a cabo un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores, ofrezca “a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas (...)”, que “deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo (...)” (artículo 51.10, párrafo primero, TRLET-2015).

c) La aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, con amortización de puestos de trabajo por tanto, al personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público, que se efectuará “conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) de la presente ley y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas” (disposición adicional decimosexta del TRLET-2015 [vigésima en el TRLET-1995] y título III del citado Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada).

d) El abaratamiento del despido mediante la reducción de la indemnización por despido improcedente, a través de la generalización, merced a la modificación del artículo 56.1 TRLET-1995, de la cuantía de treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo

inferiores a un año y hasta un máximo de veinticuatro mensualidades (frente a los anteriores cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades); así como por obra de la supresión de los salarios de tramitación en aquellos casos, la mayor parte, en los que el despido se califica como improcedente y el empresario opta por la no readmisión (artículo 56.2 TRLET-2015). Incluye el artículo 51 TRLET-2015, no obstante, dos compensaciones pensadas para los despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años: el abono de cuotas a la Seguridad Social destinadas a la financiación de un convenio especial para estos trabajadores (apartado 9) y el pago de una aportación económica al Tesoro Público (apartado 11).

6 – CONCLUSIÓN: ¿“RECORTES LABORALES” SIN VUELTA ATRÁS?

No se sabe cuándo será la reforma siguiente, aunque la experiencia de estos cuarenta años muestra que las decisiones flexibilizadoras, siempre justificadas en momentos de crisis económica para luchar contra el desempleo, de la legislación laboral no han tenido vuelta atrás. De hecho, en diferentes comparecencias en el Parlamento y ante los medios de comunicación producidas en España durante estos meses de 2017, tanto el Ministro de Economía, Industria y Competitividad, como la Ministra de Empleo y Seguridad Social, han rechazado firmemente aceptar cambios relevantes en la legislación laboral. Con todo, los principales sindicatos y las fuerzas políticas de la izquierda mantienen en sus programas, con carácter innegociable, la derogación de las últimas reformas laborales, expresión que se traduce en la modificación del TRLET para aproximar sus soluciones normativas a las vigentes en 2010.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E RETROCESSO SOCIAL: O SENTIDO DO DIREITO DO TRABALHO, A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA E O CASO BRASILEIRO

Guilherme Dray*

INTRODUÇÃO

O Brasil vive um dos mais conturbados momentos da sua jovem democracia constitucional, envolvido que está numa séria (até há algum tempo impensável) crise política, judicial, económica e de valores. A legislação laboral brasileira – a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) – não foge a esta voragem, tendo sido objeto da mais ousada e radical reforma de que há memória no país, levada a efeito através da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.

No essencial, a nova lei, que aponta no sentido da flexibilização e da individualização da relação de trabalho, inclui a prevalência sobre o regime legal de acordos individuais entre o empregador e o trabalhador, nomeadamente relacionados com a jornada de trabalho, o parcelamento das férias e a compensação de banco de horas; prevê o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical; e consagra a criação de novas formas de contrato, como seja o teletrabalho. Nalgumas passagens, o intuito é claro: individualizar a relação de trabalho e garantir a sua maior flexibilidade, em nome da competitividade da economia nacional.

É nesse contexto que se coloca com particular acuidade a questão de se saber se no caso do Direito do Trabalho existem mecanismos e válvulas de salvaguarda que permitam garantir a preservação dos seus mais elementares princípios e do seu núcleo central de direitos.

* *Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; ex-visiting professor da Universidade de Georgetown, Washington D.C., no Spring Term de 2017; autor de diversos livros e monografias sobre o Direito do Trabalho; participante na elaboração do Código do Trabalho português de 2003; ex-coordenador científico do Livro Verde sobre as Relações Laborais, editado em Portugal pelo Ministério do Trabalho, da Solidariedade e da Segurança Social, em dezembro de 2016.*

E é nesse contexto, também, que se coloca a questão de saber se o Direito do Trabalho contém a este propósito alguma especificidade. A questão que se coloca, em suma, é simples de enunciar, mas não tão simples de responder – haverá, no Direito do Trabalho, alguma regra ou princípio geral de não retrocesso social que impeça que em determinadas conjunturas políticas e económicas este ramo do Direito, sempre propenso a instrumentalizações políticas e ideológicas, seja adulterado? Ou, pelo contrário, o legislador, com recurso às regras formais de competência legislativa e aos parlamentos nacionais é sempre livre de modificar (sem qualquer limite) o acervo de normas laborais, designadamente através da diminuição daquilo a que os brasileiros geralmente apelidam de “direitos trabalhistas”?

O autor não conhece de forma pormenorizada o ordenamento jurídico brasileiro, muito menos as questões específicas e os acesos debates que têm sido suscitados no Brasil a propósito da reforma da legislação trabalhista.

Por essa razão, não iremos debater ou aprofundar, no presente artigo, o que se passa em concreto no país-irmão, a propósito da modificação da CLT.

O modesto contributo que o autor pode dar, para a melhor compreensão deste tema, é uma análise global do Direito do Trabalho e dos princípios que o enformam, bem como o resumo do que sucedeu em Portugal, há alguns anos, quando idêntico ímpeto reformista foi levado a efeito na sequência de uma grave crise económica com o (único) propósito de redução do custo do trabalho e de facilitação das regras relativas ao despedimento.

Nesse sentido, o presente artigo será breve e na (medida do possível) simples.

Tentaremos, apenas, emitir a nossa opinião em sede de teoria geral, articulando as ideias segundo a seguinte sequência:

Numa primeira parte, aludiremos ao sentido do Direito do Trabalho e aos seus princípios gerais, procurando chegar a uma conclusão (porventura genérica) acerca da questão acima colocada. Analisaremos, em particular, algumas ideias em torno do sentido do Direito do Trabalho, do princípio da proteção do trabalhador e da questão associada ao retrocesso social. Num segundo momento, faremos um breve resumo do que sucedeu em Portugal e da importante intervenção que o Tribunal Constitucional português teve, a qual se revelou essencial para garantir a intangibilidade do núcleo essencial do Direito do Trabalho português. Por fim, apresentaremos as nossas conclusões, em jeito de reflexão, com a esperança de que o presente artigo possa contribuir para um debate sério e sereno a propósito da reforma trabalhista operada no Brasil.

1 – O SENTIDO DO DIREITO DO TRABALHO

Há muito que advogamos que o sentido do Direito do Trabalho é claro, resultando de uma paulatina, mas consistente, evolução histórica, científica e cultural. O sentido do Direito do Trabalho, ou a sua *basic idea*¹, utilizando uma expressão anglo-saxónica, assenta na proteção do trabalhador². O Direito do Trabalho criou-se e desenvolveu-se em torno desta ideia, em face da insuficiência do Direito Civil em proteger adequadamente o contraente mais débil da relação laboral – o trabalhador³.

Trata-se de um dado central e incontornável, reconhecido em diversos quadrantes e geografias. Seja nos países que postulam um Estado Social máximo, como os países europeus que seguem o modelo escandinavo (Noruega, Suécia, Dinamarca), seja nos países que promovem igualmente um Estado Social para as classes médias, como sejam os países da Europa Continental (Alemanha, França, Bélgica, Luxemburgo), seja nos países que acolhem o Modelo Social Mediterrânico (Portugal, Espanha, França, Itália), seja nos países anglo-saxónicos que acolhem um Modelo Social Mínimo (Estados Unidos, Reino Unido), apesar das diferenças existentes quanto ao grau de proteção do trabalhador previsto na respetiva legislação laboral, há um dado comum que se repete: o Direito do Trabalho nasceu e se desenvolveu, acima de tudo, com o intuito de reequilibrar uma relação jurídica tendencialmente desequilibrada, tendo em vista a proteção da parte mais fraca⁴.

-
- 1 Sobre a *basic idea* do Direito do Trabalho no século XXI e a manutenção do princípio da proteção do trabalhador como a sua marca identitária, veja-se a obra coletiva: *The idea of labour law*. Edited by Guy Davidov & Brian Langille. Oxford University Press, United Kingdom.
 - 2 Sobre o princípio da proteção do trabalhador, o seu sentido e suas concretizações e sentido, veja-se: DRAY, Guilherme. *O princípio da proteção do trabalhador*. Coimbra: Almedina, 2014.
 - 3 Como assinala Menezes Cordeiro, “o Direito visou, desde o início, proteger os fracos. Quer no Direito romano, quer no antigo Direito lusófono, surgem normas destinadas a acautelar a posição dos adquirentes” (*Tratado de direito civil*. I. 4. ed. ref. e atual., cit., p. 318). O que está em causa, como sublinha Paulo Otero, é a realização da Justiça, que determinou que “desde muito cedo o Direito tivesse também como função proteger os mais fracos dos mais fortes ou os mais pobres dos mais ricos. Aqui se expressa, afinal, o cerne da função de proteção social que está (ou tem de estar) sempre presente no Direito e, simultaneamente, a justiça encontra uma expressão concreta de realização” (Lições de introdução ao estudo do direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa, 1998. v. I. t. 1. p. 116).
 - 4 Sobre as diferenças entre os vários modelos de Estado Social, veja-se, por todos: ESPING-ANDERSEN, Gösta. *The three worlds of welfare capitalism*. New Jersey: Princeton University Press/Princeton, 1998. Em particular sobre os Estados Unidos da América, veja-se: GOLDMAN, Alvin L.; CORRADA, Roberto L. *Labor Law in the USA*. Third Revised Edition. Wolters Kluwer, Law and Business, The Netherlands, 2011, p. 184; e DRAY, Guilherme. *The influence of the United States of America on reaffirming the principle of equality in Portuguese speaking countries*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 30 ss.

O grau e a intensidade com que essa proteção ocorre podem naturalmente variar. O sentido geral do Direito do Trabalho, porém, mantém-se e assente na referida proteção do contraente mais débil.

Para o efeito, tendo em vista a prossecução da sua missão congénita, o Direito do Trabalho criou um corpo de regras e princípios específicos, de entre os quais desponta o *princípio da proteção do trabalhador*, que deve ser visto como a “valorização material fundamentante geral” desta área jurídica⁵ ou a sua “proposição fundamental”⁶.

O *princípio da proteção do trabalhador* ou, segundo a expressão de Canaris, o “princípio de tutela dos trabalhadores”, é indubitavelmente o “princípio constitutivo” do Direito Laboral⁷. O Direito do Trabalho desenvolveu-se, como assinala Söllner, em torno da ideia de proteção do trabalhador⁸ ou como um direito de proteção dos trabalhadores que se encontram em situação de dependência pessoal e económica.

Trata-se de um dado de ordem histórico-cultural, de onde se retira que o Direito do Trabalho da atualidade não pode perder de vista o essencial: a dignidade, a igualdade e a liberdade do trabalhador, enquanto cidadão que atua no mundo produtivo e que pretende afirmar o direito ao livre-desenvolvimento da sua personalidade.

A existência de princípios fundamentais que ancoram e que conferem sentido ético ao Direito não é, de resto, uma exclusividade do Direito do Trabalho. O Direito contém uma ordem axiológica de valores, de vocação generalista e que encerra uma pretensão de aplicação absoluta. Como recorda Robert Alexy, alguns conceitos abrangentes, como os de “dignidade, liberdade, igualdade, proteção e bem-estar da comunidade”, fazem necessariamente parte do Direito e dele não podem se afastar⁹.

5 Cf. RAMALHO, Maria do Rosário. *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 961.

6 Cf. DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. p. 39-40; e *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

7 Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito* (Introdução). 3. reimp. Trad. portuguesa de Menezes Cordeiro. Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 80 e ss. (80 e 90).

8 Cf. SÖLLNER, Alfred. *Grundriss des arbeitsrechts*. 12. ed. München: Verlag Vahlen, 1998. p. 32 e ss. O autor afirma, a este propósito, que “Das arbeitsrecht hat sich als arbeitnehmerschutzrecht entwickelt” (p. 32). Cf. SCHAUB. *Arbeitsrechts-handbuch, bearbeitet von Schaub, Koch, Linck e Vogelsang*. 12. ed. München: C. H. Beck, 2007. p. 2-3 e 1581 e ss.

9 Sobre a importância dos *princípios jurídicos*, veja-se, nomeadamente, Robert Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 87), que enuncia também os diversos critérios potencialmente utilizáveis para efeitos de distinção entre *regras* e *princípios* (p. 86 e ss); e DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. 11. ed. Massachusetts: Cambridge, 2000; *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001; e *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

É essencialmente com base naquela ordem de valores que se formam, depois, novos princípios ou subprincípios que, quando devidamente articulados com os acima referidos, nos fornecem postulados decisórios suscetíveis de garantir a resolução de casos concretos.

Pois bem: o *princípio da proteção do trabalhador* surge como concretização específica, no sistema juslaboral, do princípio geral e intemporal da igualdade, o qual se articula, por sua vez, com *metaprincípio* da dignidade humana.

O *princípio da proteção do trabalhador* é, por isso, o valor fundamental que marca o Direito do Trabalho – é o princípio que justifica a autonomia sistemática e dogmática¹⁰ deste ramo do Direito, devendo consequentemente ser concebido como um princípio atomístico nuclear, primário e reprodutor do subsistema laboral. Ele está na gênese e na evolução deste ramo do Direito e assume-se como o princípio estruturante do respetivo edifício normativo, garantindo funções de harmonização, ordenação e de garante ético e axiológico do Direito do Trabalho¹¹.

Foi, de resto, esse mesmo princípio e a intenção de proteção da parte mais fraca que justificaram a internacionalização do Direito do Trabalho. O Direito do Trabalho é hoje objeto de ampla e extensa consagração internacional, quer ao nível das Nações Unidas, através da Declaração Universal dos Direitos do Homem e das diversas convenções emanadas da Organização Internacional do Trabalho¹², quer ao nível da União Europeia, designadamente no respetivo Tratado e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹³. Em todos estes quadrantes a preocupação subjacente é sempre a mesma: garantir relações de trabalho equilibradas e que promovam a dignificação do trabalho; garantir a proteção do trabalhador e, por essa via, promover o equilíbrio entre as partes que atuam na relação laboral, quer ao nível do Direito do Trabalho individual – condições de trabalho, igualdade e não discriminação, dignificação e proteção do salário, segurança no trabalho, etc. –, quer ao nível do Direito do Trabalho coletivo – direito à greve, direito à negociação coletiva, direito à constituição de conselhos de empresa europeus, etc.

10 Sobre a autonomia dogmática do Direito do Trabalho, veja-se: RAMALHO, Maria do Rosário. *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*, cit.

11 A propósito do sentido e das funções deste princípio, veja-se: DRAY, Guilherme. *Princípio da proteção do trabalhador*, cit., p. 409 e ss. Veja-se também: RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 11 e ss.

12 Veja-se, a este propósito: TEYSSIÉ, Bernard. *Droit du travail, I. Relations individuelles de travail*. 12. Paris: Litec, 1992. p. 62 e ss. (63).

13 A propósito do Direito do Trabalho na União Europeia, veja-se, entre outros: ROCCELLA, Massimo; TREU, Tiziano. *Diritto del lavoro della Comunità Europea*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2002. p. 5 e ss.

O *princípio da proteção do trabalhador* esteve na gênese deste ramo do Direito e orientou a respetiva produção legislativa, também a nível internacional.

Tal não significa, todavia, que o *princípio da proteção do trabalhador* e o Direito do Trabalho sejam ou devam ser estáticos e avessos ao progresso, à inovação e ao desenvolvimento das sociedades. Ambos devem ser compreendidos de forma atualista.

Compreendê-lo de forma atualista é não apenas admissível, como vantajoso: permite que o princípio em causa se robusteça e continue a exercer a sua função de princípio estruturante e de polo aglutinador, fazendo face aos novos desafios que se colocam no mundo do trabalho.

É essa, de resto, a grande vantagem de se compreender o Direito à luz da ideia de sistema: o subsistema laboral é necessariamente aberto e adapta-se às mudanças operadas na sociedade. O Direito do Trabalho de hoje não é manifestamente o que foi configurado na sequência da eclosão da “questão social”. O Direito do Trabalho tradicional, exclusivamente assente na proteção do trabalhador a todos os níveis e numa lógica (quase “cós mica”) de progresso social infinito e de absolutização dos chamados “direitos adquiridos”, pode ser reponderado, sem que, contudo, o seu núcleo essencial seja afectado.

O *princípio da proteção do trabalhador* pode (e deve) ser atualizado, mas não deve deixar de se afirmar como o “princípio dos princípios” ou o “norte magnético” do Direito do Trabalho atenta a sua intemporalidade. A ideia de intemporalidade de alguns princípios fundamentais, de resto, não é nova, nem exclusiva do Direito do Trabalho. Vem de Karl Larenz, nomeadamente, a ideia segundo a qual alguns dos princípios vigentes do Direito privado atual são intemporais, por expressarem ideias de validade supratemporal¹⁴. Assim sucede com a regra que manda tratar igualmente o que é igual e distintamente o que é diferente, bem como com as regras e princípios que se relacionam com a autonomia privada, a força vinculativa dos contratos ou o princípio da confiança no tráfego jurídico. Por essa razão, segundo este autor, não se deve “sublinhar em excesso a capacidade de mudança dos princípios”¹⁵. Na maior parte dos casos, *maxime* quando se trate de princípios que exijam uma concretização permanente, “a capacidade de mudança reporta-se (...) mais às decisões

14 Trata-se, na terminologia de Karl Larenz, dos princípios que se integram nos “princípios do Direito justo idealmente válidos (que não pertencem apenas ao Direito positivo, comungando, nessa conformidade, do seu modo de ser)” (*Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 694. nota 113).

15 Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 694.

de valor secundárias, às concretizações, à acentuação e ao jogo concertado dos princípios”¹⁶ do que propriamente aos próprios princípios em si mesmos.

É esta a visão que se advoga para o princípio da proteção do trabalhador: ainda que o princípio possa ser reanalisado à luz da “abertura” do sistema, máxime quanto às suas concretizações, ele deve permanecer como princípio intemporal que é do subsistema laboral – ele deve, no fundo, funcionar como o núcleo ou o átomo irredutível do Direito do Trabalho, sem o qual este corre risco de extinção ou de implosão. E deve, conseqüentemente, assumir-se definitivamente como um elemento de conformação em sede de produção legislativa; deve orientar o legislador e condicioná-lo quanto às opções que toma, de forma a garantir, por esta via, a preservação do próprio Direito do Trabalho.

O princípio da proteção do trabalhador contém, por todas estas razões, uma primazia axiológica, com o seguinte alcance: as regras e os princípios do Direito do Trabalho devem, tendencialmente, ser conformes ao *princípio da proteção do trabalhador*, respeitando-o no que este tem de mais elementar – a proteção da parte mais fraca.

O princípio da proteção do trabalhador pode e deve, conseqüentemente, assumir-se como um bastião ou o mínimo ético do Direito do Trabalho, afirmando a ideia ou o sentido do Direito do Trabalho.

Nesse sentido, tudo fica mais fácil de compreender, quanto à evolução do Direito do Trabalho: as alterações levadas a efeito no Direito do Trabalho devem, em suma, ter por objetivo a sua atualização, mas não a sua substituição; as modificações levadas a efeito nas regras laborais podem atuar ao nível de determinadas soluções concretas, mas não devem alterar o espírito e o sentido do Direito do Trabalho, expressos na sua *basic idea*, ou seja, no *princípio da proteção do trabalhador*.

Tentaremos desenvolver melhor este tema nos pontos seguintes, nomeadamente quanto a saber de que forma pode então aquele princípio operar ao nível da preservação do Direito do Trabalho.

2 – O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR COMO REFERENCIAL AXIOLÓGICO

O Direito do Trabalho, atento a sua autonomia dogmática, contém princípios próprios e específicos.

16 Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 695.

Os princípios jurídicos laborais são *princípios gerais*, sendo comuns a todo o subsistema do Direito do Trabalho; são *princípios específicos* deste ramo do Direito, diferenciando-se em particular dos que decorrem do Direito Civil; são *princípios que não têm uma pretensão de exclusividade e que têm áreas de sobreposição*, em termos tais que é possível que dois princípios entrem em conflito; são *princípios dinâmicos*, no sentido em que são inacabados, evoluindo em função do devir social; e são princípios que se concretizam através de subprincípios ou valorações menores, com um conteúdo material próprio. Funcionam como instância de controlo axiológico do próprio sistema normativo e atuam, ao nível das operações de interpretação e de aplicação das normas laborais, como referente valorativo. Funcionam também como elemento de controlo axiológico das normas provenientes do Direito Civil e como referente cultural e ético que norteia a evolução do sistema normativo.

Relativamente ao *princípio da proteção do trabalhador*¹⁷, que é manifestamente o princípio central do Direito do Trabalho, admite-se que, por força da sua *primazia axiológica*, nomeadamente perante os demais elementos normativos que integram o subsistema laboral, ele pode servir como elemento de *conformação legislativa*, compelindo o legislador a preservar, em qualquer circunstância e perante qualquer modelo contratual, um núcleo irredutível de direitos do trabalhador e a dignidade dele, impedindo a *entrada* no sistema de normas que o contradigam. O *princípio da proteção do trabalhador* permite

17 Quanto às várias funções e concretizações do princípio da proteção do trabalhador, veja-se: DRAY, Guilherme. *O princípio da proteção do trabalhador*, cit., p. 409 e ss., onde se apontam várias funções, nomeadamente as seguintes: a) em sede *interpretativo-aplicativo*, ele atua através do subprincípio do *tratamento mais favorável ao trabalhador* no domínio do conflito de fontes, fazendo, em regra, com que a fonte de Direito inferior possa prevalecer sobre a fonte de direito superior (v.g., a lei) nos casos em que aquela seja mais favorável ao trabalhador e quando a fonte superior não seja absolutamente imperativa; b) no domínio da *formação do contrato*, o *princípio da proteção do trabalhador* atua através do subprincípio da *proteção dos direitos pessoais de defesa da cidadania do trabalhador*, que agrupa regras relativas aos *direitos de personalidade* e à *igualdade e não discriminação* no acesso ao emprego, bem como o regime da *culpa in contrahendo* na celebração do contrato de trabalho; c) no domínio da *execução do contrato*, para além da proteção dos referidos direitos pessoais, o *princípio da proteção do trabalhador* está na origem de um conjunto de subprincípios que visam garantir a *dignificação do trabalho*, nomeadamente os subprincípios da *suficiência salarial* e da *irredutibilidade da retribuição*, o da *limitação do tempo de trabalho*, o da *conciliação da vida familiar e profissional* e o da *proteção da parentalidade*, bem como alguns *subprincípios-garantias do trabalhador*, tais como o da *proteção da categoria profissional*, o da *inamovibilidade* ou os *direitos de defesa em sede de procedimento disciplinar*: No mesmo sentido, é dele que se retiram determinadas regras destinadas a proteger *categorias mais desfavorecidas de trabalhadores*, como a trabalhadora grávida, o trabalhador menor ou o portador de deficiência ou de doença crónica; d) no domínio da *cessação do contrato de trabalho*, o *princípio da proteção do trabalhador* inspira o subprincípio da *segurança no emprego*, que proscree despedimentos sem justa causa, imotivados, ou por razões políticas ou discriminatórias; por fim, e) ele serve como instância de controlo axiológico do subsistema laboral, nos termos acima desenvolvidos.

ao legislador zelar pela coerência valorativa do subsistema laboral e pela articulação interna das suas normas.

Todavia, cumpre prevenir: *primazia axiológica* não significa, necessariamente, *primazia hierárquica*, pelo que o princípio em causa não tem o condão, por si só, de tornar inválidas *regras jurídicas* formalmente aprovadas pelo poder legislativo e que eventualmente o contradigam, ainda que se revelem *injustas*¹⁸. Como recorda John Finnis, mesmo as *leis injustas* continuam, em princípio, a ser *imperativas* e a gozar da característica da *coercibilidade*, própria da ordem jurídica¹⁹. Em qualquer caso, na exata medida em que este princípio se encontre incorporado no sistema de valores da Constituição de determinado Estado, qualquer regra que venha a ser aprovada pelo poder legislativo e que se mostre contrária ao *princípio da proteção do trabalhador* tende, consequentemente, a ser uma regra inconstitucional, filtrada pelo sistema de fiscalização da constitucionalidade.

Nesta perspectiva, o *princípio da proteção do trabalhador* pode funcionar como um *limite* à modificação do Direito do Trabalho: este pode e deve ser alterado e atualizar-se em função do devir social; as modificações levadas a efeito não devem, todavia, subverter os valores essenciais deste ramo do direito, plasmados no seu princípio jurídico central. As alterações levadas a efeito no Direito do Trabalho devem atuar ao nível de determinadas soluções concretas, mas não devem subverter o *espírito* e o *sentido* do Direito do Trabalho, expressos naquele princípio jurídico.

Para o efeito, importa que o princípio em causa esteja acolhido na Lei Fundamental de determinado Estado.

18 Recordar-se, aliás, que, para Miguel Teixeira de Sousa, “os princípios têm a hierarquia normativa das regras que o consagram ou das regras dos quais eles são inferidos. Portanto, não é a hierarquia axiológica que determina a hierarquia normativa, mas precisamente o contrário: é pelo grau hierárquico atribuído pelo legislador ao princípio que se descobre a sua hierarquia axiológica” (cf. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao direito*, cit., p. 250-251).

19 Sobre a eventual aplicação no sistema de *leis injustas* e porventura até *imorais*, contrárias às *moral standards* e aos valores do sistema, veja-se, por todos, o australiano John Finnis (*Natural law and natural rights*. First Edition. New York: Oxford University Press, 1979. p. 353 e ss.), que conclui que, em princípio, mesmo quando as leis sejam imorais ou injustas, os cidadãos devem ainda assim respeitá-las, a título de *collateral obligation* e em nome de um bem superior (*a community good*), que é a preservação do ordenamento jurídico como um todo, ainda que o legislador deva, naturalmente, atuar no sentido da abolição dessa lei injusta e mesmo no da sua não aplicação. Veja-se também, do mesmo autor: *Natural Law Theories. The Stanford encyclopedia of philosophy*, First published Mon Feb 5, 2007; substantive revision Mon Jul 25, 2011. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories/>>. Recordar-se, por outro lado, no que diz respeito ao ordenamento jurídico português, o disposto no artigo 8.º, n.º 2, do Código Civil, segundo o qual “o dever de obediência à lei não pode ser afastado sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo”.

É o que se passa, nomeadamente, no ordenamento jurídico-constitucional português.

A Constituição portuguesa, nos termos adiante melhor explicitados, contém um elenco de direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores expresso nos seus artigos 53.º e ss. Paralelamente, por força do respetivo artigo 16.º, n.º 2, a Constituição portuguesa acolhe a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), procedendo à sua “constitucionalização”, sendo certo que a referida DUDH tem, igualmente, subjacente uma lógica de proteção dos trabalhadores, expressa nos seus artigos 23.º a 25.º. Por fim, se a isto adicionarmos o facto de a Constituição portuguesa conter, nos artigos 277.º e ss., um sistema de fiscalização da constitucionalidade, podemos concluir o seguinte: em Portugal, em face da “constitucionalização” do princípio da proteção do trabalhador, qualquer regra que venha a ser aprovada e que se mostre contrária ao referido princípio jurídico tende, conseqüentemente, a ser uma regra inconstitucional, sendo conseqüentemente rejeitada pelo sistema.

Significa isto que o Direito do Trabalho não pode ser modificado e não pode evoluir em função do devir social e das mudanças que se vão operando na sociedade?

A resposta é naturalmente negativa.

O Direito do Trabalho pode e deve evoluir para atualizar-se, como de resto já o dissemos anteriormente. O que não deve, nem pode, é fazê-lo contra os seus princípios fundamentais, expressos no texto constitucional. É este o limite.

Para além deste limite, o Direito do Trabalho não só pode, como deve, atualizar-se, em função das novas tendências que se vão afirmando, sem, contudo, se descaracterizar. A evolução do Direito do Trabalho é incontornável, fruto do desenvolvimento das sociedades e das novas tendências que se vão afirmando. Mas não deve significar a sua autodestruição.

3 – AS NOVAS TENDÊNCIAS: FLEXIBILIDADE E DESREGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

O movimento de flexibilização do Direito do Trabalho, que teve início no final da década de 1970 um pouco por toda a Europa, é há muito reconhecido na doutrina como um movimento de *inflexão* no curso normal deste ramo de direito, colocando-o numa situação de *crise* que perdura até aos dias de hoje²⁰.

20 Cf. RAMALHO, Maria do Rosário. *Direito do trabalho*. Parte I. Dogmática geral, cit., p. 55; e *Tratado de direito do trabalho*. Parte I – Dogmática geral, cit., p. 62 e ss.

As razões que estão na origem desta *inflexão* e do desvio à linha da intensificação e universalização da proteção dos trabalhadores são de várias naturezas, mas têm algo em comum: no essencial, resultam de fenómenos *exógenos* e *estranhos* ao Direito do Trabalho, ou seja, não resultam de uma evolução interna do mesmo, fruto de novos desenvolvimentos dogmáticos ou de novas descobertas científicas; resultam, isso sim, de uma nova configuração do trabalhador subordinado, da adaptação do Direito do Trabalho aos novos modelos empresariais de organização do trabalho, bem como, numa fase mais recente, de objetivos e dinâmicas económicas que apostam na competitividade da economia através da flexibilização das relações laborais.

A *inflexão* em causa resulta, por um lado, da constatação de que afinal o *trabalhador subordinado* não corresponde a um modelo único e uniforme ou ao paradigma do trabalhador economicamente dependente, que trabalha apenas para um empregador, que depende do seu salário para o seu sustento e o da sua família e que se encontra num desnível económico e social. A distinção entre trabalhador subordinado dependente e trabalhador independente ou autónomo, que conferiu unidade à regulação jurídica do trabalhador subordinado no período *fordista*, começa a esvanecer-se e, com isso, a abalar um dos alicerces do Direito do Trabalho²¹. O modelo tradicional da uniformização das condições de trabalho começa a dar lugar a um novo modelo em que o grau de proteção tende a ser diferenciado: nalguns casos – v.g. trabalhadores dirigentes ou quadros técnicos –, os trabalhadores não necessitam de tanta proteção conferida pelo Direito do Trabalho; noutros casos – v.g. trabalhadores grávidas, puérperas ou lactantes ou trabalhadores jovens –, existem necessidades de proteção específica que fogem à lógica da uniformização das condições de trabalho²². A uniformização é posta em causa, também, perante a proliferação de categorias *atípicas* de trabalhadores subordinados e, por esta via, um dos alicerces do Direito do Trabalho é também por ele abalado: a crise da concepção unitária do contrato de trabalho e o surgimento de modelos híbridos entre trabalho dependente e independente põem em crise a concepção clássica do Direito do Trabalho. A pulverização de categorias *atípicas* e *especiais* de trabalhadores subordinados, por um lado, bem como a correlativa relativização da uniformidade laboral, associada à melhoria das condições laborais da generalidade dos trabalhadores e ao conseqüente maior afastamento dos trabalhadores em relação às estruturas sindicais, são determinantes para a referida *inflexão* do Direito do Trabalho em

21 Cf. RAMALHO, Maria do Rosário. *Direito do trabalho*. Parte I. Dogmática geral, cit., p. 56; e *Tratado de direito do trabalho*. Parte I. Dogmática geral, cit., p. 62 e ss.

22 Cf. RAMALHO, Maria do Rosário. *Tratado de direito do trabalho*. Parte I. Dogmática geral, cit., p. 63-64.

face do caminho que vinha traçando de aprofundamento e universalização da proteção do trabalhador.

A *inflexão* em causa resulta, também, em segundo lugar, do afastamento dos modelos *fordista* e *taylorista* das unidades industriais e empresariais afirmadas e consolidadas, respetivamente, no pós-Primeira e Segunda Guerras Mundiais²³. O desenvolvimento e o aperfeiçoamento do Direito do Trabalho tiveram por base a unidade empresarial de grande dimensão, estruturada em departamentos, unidades e seções, nas quais a aprovação e a implementação de regulamentos internos e planos de carreiras se justificavam. Foi com base nesta *unidade modelo*, própria do setor secundário, que o Direito do Trabalho se afirmou e se desenvolveu, e foi com base nesta que se modelou o paradigmático *contrato de trabalho* enquanto contrato de trabalho por tempo indeterminado, a tempo completo, em regime de tendencial exclusividade e tendo por base a inserção do trabalhador na unidade produtiva. Ora, também neste domínio se verificaram profundas alterações, mais uma vez externas ao Direito do Trabalho: a partir da década de 1980, o modelo da grande unidade empresarial deu lugar ao modelo das pequenas e médias empresas – empresas menores, mas flexíveis, com modelos de gestão menos rígidos e hierarquizados e com uma definição de competências mais maleável e menos formal. O grosso da atividade empresarial, pelo menos na Europa e nos Estados Unidos da América, deslocou-se do setor secundário para o setor terciário, ou seja, para o setor dos serviços, nomeadamente para o setor tecnológico e financeiro; as unidades empresariais tornaram-se mais ágeis e avessas a organizações internas rígidas e flexíveis, e o Direito do Trabalho, que havia sido pensado e concebido para outro tipo de estrutura, sentiu problemas de adaptação. A pulverização das denominadas *start-ups*, em especial no setor tecnológico e tendo como epicentro a *start-up community of Silicon Valley*, que assenta no trabalho desenvolvido por “individual *entrepreneurs*” com elevado grau de adaptabilidade, agilidade e gosto pelo risco, deu origem a um novo modelo laboral em que empregador e empregado tendem a atuar não como partes distintas com interesses opostos, mas, sim, como aliados²⁴.

Com o advento da sociedade da informação e do conhecimento e o desenvolvimento da informática, o trabalho passa a desenvolver-se à distância, potenciando o aparecimento do teletrabalho, do trabalho em rede, da externalização e da subcontratação, dando lugar a um “admirável mundo novo com

23 Cf. RAMALHO, Maria do Rosário. *Tratado de direito do trabalho*. Parte I. Dogmática geral, cit., p. 64-66.

24 Cf. HOFFMAN, Reid; CASNOCHA, Ben; YEH, Chris. Tours of duty – the new employer-employee compact. *Harvard Business Review*, Strategy for Turbulent Time, Boston, June 2013, p. 49 e ss.(50).

multidões de colaboradores (...) que perturba a linearidade e a visão do Direito do Trabalho”²⁵.

Por outro lado, os avanços da sociedade da informação e a informatização e a automatização dos locais de trabalho, nomeadamente os avanços na robótica industrial e na área dos serviços, tornaram obsoletos postos de trabalho antes assegurados pelo trabalho humano, num fenómeno que se inicia nos Estados Unidos da América e se alastra para o resto do Mundo Ocidental²⁶⁻²⁷.

É nesse contexto que os apelos à flexibilização do Direito do Trabalho em função das necessidades da empresa, nomeadamente quanto à organização do tempo de trabalho e ao regime das categorias profissionais, se começa a fazer sentir, e é neste contexto, também, que, em unidades de pequena dimensão, a aproximação entre trabalhadores e sócios ou acionistas da empresa se torna mais evidente – a dicotomia empregador/trabalhador esfuma-se e o papel das estruturas de representação dos trabalhadores torna-se diminuto e redutor.

Por outro lado ainda, torna-se evidente a falência do modelo que assentava no (mesmo) trabalho para toda a vida. O paradigma alterou-se. O fim da estabilidade no emprego é uma realidade, que se deve não apenas à necessidade de as empresas serem mais ágeis e flexíveis, mas também à própria mobilidade e à liberdade de ação dos novos e mais qualificados trabalhadores que caracterizam a sociedade²⁸.

Mais uma vez: o tradicional Direito do Trabalho sente dificuldades em se impor e em se adaptar e começa, conseqüentemente, a ser questionado por tudo e por todos.

Num terceiro e, porventura, mais importante plano: a Economia passou a dominar a *praxis* política e a vida quotidiana dos cidadãos e o Direito do Trabalho viu-se subalternizado perante os propósitos de sustentabilidade económica e financeira dos Estados e das empresas, as políticas de crescimento económico e os propósitos de afirmação da competitividade das economias através da

25 Cf. GOMES, Júlio. *Direito do trabalho*. v. I., cit., p. 108 e ss.

26 Cf. ROTMAN, David. How Technology is destroying jobs. *MIT Technology Review*, v. 116, n. 4, Massachusetts Institute of Technology, Boston, July/August 2013, p. 28 e ss. (29).

27 BRYNJOLFSSON, Erik; MACAFEE, Andrew. *Race against the machine: how the digital revolution is accelerating innovation, driving productivity, and irreversibly transforming employment and the economy*. Boston: Digital Frontiers Press, 2012.

28 Cf. HOFFMAN, Reid; CASNOCHA, Ben; YEH, Chris. Tours of duty – the new employer-employee compact. *Harvard Business Review*, cit., p. 50.

desoneração de encargos do Estado e dos empregadores e da flexibilização e desregulamentação do mercado laboral²⁹.

Perante todas estas mudanças, pergunta-se: a mudança que se exige ao Direito do Trabalho pode ser feita em qualquer sentido, ou pelo contrário apenas no sentido mais favorável ao trabalhador?

Existe, no Direito do Trabalho, uma proibição específica de retrocesso social?

4 – A INEXISTÊNCIA DE UMA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL NÃO SIGNIFICA QUE NÃO EXISTAM LIMITES

Tal como já deixamos antever nas linhas anteriores, julga-se que o Direito do Trabalho e o seu princípio atomístico, o *princípio da proteção do trabalhador*, não contém nenhuma especificidade ao nível da aplicação de fontes no tempo, como sucede noutros ramos do Direito.

No Direito Penal, por exemplo, em matéria de sucessão de leis no tempo, é normal que os ordenamentos jurídicos admitam a aplicação retroativa de leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido (artigo 29.º, n.º 4, da Constituição portuguesa), assim como é habitual que seja sempre aplicado o regime que concretamente se mostre mais favorável ao agente, salvo se este já tiver sido condenado por sentença transitada em julgado (artigo 2.º, n.º 4, do Código Penal português).

Em matéria de conflito de fontes legais, o Direito do Trabalho não contém nenhum imperativo similar ao que existe no Direito Penal, sendo comum a aplicação das regras de conflito que determinam a aplicação da lei nova em detrimento da lei antiga.

Não existe, sequer, no Direito do Trabalho e na ordem constitucional portuguesa, um subprincípio especial de preservação dos direitos adquiridos dos trabalhadores, em termos tais que, em caso de sucessão de fontes no tempo, a fonte nova não possa, por imperativos de proteção do trabalhador, determinar a supressão de direitos anteriormente concedidos ao trabalhador através da fonte antiga. Não existe, no Direito do Trabalho português, um princípio de manutenção dos direitos adquiridos como decorrência lógica do *princípio da proteção do trabalhador*, assim como não existe um alegado subprincípio do *não retrocesso social*.

29 A propósito da *Deregolamentazione del mercato del lavoro*, veja-se nomeadamente: ROCCELLA, Massimo. *Manuali di diritto del lavoro*. 4. ed., cit., p. 15 e ss.

Em todo o caso, importa atender a duas especificidades.

Por um lado, cumpre assinalar que, se nos casos de sucessão de leis no tempo não existe, neste ramo do direito, qualquer princípio específico de manutenção dos direitos adquiridos, já o mesmo não sucede a propósito das hipóteses de sucessão de convenções coletivas de trabalho. Neste último caso, ao contrário da sucessão de leis no tempo, a lei consagra uma regra específica segundo a qual os direitos decorrentes de convenção coletiva só podem ser reduzidos por nova convenção de cujo texto conste, em termos expressos, o seu carácter globalmente mais favorável ao trabalhador (artigo 503.º, n.º 3, do Código do Trabalho) – a este nível, concordando-se ou discordando-se da solução, parece-nos indubitável que, em termos de direito constituído, se acolhe uma projeção do “(sub)princípio do tratamento mais favorável”³⁰.

Por outro lado, mesmo em sede de sucessão de leis no tempo e, apesar de não existir qualquer proibição geral de retrocesso social, recuperamos o que há pouco já foi afirmado – o *princípio da proteção do trabalhador*, fazendo parte da ordem objetiva de valores da Constituição portuguesa, limita as mudanças legislativas que podem ser levadas a efeito, assumindo-se como um bastião ou o *mínimo ético* do Direito do Trabalho, afirmando a *ideia* ou o *sentido* do Direito do Trabalho.

A ideia é esta: há determinadas normas que fazem parte do edifício do Direito do Trabalho e que tendem a ser absolutamente intransponíveis, fazendo parte de um núcleo irredutível que não pode ser questionado, por se relacionar com a proteção do trabalhador enquanto pessoa. O *princípio da proteção do trabalhador* tende, pois, máxime nos tempos que correm, atuar como elemento de preservação do próprio Direito do Trabalho, afirmando os seus valores e garantindo um núcleo de direitos que sem os quais este ramo do Direito sairia descaracterizado.

As referidas matérias que se prendem com a dignidade do trabalhador e a proteção dos seus *direitos de cidadania* – igualdade e não discriminação e direitos de personalidade –, por um lado, bem como as que dizem respeito à proteção da sua saúde – segurança, higiene e saúde no trabalho e prevenção e reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho e de doenças profissionais –, por outro lado, fazem parte daquilo a que podemos apelidar de núcleo irredutível do Direito do Trabalho. O mesmo acontece, em sede de execução do contrato de trabalho, com alguns subprincípios relativos à duração do tempo de trabalho e ao direito ao repouso, com a tutela da retribuição ou de algumas

30 Veja-se, sobre este tema: DRAY, Guilherme. *O princípio da proteção do trabalhador*, cit., p. 528 e ss.

garantias básicas do trabalhador e, ao nível da cessação do contrato de trabalho, com a regra que proscreve os despedimentos sem justa causa. Faz sentido, pois, aludir-se a um núcleo irreduzível de normas e princípios do Direito do Trabalho que compõem, em conjunto e de forma articulada, o aludido *princípio da proteção do trabalhador*.

De resto, a ideia de núcleo irreduzível de direitos é muito utilizada no Direito Constitucional, quer ao nível dos chamados limites externos ao poder constituinte originário, ou seja, aos que se impõem à totalidade dos Estados, quer, acima de tudo, a propósito dos limites internos ou dos habitualmente denominados limites materiais da revisão constitucional. A propósito dos limites internos (materiais) de revisão constitucional, é sempre útil recordar as palavras de Gomes Canotilho e de Vital Moreira, segundo as quais “a revisão serve para alterar a Constituição, mas não para mudar de Constituição. Os limites materiais à revisão pretendem justamente impedir as revisões aniquiladoras da identidade constitucional”³¹. É esse, aliás, o sentido que se retira, a título exemplificativo, mas emblemático, do texto da Constituição da Noruega de 1814, que utiliza, no artigo 112.º, uma fórmula abrangente e genérica, segundo a qual as alterações à Constituição “não devem nunca contradizer os princípios previstos nesta Constituição, mas apenas implicar modificações de disposições concretas que não alterem o espírito da Constituição”.

É esse, afinal, o sentido que podemos retirar do princípio da proteção do trabalhador, enquanto elemento conformador da atividade do legislador. Neste domínio, o *princípio da proteção do trabalhador* e algumas das suas concretizações, previstas na Constituição portuguesa (v.g., nos limites materiais da revisão constitucional previstos no artigo 288.º, alínea e) e nalguns textos de direito internacional (v.g., na DUDH), bem como nalguns preceitos específicos do Código do Trabalho (v.g., nos artigos 3.º, n.º 3, 7.º ou 10.º), devem ser vistos também como um *limite material* de revisão ou modificação do Direito do Trabalho, com o seguinte alcance: o Direito do Trabalho, finalisticamente orientado para a proteção do trabalhador, pode ser modificado, alterado ou atualizado, mas a sua “partícula de Deus” não pode, contudo, ser suprimida ou substancialmente modificada, sob pena de ser o próprio Direito do Trabalho, enquanto ramo de direito dotado de autonomia dogmática, a ser posto em causa.

Advogamos, pois, a existência de *limites* ao poder de modificação do Direito do Trabalho.

31 Cf. CANOTILHO, José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. Anotação (I) ao artigo 288.º, p. 1.061.

Não se trata de limites absolutos ou que inviabilizem qualquer alteração legislativa; trata-se, isso sim, de limites que condicionam as alterações levadas a efeito no âmbito do Direito do Trabalho e que têm em vista garantir a intangibilidade de um núcleo essencial de normas e princípios que resultam, de forma direta, do *princípio da proteção do trabalhador*.

O *princípio da proteção do trabalhador* não pode ser suprimido, nem relegado a um mero resquício histórico, atentas as suas potencialidades e virtudes, que mantêm plena atualidade; as alterações a operar no Direito do Trabalho podem e devem, isso sim, envolver os subprincípios concretizadores daquele “princípio mãe”, de forma a adaptá-los às modificações que se vão operando no mundo do trabalho, desde que não ponham em causa o sistema de valores deste ramo do Direito e na medida em que essas mudanças não afetem o *princípio da proteção do trabalhador* propriamente dito, que tende a ser imutável ou intemporal.

O *princípio da proteção do trabalhador* contém um comando *normativo* e axiológico: o trabalhador deve ser tratado com dignidade, devendo ser respeitados, no âmbito do contrato de trabalho, os respetivos direitos de personalidade e o direito à igualdade e não discriminação, sendo-lhe paga uma retribuição que lhe garanta uma existência condigna e sendo proibidos os despedimentos sem justa causa. Mais do que um princípio meramente descritivo, o princípio em causa assume-se como um princípio *diretivo*, com um conteúdo simultaneamente *prescritivo* e *proibitivo*, em nome da afirmação da *liberdade positiva* do trabalhador.

Em última instância, ao afirmarmos os valores essenciais do Direito do Trabalho, estamos, afinal, a contribuir para o valor civilista da *liberdade* e do *livre-desenvolvimento da personalidade*: o trabalhador que seja tratado com dignidade e que receba uma retribuição condigna pelo trabalho que desenvolve adquire, consequentemente, as condições necessárias para se afirmar como um homem *livre e independente*³², que pode exercer de forma plena a sua *cidadania*³³, determinar *o tipo de vida que quer viver*³⁴ e dar azo, nesse sentido, ao *princípio da igualdade material de oportunidades* ou à ideia de *equality of fair*

32 Veja-se, a este propósito, nos termos acima assinalados, Kyle Swan, segundo o qual o *princípio da igualdade republicano* visa, nomeadamente, garantir a todos os cidadãos “(...) a level of capabilities minimally necessary for operating as a free and independent citizen” (cf. Republican equality. *Social Theory and Practice*, Department of Philosophy The Florida State University, cit., July 2012, p. 454.

33 Recordar-se, a este propósito, a *supra* citada frase de Suzy Killmister, “autonomous persons are self-governing” (cf. Autonomy and the problem of socialization. *Social Theory and Practice*, Department of Philosophy The Florida State University, cit., p. 95).

34 Cf. SEN, Amartya. *A ideia de justiça*, cit., p. 313.

opportunity de John Rawls³⁵. Como sustenta Harry Arthurs, o Direito do Trabalho, ainda que porventura em novos moldes, deve continuar a atuar “to seek justice in the work place and the labour market”³⁶, de forma a garantir a defesa daquilo a que certa doutrina chama de *personality in work*³⁷. Até porque, como ensina Amartya Sen, a Economia não tem que ser tão congenitamente hostil à *felicidade*. Pelo contrário: a disciplina da economia do bem-estar (*welfare economics*), que é a parte da economia que trata da avaliação das políticas a seguir, apresenta já um longo historial de pôr a *felicidade* no ponto mais central da disciplina de avaliação, vendo nela o único guia capaz de promover o bem-estar humano e as vantagens usufruídas pelos cidadãos³⁸. Nesse sentido, como recorda Simon Deakin, o Direito do Trabalho, na exata medida em que contibua para a afirmação da *liberdade positiva* do trabalhador e para a sua normal aspiração “to achieve (...) social and economic goals”, pode ter um papel decisivo “to Economic and Human development”³⁹.

Vejamos, agora, antes de concluir, o caso português.

Por outras palavras, em que medida o *princípio da proteção do trabalhador* esteve presente naquilo a que muitos autores apelidaram de “jurisprudência constitucional da crise”.

5 – O CASO PORTUGUÊS: O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR E A JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL DA CRISE

5.1 – A Constituição Laboral

A Constituição portuguesa contém um capítulo (Capítulo III do Título II – artigos 53.º a 57.º) especificamente dedicado a *direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores*, dando corpo à habitualmente denominada “Constituição

35 Cf. RAWLS, John. *Justice as fairness: a restatement*. Ed. by Erin Kelly. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

36 Cf. ARTHURS, Harry. Labour law after labour. *The Idea of Labour Law*, cit., p. 13-29 (p. 27).

37 Veja-se, a este propósito: FREEDLAND, Mark; KOUNTOURIS, Nicola. The legal characterization of personal work relations and the idea of labour law. *The Idea of Labour Law*, cit., p. 190-208, para quem a *ideia do Direito do Trabalho* se centra no conceito de *personality in work*, ideia essa que abarca “the objectives of promoting dignity, capability and stability in the arranging and conduct of personal work relations” (p. 208).

38 Cf. SEM, Amartya. *A ideia de justiça*, cit., p. 365 e 368 e ss. Veja-se, também, do mesmo autor: *Rationality and Freedom*. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 2002. Sobre a relação entre economia e felicidade, veja-se: LAYARD, Richard. *Happiness: a revolution in economics*. Penguin Press, 2005.

39 Cf. DEAKIN, Simon. The contribution of labour law to economic and human development. *The Idea of Labour Law*, cit., p. 156-175 (p. 157).

Laboral”, garantindo em simultâneo determinados *direitos sociais*, previstos no Capítulo I do Título III (artigos 58.º e 59.º)⁴⁰.

No primeiro grupo de direitos, previstos no Capítulo III do Título II, é possível descortinar o *direito à segurança no emprego*, através da proibição de despedimentos sem justa causa ou fundados em motivos políticos e ideológicos (artigo 53.º), o *direito à inscrição sindical* (artigo 55.º, n.º 2, alínea *b*) e o *direito de adesão individual à greve* (artigo 57.º); a *liberdade sindical* (artigo 55.º) e o *direito de associação sindical e contratação coletiva* (artigo 56.º). Trata-se, em todas estas situações, de direitos que vinculam os poderes públicos e privados (artigo 18.º), sendo como tal diretamente oponíveis aos próprios empregadores; as leis que se lhes refiram estão sujeitas a reserva de competência legislativa da Assembleia da República (artigo 165.º, n.º 1, alínea *b*); e o seu regime deve ser respeitado pelas leis de revisão constitucional (artigo 288.º, alíneas *d* e *e*).

No segundo grupo de direitos, encontramos direitos programáticos⁴¹ ou sociais⁴², que têm como destinatário o próprio Estado e que se concretizam, designadamente, no *direito ao trabalho* (artigo 58.º); no *direito à retribuição do trabalho* (artigo 59.º, n.º 1, alínea *a*), segundo o princípio de que “para trabalho igual, salário igual”, de forma a garantir uma “existência condigna”; no *direito à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes* (artigo 59.º, n.º 1, alínea *b*); no *direito à prestação do trabalho em condições de higiene e segurança* (artigo 59.º, n.º 1, alínea *c*); no *direito ao repouso e aos lazeres*, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas (artigo 59.º, n.º 1, alínea *d*); no *direito à assistência material*, quando involuntariamente se encontrem em situação de desemprego (artigo 59.º, n.º 1, alínea *e*); no *direito à assistência e justa reparação*, quando vítimas de acidente de trabalho ou de doença profissional (artigo 59.º, n.º 1, alínea *f*); e na imposição, feita ao Estado, de proteger o trabalho das mulheres durante a gravidez e após o parto, bem como o trabalho dos menores, dos diminuídos e dos que desempenhem atividades particularmente perigosas.

40 Sobre a distinção entre “direitos, liberdades e garantias” e “direitos económicos, sociais e culturais”, v.: MIRANDA, Jorge. O regime dos direitos, liberdades e garantias. *Estudos Sobre a Constituição*, III, p. 41 ss.

41 A este propósito, veja-se: CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, cit., p. 103 ss.; ANDRADE, Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 198 ss.; PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 105 ss.; ABRANTES, José João. *Direito do trabalho e Constituição. Direito do Trabalho*, Ensaios, cit., p. 41 ss.

42 A propósito dos “direitos sociais” *positivados na Constituição*, veja-se: NOVAIS, Jorge Reis. *Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

A ideia é, pois, a de promover uma igualdade real entre os cidadãos, através da concessão de especiais direitos de tutela atribuídos, neste caso, aos trabalhadores, enquanto categoria de cidadãos que se encontra numa situação de inferioridade suscetível de pôr em causa a sua liberdade negocial.

Ou seja: na base dos direitos fundamentais dos trabalhadores, quer dos *direitos, liberdades e garantias*, quer dos *direitos económicos, sociais e culturais*, está uma preocupação de proteção do trabalhador e da sua dignidade, própria de um “Estado ético”⁴³.

O *princípio da proteção do trabalhador* é, assim, o princípio-chave que está por detrás dos valores constitucionais do subsistema laboral e que tem orientado a evolução do Direito do Trabalho, desde a sua génese até a atualidade⁴⁴. Os valores constitucionais em apreço, por sua vez, têm um sentido muito claro: visam, no essencial, garantir a preservação de um núcleo irredutível de direitos dos trabalhadores, no âmbito da relação de trabalho – visam, no limite, garantir a preservação da sua dignidade enquanto cidadãos que atuam no mundo do trabalho⁴⁵.

5.2 – A crise das dívidas soberanas

No dia 14 de setembro de 2008, ocorreu a falência do Lehman Brothers, o quarto maior banco de negócios dos Estados Unidos da América, facto que abalou de forma considerável o sistema financeiro mundial e que esteve na origem de uma das mais graves crises sentidas na Europa – a chamada “crise das dívidas soberanas”.

A crise em apreço, na Europa, afetou significativamente os países da periferia (v.g., Islândia, Irlanda, Grécia, Espanha e Itália), e Portugal não fugiu à regra. Neste contexto, no dia 6 de abril de 2011, o XVIII Governo Constitucional solicitou à União Europeia e ao Fundo Monetário Internacional um pedido de assistência financeira, tendo em vista garantir condições de financiamento a Portugal, ao sistema financeiro nacional e à economia portuguesa.

Na sequência do referido pedido de assistência financeira, o Governo assinou dois acordos: o Memorando de Entendimento sobre as Condiçiona-

43 Cf. GAMBA, Juliane Caravieri Martins. Dignidade do trabalhador e políticas públicas: perspectivas no âmbito do Estado ético. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Coord.). *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 115 e ss.

44 Veja-se, a este propósito: DRAY, Guilherme. *O princípio da proteção do trabalhador*. Coimbra: Almedina, 2015; e *O princípio da proteção do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2015.

45 Veja-se, a este propósito, a obra coletiva: COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida (Coord.). *Direitos constitucionais dos trabalhadores e dignidade da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2015.

lidades de Política Económica com o Banco Central Europeu e a Comissão Europeia; e o Memorando de Políticas Económicas e Financeiras, com o Fundo Monetário Internacional.

Ambos os acordos incluíram cláusula sobre as políticas de emprego e sobre o mercado laboral⁴⁶⁻⁴⁷. Em ambos os casos, o que se teve em vista não foi o aperfeiçoamento do sistema juslaboral ou qualquer avanço na Ciência Jurídica, o propósito foi exclusivamente de natureza económica.

O fundamento das alterações preconizadas é simples de enunciar: na perspetiva da *troika*, o regime legal de proteção do trabalhador foi visto como um obstáculo à competitividade das empresas e da economia nacional. Haveria, pois, que diminuir o grau de proteção do trabalhador.

Neste contexto, foi aprovado, entre 2011 e 2012, um conjunto significativo de alterações ao Código do Trabalho (CT), em especial através da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho. E foi neste contexto, também, que o XIX Governo Constitucional enveredou por uma fortíssima política de contenção de custos ou de “austeridade”, nomeadamente através da redução de retribuições e das pensões de reforma.

Entrou-se, por esta via, numa nova fase da evolução do Direito do Trabalho – *Direito do Trabalho de exceção*⁴⁸ –, na qual os direitos laborais foram indexados ao ciclo económico de austeridade, que transfere para os cidadãos os custos da recuperação do sistema financeiro. À luz dessa indexação, envereda-se

46 No “MoU” acordado com a Comissão Europeia e o Banco Central Europeu, foram acolhidas normas sobre o mercado de trabalho e a política de emprego. A este último propósito, o “MoU” enunciou os seguintes objetivos: “Implementar reformas na legislação relativa à proteção ao emprego para combater a segmentação do mercado de trabalho, promover a criação de emprego e facilitar a transição dos trabalhadores entre várias atividades, empresas e setores; facilitar os regimes dos tempos de trabalho para conter flutuações de emprego ao longo do ciclo, acomodar melhor as diferenças de padrões de trabalho nos diferentes setores e empresas e aumentar a competitividade das empresas; promover uma evolução dos custos do trabalho consistente com a criação de emprego e a melhoria da competitividade; garantir boas práticas e recursos apropriados para Políticas Activas do Mercado de Trabalho, com o objectivo de melhorar a empregabilidade dos jovens e das categorias desfavorecidas e minorar os desajustamentos no mercado de trabalho (...)”.

47 No mesmo sentido, ainda que de forma menos desenvolvida, o “MEFP” incluiu também regras relativas ao “mercado de trabalho”, enquadrando-as no objetivo mais vasto de melhoria da competitividade da economia. Alude-se, a esse propósito, à necessidade de se “alinhar as compensações por cessação de contrato de trabalho sem termo e a termo certo, reduzindo as compensações para todos os novos contratos a 10 dias por cada ano de efectividade, com 10 dias adicionais suportados por um fundo financiado pelos empregadores”, à redução da “duração máxima do subsídio de desemprego para não mais do que 18 meses” e à necessidade de se garantir que, “ao longo da vigência do programa, qualquer aumento do salário mínimo apenas ocorrerá se as condições económicas o justificarem e for acordado no contexto das revisões periódicas do programa”.

48 Cf. FERREIRA, António Casimiro. Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção. *Vida Económica*, Lisboa, 2012, p. 75 e ss.

por uma política de erosão dos direitos sociais e laborais, vistos como barreiras a eliminar no quadro de resposta à crise económica e financeira da Europa. As reformas laborais passam, por esta via, não apenas a apostar na flexibilização do Direito do Trabalho, como sucedeu nos finais da década de 1990, mas a apostar também na redução dos custos salariais, na diminuição das indemnizações por despedimento, na facilitação dos despedimentos por razões objetivas, na maior flexibilização da gestão do tempo de trabalho e na imposição de pesadas restrições à negociação coletiva através da fixação de normas imperativas absolutas que esvaziam de forma considerável a autorregulamentação de interesses que sempre marcou o Direito do Trabalho tradicional⁴⁹.

As reformas laborais deixam de assumir contorno nacional e são “desnacionalizadas”, passando a assumir-se como um produto de mercado utilizado como caução do apoio externo, ou como uma moeda de troca para efeitos de obtenção de financiamento internacional. *O princípio da proteção do trabalhador* não foi tido em consideração enquanto elemento conformador de política legislativa – a reforma laboral levada a efeito teve por fundamento, apenas, preocupações de natureza económica e foi instrumentalizada em função das mesmas.

Em particular, no caso português, o sentido geral da *reforma* laboral é simples de enunciar: maior flexibilização da relação laboral, nomeadamente quanto à gestão do tempo de trabalho; redução de benefícios do trabalhador, nomeadamente quanto a férias, descanso e remuneração compensatória decorrente da prestação de trabalho suplementar; maior facilidade em promover o despedimento, quer por redução de custos para o empregador ao nível da compensação a pagar ao trabalhador, quer por força da atenuação de determinados requisitos ao nível do despedimento coletivo, por extinção do posto de trabalho e por inadaptação; maior individualização da relação de trabalho, admitindo-se a obtenção de acordos entre empregador e trabalhador quando antes se exigia a intervenção de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, nomeadamente ao nível da gestão do tempo de trabalho – *v.g., banco de horas individual*; menor intervenção do ministério responsável pela área laboral em diversos assuntos relacionados com a vida laboral; maior descentralização da negociação coletiva, admitindo-se, de forma mais alargada, que esta possa ser levada a efeito por outras estruturas representativas de trabalhadores que não as associações sindicais; redução do papel anteriormente atribuído aos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho e diminuição das normas convénio-dispositivas.

49 Veja-se, a este propósito: DRAY, Guilherme. *O princípio da proteção do trabalhador*, cit., p. 285 e ss.

A *reforma* do CT foi, pois, de um modo geral, levada a efeito como uma exigência da economia de mercado, seguindo uma tendência que se vinha revelando a partir da primeira década do século XXI⁵⁰ e que foi precipitada com o advento da crise das dívidas soberanas. A *reforma* em causa visou, no essencial, a limitação dos custos da força de trabalho⁵¹.

Em qualquer caso, a evolução acima exposta permitiu, paradoxalmente, que se recordassem e invocassem os valores axiológicos do sistema laboral que estiveram na origem do Direito do Trabalho e que determinaram o seu desenvolvimento, valores esses unificados, como se afirmou, pelo *princípio da proteção do trabalhador*: apesar de não ter estado na origem desta *reforma*, o princípio em causa não deixou de estar presente naquele conturbado momento, limitando e balizando os efeitos desta. E a lição que se tira é esta: mesmo quando contraditado ou posto em crise, o *princípio da proteção do trabalhador* mantém a sua importância, que pode até, no limite, sair reforçada: as investidas levadas a efeito contra o Direito do Trabalho fazem sobressair o que este tem de mais profundo e de mais central.

Nesse sentido, através de alguns dos seus subprincípios operativos⁵², como seja o da *segurança no emprego*, o princípio em causa esteve na origem da declaração de inconstitucionalidade de algumas das normas da referida Lei n.º 23/2012, na sequência do papel (decisivo) desempenhado pelo Tribunal Constitucional português.

É o que veremos em seguida, recordando de forma sintética o essencial daquela atuação, pela sua natureza emblemática.

5.3 – O papel (decisivo) do Tribunal Constitucional português

Durante o período crítico da crise das dívidas soberanas, o papel do Tribunal Constitucional (TC) na defesa da Constituição e do seu sistema de valores foi determinante, nomeadamente ao nível das relações de trabalho e da preservação do núcleo essencial do Direito do Trabalho⁵³.

50 Veja-se, a este propósito: JEAMMAUD, Antoine. *Le droit du travail confronté à l'économie*. Paris: Dalloz, 2005. em especial p. 39-51.

51 Sobre esta tendência, veja-se: PELISSIER, Jean; SUPIOT, Alain; JEAMMAUD, Antoine. *Droit du travail*. 24. edition. Paris: Dalloz, 2008. p. 11.

52 A propósito dos subprincípios operativos do *princípio da proteção do trabalhador* e das suas diversas concretizações, designadamente a nível interpretativo-aplicativo, nos domínios da formação, execução e cessação do contrato de trabalho, bem como enquanto elemento de conformação legislativa, veja-se: DRAY, Guilherme. *O princípio da proteção do trabalhador*, cit.

53 Sobre a atuação do Tribunal Constitucional português durante a época da crise, veja-se: DRAY, Guilherme. O direito do trabalho na jurisprudência constitucional da crise. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano LVI, ns. 1-3, jan./set. 2015, Coimbra, Almedina, p. 155 e ss.

A reforma de 2012 do CT não fugiu à regra: a lei em apreço foi apreciada pelo TC e algumas das suas normas, em especial as que dizem respeito à cessação do contrato de trabalho e que lidam, conseqüentemente, com o princípio constitucional da *segurança no emprego*, foram declaradas inconstitucionais, no Acórdão 602/2013, de 20 de setembro, cujos traços essenciais cumpre recordar.

Desde logo, foi declarado inconstitucional o enunciado normativo do novo n.º 2 do artigo 368.º do CT, na parte em que este, ao contrário do que sucedia anteriormente, atribuía ao empregador a tarefa de definição dos critérios que devem presidir à seleção do trabalhador a despedir no caso do *despedimento por extinção do posto de trabalho*. Ou seja, ao passo que, na versão anterior à Lei n.º 23/1012, a individualização do posto de trabalho a extinguir obedecia a uma previsão legal de recorte determinado (uma ordem de prioridades baseadas na antiguidade dos trabalhadores envolvidos no posto, na categoria e na empresa), a nova versão do artigo 368.º, n.º 2, atribuía a escolha do trabalhador a despedir ao empregador, ainda que segundo critérios “relevantes e não discriminatórios”.

Pois bem: o TC entendeu que possibilidade de o empregador escolher o trabalhador a despedir através da definição prévia de critérios “relevantes” e “não discriminatórios” assenta em “(...) conceitos vagos e indeterminados, desprovidos de um mínimo de precisão e de eficácia”⁵⁴. Nesse sentido, o Tribunal entendeu que a norma questionada abria “(...) a porta a despedimentos arbitrários ou judicialmente incontroláveis”. E, por essa razão, o Tribunal concluiu que “o n.º 2 do artigo 368.º do Código do Trabalho, na redação dada pela Lei n.º 23/2012 (...) viola a proibição de despedimentos sem justa causa consagrada no artigo 53.º da Constituição, na medida em que não fornece as necessárias indicações normativas quanto aos critérios que devem presidir à decisão do empregador de seleção do posto de trabalho a extinguir”⁵⁵.

O princípio da proteção do trabalhador, através do seu subprincípio operativo – *princípio da segurança no emprego* –, jogou um papel decisivo⁵⁶.

54 Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional 602/2013, de 20 de setembro. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130602.html>>. Acesso em: 26 set. 2013, p. 82.

55 Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional 602/2013, cit., p. 84.

56 Recordar-se que, na sequência da referida declaração de inconstitucionalidade, a Assembleia da República aprovou, alguns meses mais tarde, a Lei n.º 27/2014, de 8 de maio, que procedeu à sexta alteração ao CT/2009, conferindo nova redação ao citado artigo 368.º, n.º 2, estabelecendo que, havendo na secção ou na estrutura equivalente, uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcionalmente idêntico, o empregador, para determinação do posto de trabalho a extinguir, deve seguir a seguinte ordem de critérios relevantes e não discriminatórios: a) pior avaliação de desempenho, com parâmetros previamente conhecidos pelo trabalhador; b) menores habilitações académicas e profissionais; c) maior onerosidade pela manutenção do vínculo laboral do trabalhador da empresa; d) menor experiência na função; e e) menor antiguidade na empresa.

Em segundo lugar, o TC declarou também a inconstitucionalidade do novo artigo 368.º, n.º 4, do CT, neste caso à luz do Direito Constitucional À Negociação Coletiva.

A redação anterior à Lei n.º 23/2012 fazia depender a impossibilidade prática da subsistência da relação de trabalho da demonstração de que o empregador não dispunha de outro posto de trabalho compatível com a categoria profissional do trabalhador. A nova redação conferida ao citado n.º 4 do artigo 368.º dava por assente essa impossibilidade “quando o empregador demonstre ter observado critérios relevantes e não discriminatórios em face dos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho”. Ou seja, apesar de manter a impossibilidade de subsistência da relação de trabalho como requisito geral do despedimento por extinção do posto de trabalho, a Lei n.º 23/2012, no caso de haver uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico, utilizou o mesmo critério a que sujeitava a identificação do posto de trabalho a extinguir, nos termos do artigo 368.º, n.º 2. Ora, com esta solução, entendeu (bem) o Tribunal que o novo regime “revoga, na prática, a regra que impunha ao empregador o dever de oferecer ao trabalhador um posto de trabalho alternativo, quando ele existisse na empresa”⁵⁷. Ou seja, “o regime impugnado gera a possibilidade de despedimento num quadro circunstancial em que existe um outro posto de trabalho disponível na empresa e em que o trabalhador anteriormente ocupado no posto extinto esteja disponível para aceitar a mudança de funções. Nessas circunstâncias, a extinção do posto de trabalho, só por si, não põe em causa a subsistência da relação de trabalho, o mesmo é dizer, a preservação do emprego, sendo por isso inconstitucional”⁵⁸. O Tribunal concluiu, enfim, que a norma em causa “viola a proibição de despedimentos sem justa causa consagrada no artigo 53.º da Constituição, pelo que deve ser declarada inconstitucional”⁵⁹⁻⁶⁰.

Em terceiro lugar, o TC declarou inconstitucional, a propósito do despedimento por inadaptação, pelas mesmas razões que estiveram na origem da inconstitucionalidade do artigo 368.º, n.º 4, a revogação da alínea *d*) do n.º 1 do artigo 375.º do CT, que exigia a verificação da impossibilidade de subsistência do vínculo laboral pela inexistência na empresa de um outro posto de trabalho

57 Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional 602/2013, cit., p. 85.

58 Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional 602/2013, cit., p. 88.

59 Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional 602/2013, cit., p. 89.

60 Também neste caso, na sequência da declaração de inconstitucionalidade em apreço, a Lei n.º 27/2014, de 8 de maio, conferiu nova redação ao citado artigo 368.º, n.º 4, estabelecendo que, uma vez extinto o posto de trabalho, apenas se considera que a subsistência da relação de trabalho é praticamente impossível quando o empregador não disponha de outro compatível com a categoria profissional do trabalhador.

disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador. A citada alínea *d* prescrevia, como requisito do despedimento, que não existisse na empresa outro posto de trabalho disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador, exigência essa que estava ligada ao requisito da impossibilidade prática da subsistência da relação de trabalho, que continua a constar do n.º 1 do artigo 374.º do CT. Nesse sentido, o Tribunal concluiu, também (e bem, mais uma vez), que “o despedimento por causas objetivas deve ser configurado como *ultima ratio*, o que não é compatível com a dispensa de integrar o trabalhador em posto de trabalho alternativo, quando este exista”⁶¹, razão pela qual declarou inconstitucional a revogação da alínea *d*, do n.º 1 artigo 375.º do CT.

No mesmo sentido e agora quanto à modalidade de despedimento por inadaptação sem que tenham ocorrido modificações no local de trabalho (o habitualmente denominado *despedimento por inaptidão*), o Tribunal, sem prejuízo de admitir que em termos substantivos se trata de uma modalidade de *justa causa objetiva*, concluiu, também, pelas mesmas razões, que “se, para formular o juízo de inexigibilidade de manutenção do trabalhador cuja inaptidão se revelou na sequência da introdução de modificações no seu posto de trabalho, é essencial que o empregador não disponha na empresa de outro posto de trabalho compatível com a qualificação profissional do trabalhador (...), não se vê por que razão a situação deva ser diferente, no tocante ao juízo de inexigibilidade, nos casos em que a inadaptação do trabalhador se revele independentemente de terem sido introduzidas modificações no seu posto de trabalho. O problema, em termos de impossibilidade prática de subsistência da relação de trabalho (...) é exatamente o mesmo nas duas situações”⁶².

Em suma: o TC declarou a inconstitucionalidade da norma do artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, na parte em que procedeu à revogação da alínea *d*) do n.º 1 do artigo 375.º do CT, por violação, mais uma vez, da proibição de despedimentos sem justa causa consagrada no artigo 53.º da Constituição⁶³.

Por fim: o TC declarou a inconstitucionalidade dos n.ºs 2 e 5 do artigo 7.º da referida Lei n.º 23/2012.

61 Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional 602/2013, cit., p. 97.

62 Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional 602/2013, cit., p. 105.

63 Recordar-se que, também neste caso, na sequência da declaração de inconstitucionalidade em apreço, a Lei n.º 27/2014, de 8 de maio, conferiu nova redação à alínea *d*) do citado artigo 375.º, n.º 1, retomando a regra segundo a qual a impossibilidade de subsistência do vínculo laboral só ocorre quando não exista, na empresa, outro posto de trabalho disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador.

No primeiro caso – artigo 7.º, n.º 2 –, estava em causa a norma que determinava a *nulidade* das disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho e as cláusulas de contratos de trabalho celebrados antes da entrada em vigor desta lei que dispusessem sobre *descanso compensatório por trabalho suplementar* prestado em dia útil, em dia de descanso semanal complementar ou em feriado. No segundo caso – artigo 7.º, n.º 5 –, estava em causa a norma que declarava a *redução* das disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho e das cláusulas de contratos de trabalho que, decorrido o prazo de dois anos, contados a partir da entrada em vigor desta mesma Lei, não tivessem sido alteradas de forma a adaptarem-se à supressão do regime de *majoração ao período anual de férias*.

Neste caso, o Tribunal considerou tais normas “inconstitucionais por violarem as disposições conjugadas dos artigos 56.º, n.ºs 3 e 4, e 18.º, n.º 2, da Constituição”⁶⁴⁻⁶⁵. Considerou-se, enfim, ter sido posto em causa o direito constitucional à contratação coletiva⁶⁶.

Em suma: o TC julgou inconstitucionais normas relativas ao *despedimento por extinção do posto de trabalho*, normas relativas ao *despedimento por inadaptação* e normas relativas ao *conflito hierárquico* entre a lei e os *instrumentos de regulamentação coletiva do trabalho*, fazendo-o, no essencial, em nome do princípio constitucional da *segurança no emprego* e do direito constitucional à contratação coletiva.

Fê-lo, em suma, em nome dos valores constitucionais e da ordem objetiva de valores constantes da “Constituição Laboral” *supra* enunciada, a qual, como se afirmou, é pautada pelo *princípio da proteção do trabalhador*.

O caso português tem esta grande virtude: ele mostra que o *princípio da proteção do trabalhador*, na medida em que esteja positivado no sistema de valores da Constituição, desempenha um papel importantíssimo na preservação e na manutenção do Direito do Trabalho e da sua *basic idea*, que assenta na proteção da parte mais fraca e no equilíbrio contratual.

Em Portugal, não obstante as iniciativas legislativas que foram promovidas a partir de 2012, destinadas a diminuir o custo do trabalho e a alterar o equilíbrio de forças do Direito do Trabalho, quer no setor privado, quer no setor público, a verdade é que o núcleo central deste ramo do Direito, alicerçado no

64 Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional 602/2013, cit., p. 124.

65 Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional 602/2013, cit., p. 129.

66 Recordar-se que os citados n.ºs 2 e 5 do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012 foram, mais tarde, revogados pelo artigo 3.º da Lei n.º 48-A/2014, de 31 de julho.

princípio da proteção do trabalhador e na sua *primazia axiológica*⁶⁷ e constitucional, foi preservado, em grande parte graças à atuação do TC.

A ideia é simples: na medida em que este princípio se encontra incorporado no sistema de valores da Constituição e no elenco de *direitos, liberdades e garantias* dos trabalhadores expresso nos seus artigos 53.º e ss., qualquer regra que venha a ser aprovada pelo poder legislativo e que se mostre contrária ao *princípio da proteção do trabalhador* tende, conseqüentemente, a ser uma regra inconstitucional, filtrada nos termos dos artigos 277.º e ss. da Constituição. Quer a Constituição, quer a Declaração Universal dos Direitos do Homem, acolhida no nosso sistema nos termos do artigo 16.º, n.º 2, da Lei Fundamental, atuam, pois, como *limites externos* à modificação do Direito do Trabalho.

Foi isso, no essencial, o que sucedeu na aludida “jurisprudência constitucional da crise”: o *princípio da proteção do trabalhador*, através das suas regras positivadas na Constituição, funcionou como um *limite* à modificação do Direito do Trabalho, fazendo sobressair o que já assinalamos anteriormente – o Direito do Trabalho pode e deve ser alterado e atualizar-se em função do devir social; as modificações levadas a efeito não devem, todavia, subverter os valores essenciais deste ramo do Direito, plasmados no seu princípio jurídico central.

6 – CONCLUSÃO: A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA E O CASO BRASILEIRO

O que foi dito e apresentado ao longo do presente artigo a propósito do sentido do Direito do Trabalho e do *princípio da proteção do trabalhador*, por um lado, bem como o que foi retratado sobre a atuação do Tribunal Constitucional português, por outro lado, permitem que concluamos no seguinte sentido: as alterações levadas a efeito no Direito do Trabalho devem ter por objetivo a sua atualização, mas não a sua substituição; as modificações levadas a efeito no Código do Trabalho (no caso português) ou na CLT (no caso brasileiro) podem atuar ao nível de determinadas soluções concretas, mas não devem alterar o *espírito* e o *sentido* do Direito do Trabalho, expressos no *princípio da proteção do trabalhador*.

Como sustenta Manfred Weiss, apesar das transformações significativas que se têm verificado no mundo do trabalho e de ser clara, hoje, a necessidade de o Direito do Trabalho se adaptar a novas realidades, os problemas fundamentais do mundo laboral, expressos nomeadamente na ideia de que “labour

67 Veja-se, a este propósito: DRAY, Guilherme. *O princípio da proteção do trabalhador*, cit., p. 19 e ss. e 813 e ss.

is not a commodity, that employees are personally dependent and that the employee's human dignity has to be protected” mantém-se⁶⁸. A desigualdade entre as partes e a afetação pessoal de quem presta a sua atividade por conta de outrem não deixaram de se verificar⁶⁹. O princípio da proteção do trabalhador mantém, pois, plena atualidade. E a positivação deste princípio e das suas diversas concretizações na Constituição revela-se particularmente decisiva, em especial em épocas de crise.

No caso português, o papel do Tribunal Constitucional foi absolutamente decisivo neste domínio: permitiu preservar a *basic idea* do Direito do Trabalho⁷⁰, que garante ao trabalhador uma *liberdade* efetiva e a capacidade de se desenvolver enquanto cidadão⁷¹, sem ser objeto de despedimentos arbitrários ou *ad nutum*. O TC e a “jurisprudência constitucional da crise” foram decisivos na preservação do *sentido ético* do Direito do Trabalho, que visa garantir ao trabalhador um amplo espaço de liberdade e de cidadania⁷².

Mais decisivo ainda foi o texto constitucional: a circunstância de a Constituição portuguesa consagrar direitos fundamentais do trabalhador permitiu ao TC atuar com firmeza e acuidade, mantendo intocável o núcleo essencial do Direito do Trabalho.

E é nesta base, também, que deve ser vista a reforma trabalhista brasileira, assente na citada Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. As soluções que ela consagra devem ser apreciadas à luz da Constituição brasileira⁷³.

68 Cf. WEISS, Manfred. Re-inventing labour law? *The Idea of Labour Law*, cit., p. 43-56 (p. 46).

69 Cf. DAVIDOV, Guy. Re-matching labour laws with their purpose. *The Idea of Labour Law*, cit., p. 179-189 (p. 189). Como recorda o autor, “this has been the case in the past and has not changed. The goal of labour law is to provide protection to these people, by minimizing such vulnerabilities (...)”.

70 Veja-se, a este propósito: GOLDIN, Adrián. Global conceptualizaions and local constructions. *The Idea of Labour Law*, cit., p. 69-87 (p. 73). No essencial, o autor recorda que as políticas de flexibilização não são suscetíveis de pôr em causa a *basic idea* da *labour law* – “the idea of protection” (p. 73).

71 Recordar-se a recente afirmação do *Supreme Court* do Canadá, para quem o trabalho garante aos trabalhadores, não apenas “a means of financial support and, as importantly, a contributory role in society”, mas também “a sense of identity, self-worth and emotional well-being” (decisão citada por ARTHURS, Harry. Labour law after labour. *The Idea of Labour Law*, cit., p. 20).

72 Cf. LANGILLE, Brian. labour law's theory of justice. *The Idea of Labour Law*, cit., p. 112.

73 Sobre a Constituição brasileira de 1988, veja-se: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015; CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord. científica); LEONCY, Léo Ferreira (Coord. executiva). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, Coimbra, 2013; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

A Constituição brasileira de 1988, a mais significativa Carta de Direitos da história jurídico-política do Brasil⁷⁴, apelidada de “Constituição Cidadã” pelo Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães⁷⁵, representou uma nova ordem constitucional que surgiu de mãos dadas com o regime democrático⁷⁶. Tendo por base um núcleo muito significativo de direitos, liberdades e garantias⁷⁷, a Constituição centra-se na plena realização da cidadania, tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana⁷⁸ e enuncia um catálogo extenso de direitos fundamentais logo no início das suas disposições, antes mesmo das normas relativas à organização do Estado⁷⁹.

Nessa linha, a Constituição brasileira consagra a ideia de *igualdade em sentido material*, enquanto sinónimo de igualdade de oportunidades ou de igualdade em sentido real, que implica a atuação do Estado e a concessão de direitos sociais a categorias de pessoas tradicionalmente mais desfavorecidas, como é o caso dos trabalhadores⁸⁰. Com a Constituição brasileira de 1988, “os direitos sociais passaram a ser considerados pelo ordenamento constitucional brasileiro, de forma inédita, como autênticos direitos fundamentais”⁸¹, cabendo ao Estado o dever de “assegurar aos indivíduos prestações positivas, a fim de preservar o

74 Cf. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 127.

75 Recordar-se que foi essa a terminologia utilizada por Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, no discurso da promulgação da nova Constituição, promulgada a 5 de outubro de 1988.

76 Sobre as influências da Constituição portuguesa de 1976 na Constituição brasileira de 1988, veja-se, nomeadamente: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição Brasileira de 1988 – aspectos gerais. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 49, 1989, p. 947 e ss.; e Constitucionalismo português e constitucionalismo brasileiro. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais*: nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 59 e ss.; BONAVIDES, Paulo. Constitucionalismo luso-brasileiro: influxos recíprocos. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas Constitucionais*: nos 20 anos da Constituição de 1976, cit., p. 51 e ss.

77 Veja-se, a este propósito: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais numa perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

78 Veja-se, a este propósito: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

79 Veja-se, a este propósito: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 102.

80 Veja-se, a este propósito: MARTINS, Leonardo Martins. Direito fundamental à igualdade. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord. científica); LEONCY, Léo Ferreira (Coord. executiva). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Coimbra: Almedina, 2013. p. 222-223.

81 Cf. TOLENTINO, Daniel Henrique Ferreira. *A figura do piso salarial previsto no art. 7º, V, da Constituição Federal e a Lei Complementar n. 103/00*. Direitos constitucionais dos trabalhadores e dignidade da pessoa humana. Homenagem ao Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, cit., p. 51 e ss. (p. 51).

bem-estar e realizar a dignidade da pessoa humana em sua plenitude”⁸². Com a Constituição de 1988, como assinala José Filipe Ledur, os direitos sociais são, enfim, na ordem jurídico-constitucional brasileira, elevados à categoria de “direitos fundamentais”⁸³.

É nesse sentido que o art. 6º da Constituição brasileira enuncia um conjunto de *direitos sociais*, afirmando que são *direitos sociais* a *educação*, a *saúde*, a *alimentação*, o *trabalho*, a *moradia*, o *lazer*, a *segurança*, a *previdência social*, a *proteção à maternidade e à infância* e a *assistência aos desamparados*.

Além do mais, tal como sucede com os direitos fundamentais dos trabalhadores previstos nos artigos 53.º e ss. da Constituição portuguesa, o art. 7º da Constituição brasileira consagra, expressamente, diversos “direitos dos trabalhadores urbanos e rurais”, dentre os quais se destacam, a título exemplificativo, o direito a uma *relação de emprego protegida*; ao *seguro-desemprego*; ao *salário mínimo nacional*; à *irredutibilidade do salário*; à *duração do trabalho normal* não superior a oito horas diárias e 44 semanais; ao *repouso semanal remunerado*; ao gozo de *férias anuais remuneradas*; à *licença de maternidade* e de *paternidade*; à proteção do mercado de trabalho da *mulher*; à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de *saúde, higiene e segurança*; à *aposentadoria*; ao reconhecimento das *convenções e acordos coletivos de trabalho*; ao seguro contra *acidentes de trabalho*, a cargo do empregador; à *proibição de diferença de salários* e de *qualquer discriminação*; entre outros.

Este extenso elenco de direitos parece querer significar que a Constituição brasileira, tal como a portuguesa, também acolhe na sua ordem objetiva de valores o *princípio da proteção do trabalhador*. Trata-se, aliás, de algo natural para quem – como nós – defende a existência de um sistema lusófono⁸⁴ que inclui todos os países de expressão portuguesa, sistema esse centrado numa língua comum; na proximidade dos textos constitucionais, em larga medida inspirados pela Constituição portuguesa de 1976⁸⁵; na defesa dos mesmos valores

82 Cf. SAEZ, Maria Cecília Fontana; ALVARENGA, Luísa Baran de Mello. *Direito a férias e dignidade da pessoa humana*. Direitos constitucionais dos trabalhadores e dignidade da pessoa humana. Homenagem ao Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, cit., p. 127 e ss. (p. 127-128). As autoras citam, a este propósito, a obra de Carlos Henrique Bezerra Leite: *Constituição e direitos sociais dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 1997.

83 Cf. LEDUR, José Filipe. *Direitos fundamentais sociais* – efetivação no âmbito da democracia participativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 19.

84 Cf. DRAY, Guilherme. *A influência dos Estados Unidos da América na afirmação do princípio da igualdade nos países da lusofonia*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 60 e ss.

85 Sobre a influência da Constituição portuguesa na Constituição brasileira de 1988, veja-se em particular: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição Brasileira de 1988 – aspectos gerais. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 49, 1989, p. 947 et seq., e Constitucionalismo português e constitucionalismo brasileiro. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos de 1976*. Coimbra:

DOCTRINA

e princípios constitucionais, tais como a dignidade, a igualdade, a liberdade, o princípio republicano, o princípio democrático e o da coesão social; e na partilha de conhecimentos da comunidade académica e científica⁸⁶.

A ser assim, tal como sucedeu em Portugal, é à luz destes valores constitucionais que a reforma trabalhista brasileira deve ser analisada.

É à luz destes valores que se deve garantir a intangibilidade do núcleo essencial do Direito do Trabalho brasileiro.

É à luz destes valores, enfim, que se deve conseguir um justo equilíbrio, entre a necessidade de atualização do Direito do Trabalho e a manutenção do seu sentido ou da sua *basic idea*, assente na proteção da parte mais fraca e no equilíbrio contratual.

Coimbra Editora, 1996. p. 59 et seq.; BONAVIDES, Paulo. *Constitucionalismo luso-brasileiro: influxos recíprocos. Perspectivas constitucionais*, cit., p. 51 et seq.

86 Veja-se, sobre a existência do sistema lusófono: GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 312-346. v. I.

MECANISMOS TRIPARTIDOS RACIONALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA DE NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO (NIT) PROMOVIDOS POR LA OIT*

Horacio Guido**

I – INTRODUCCIÓN

Hacia fines de los años 1990, el número de quejas contra gobiernos de América Latina que se presentaban ante el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT aumentaba notablemente, los plazos para su tratamiento se extendían en el tiempo y los alegatos que se presentaban en el marco de las mismas parecían ser pasibles de solución a nivel nacional, sin tener que recurrir a una instancia internacional. Las visitas a varios países permitieron constatar, en varias ocasiones, la inexistencia de un diálogo social sólido, que permitiera a las partes alcanzar soluciones y asumir compromisos para obtener el pleno respeto de los convenios fundamentales de la OIT. La falta de confianza entre los mandantes tripartitos y con las instituciones del Estado, sin lugar a dudas, era uno de los detonantes para recurrir a los órganos de control de la OIT. La Oficina, como testigo privilegiado de esta realidad y en la búsqueda de asistir a los mandantes con propuestas innovadoras y de solución rápida de los conflictos en el terreno, comenzó a promover el tipo de mecanismos bajo estudio.

A partir del año 2000 se han constituido algunas comisiones nacionales tripartitas de resolución de conflictos vinculados con el ejercicio de los derechos

* El autor agradece a la Sra. Corinne Vargha, Directora del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, así como a la Sra. Véronique Basso, al Sr. Jordi Agusti-Panareda y a la Sra. Beatriz Vacotto, funcionarias/os del mismo Departamento, y a la Sra. María Luz Vega Ruiz, Coordinadora de la iniciativa relativa al futuro del trabajo, por sus ideas y sugerencias sobre el presente artículo. Asimismo, el autor agradece al Profesor Mario Ackerman, miembro de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, la lectura y comentarios sobre el artículo.

** *Jefe del Servicio de Aplicación de Normas del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, OIT.*

sindicales en América Latina. La primera de ellas se estableció en Colombia el 31 de octubre de 2000 y se la denominó Comisión Especial de Tratamiento de Conflictos ante la OIT (CETCOIT).

Estos mecanismos han despertado el interés de los mandantes de la Organización por distintos motivos. En el presente artículo nos proponemos presentar y analizar, a partir de los antecedentes que llevaron a su establecimiento, las distintas comisiones que existen en América Latina. Han transcurrido más de 15 años desde el establecimiento de la primera de ellas en Colombia. Conocer la historia y funcionamiento de estas comisiones permitirá replicar los pasos positivos y evitar los errores. Además, se propone reflexionar sobre desafíos de envergadura, tal como la posibilidad de extender la resolución de conflictos que se deriven no sólo del incumplimiento de los derechos sindicales, sino también de otras materias cubiertas por las normas internacionales del trabajo.

II – COLOMBIA – PRIMERA COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS EN MATERIA DE NIT

II.1 – Antecedentes de su establecimiento

Número creciente de quejas ante el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT (CLS) y queja en virtud del artículo 26 de la Constitución de la OIT.

El número de quejas presentadas ante el CLS¹ contra el Gobierno de Colombia aumentó notoriamente en la década de los años 90. Como posible causa de ello, cabe referirse a distintos hechos de singular importancia: 1) el clima de violencia existente en el país; 2) el fallo de la Corte Constitucional de Colombia (sentencia T-568/99) vinculado con el caso núm. 1916 del CLS

1 La libertad sindical y la negociación colectiva se encuentran entre los principios fundacionales de la OIT. Poco después de la adopción de los Convenios nº 87 y nº 98 sobre libertad sindical y negociación colectiva, la OIT llegó a la conclusión de que el principio de libertad sindical requería otros procedimientos de control para garantizar su cumplimiento en los países que no habían ratificado los convenios pertinentes. Como consecuencia de ello, en 1951, la OIT creó el Comité de Libertad Sindical (CLS) con el objetivo de examinar las quejas sobre las violaciones de la libertad sindical, hubiese o no ratificado el país en cuestión los convenios pertinentes. Las organizaciones de empleadores y de trabajadores pueden presentar quejas contra los Estados Miembros. El CLS es un Comité del Consejo de Administración y está compuesto por un presidente independiente y por tres representantes de los gobiernos, tres de los empleadores y tres de los trabajadores. Si el Comité acepta el caso, se pone en contacto con el gobierno interesado para establecer los hechos. Y si decide que se ha producido una violación de las normas o de los principios de libertad sindical, emite un informe a través del Consejo de Administración y formula recomendaciones sobre cómo podría solucionarse la situación. Véase: <<http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-on-freedom-of-association/lang-es/index.htm>>.

(queja presentada por el Sindicato de Trabajadores de las Empresas Varias de Medellín); 3) la queja presentada en 1998 contra el Gobierno de Colombia en virtud del artículo 26 de la Constitución de la OIT, alegando la no observancia del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de indicación, 1948 (núm. 87), y el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); y 4) la Misión de contactos Directos de la OIT que se realizó en el año 2000 a solicitud del Consejo de Administración de la OIT, en el marco del examen de la queja mencionada.

1) Clima de violencia existente en el país

En lo que respecta al clima de violencia existente en el país en los años 90, cabe recordar que afectaba de manera importante, entre otros sectores, al movimiento sindical. Según palabras del Fiscal General de Colombia, Dr. Valdivieso, en 1996, “las causas de la violencia generalizada en el país son la actuación de la guerrilla desde hace más de 40 años, el narcotráfico, los paramilitares y la delincuencia común. A los sindicalistas de orientación política de derecha los asesina la guerrilla y a los de izquierda los paramilitares”. Según información de la Escuela Nacional Sindical², los años 90 estuvieron marcados por un número extremadamente elevado de asesinatos de dirigentes sindicales y sindicalistas (109 en 1991; 148 en 1992; 216 en 1993; 113 en 1994; 181 en 1995; 253 en 1996; 156 en 1997; 91 en 1998; y 69 en 1999).

Las organizaciones sindicales de Colombia y varias organizaciones sindicales internacionales (la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres, la Federación Sindical Mundial o la Central Latinoamericana de Trabajadores) recurrían ante los órganos de control de la OIT y, en particular, ante el CLS denunciando estos actos de violencia contra dirigentes sindicales y sindicalistas (homicidios, desapariciones, agresiones físicas, detenciones, etc.)³.

2) El fallo de la Corte Constitucional de Colombia (sentencia T-568/99) vinculado con el caso núm. 1916 del CLS (queja presentada por el Sindicato de Trabajadores de las Empresas Varias de Medellín)

El Sindicato de Trabajadores de las Empresas Varias de Medellín presentó una queja ante el CLS el 18 de noviembre de 1996, y en ella se alegó el despido de 209 trabajadores (incluidos todos los miembros de la junta directiva del sindicato) como consecuencia de la declaración de ilegalidad de la huelga

2 Véase Informe sobre la Misión de contactos directos efectuada en Colombia del 7 al 16 de febrero de 2000, GB.278/2/2, p. 175.

3 Cabe mencionar a este respecto los casos núms. 1434, 1477, 1761 y 1787 (este último caso se presentó el 24 de junio de 1994 y se examinó en 26 ocasiones, la última de ellas en junio de 2014).

que se llevó a cabo en febrero de 1993, en el marco de un conflicto surgido por la negociación de una convención colectiva en la empresa de recolección de basuras denominada Empresas Varias Municipales de Medellín. La huelga fue declarada ilegal por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social basándose en lo dispuesto en los artículos 430, párrafo primero, incisos *e)* y *f)* y 450 inciso *a)* del Código Sustantivo de Trabajo que prohíben la realización de huelgas en los servicios públicos. La organización querellante informó que los trabajadores perjudicados interpusieron recursos administrativos y judiciales que finalizaron en marzo de 1996; todas las decisiones administrativas y sentencias judiciales aceptaron la conformidad de los despidos con las normas de derecho interno.

En marzo de 1998⁴, el CLS urgió al Gobierno a que tomase todas las medidas necesarias para que:

a) se reintegre en sus puestos de trabajo a todos los dirigentes sindicales y sindicalistas despedidos y que, si ello no fuera posible, se les indemnice de manera completa;

b) en el futuro la calificación de las huelgas sea realizada por un órgano independiente y no por la autoridad administrativa; y

c) se modifiquen las disposiciones del Código Sustantivo de Trabajo que prohíben la huelga en una amplia gama de servicios que no pueden ser considerados esenciales en el sentido estricto del término (artículos 430 y 450).

Con posterioridad a esta recomendación del CLS, la Corte Constitucional de Colombia dictó la Sentencia de Tutela n° 568, de 1999, en la que ordenó, en su parte resolutive numeral segundo, lo siguiente: “ordenar a las Empresas Varias de Medellín E.P.S. que proceda, dentro de los tres meses siguientes, a la notificación de este fallo de revisión a reintegrar a los 209 trabajadores despedidos por los hechos que originaron esta acción y, a reconocer los salarios y prestaciones que dejaron de percibir, entendiéndose para todos los efectos que no ha habido solución de continuidad en su relación laboral con esa empresa. En caso de resultar imposible reintegrar alguno de ellos, previa la calificación de esa imposibilidad por el Tribunal Administrativo de Antioquía, esa corporación determinará esa indemnización que las Empresas Varias de Medellín deberá pagar a quienes no asuman de nuevo sus puestos por esta causa”⁵.

Cabe mencionar que la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional examinó el proceso de tutela adelantado por el Sindicato de

4 Véase el 309° Informe del CLS.

5 El Comité tomó nota de esta información en su 338° Informe, párrafo 89, noviembre de 2005.

las Empresas Varias de Medellín contra el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Municipio de Medellín y las Empresas Varias de Medellín. El sindicato solicitó la protección de sus derechos constitucionales al trabajo, a la libertad sindical (asociación, organización y huelga) y al debido proceso, supuestamente vulnerados por las actuaciones y omisiones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Municipio de Medellín y las Empresas Varias de Medellín. En sus consideraciones, la Corte Constitucional indicó al referirse a la cuestión de la declaración de ilegalidad de la huelga por parte de la autoridad administrativa que: “Si el Estado es el empleador, resulta contrario al principio de la buena fe en el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por Colombia al ratificar los Convenios n° 87 y n° 98 de la OIT, que sea un órgano gubernamental el que haga la calificación de la ilegalidad de la huelga, pues de esa manera se priva a los trabajadores de una garantía: la de tener acceso a un tercero imparcial que decida, cuando el conflicto entre ellos y su empleador sobre la conformidad de la huelga con su regulación legal, no puede ser dirimido por las partes”. Asimismo, refiriéndose a las recomendaciones de los órganos de control señaló que: “Las recomendaciones de los órganos de control y vigilancia de la OIT no pueden ser ignoradas: cuando resultan de actuaciones del Estado contrarias a los tratados internacionales aludidos en el artículo 93 Superior, aunque no sean vinculantes directamente, generan una triple obligación en cabeza de los Estados: deben 1) ser acogidas y aplicadas por las autoridades administrativas; 2) servir de base para la presentación de proyectos legislativos; y 3) orientar el sentido y alcance de las órdenes que el juez de tutela debe impartir para restablecer los derechos violados o amenazados en ése y los casos que sean similares”.

Si se analiza la sentencia en cuestión y, en particular, el valor jurídico otorgado a las recomendaciones del CLS, puede válidamente considerarse que la sentencia de la Corte Constitucional pudo haber tenido un impacto considerable en la presentación de quejas ante el CLS.

3) La queja presentada en 1998 contra el Gobierno de Colombia en virtud del artículo 26 de la Constitución de la OIT⁶

En junio de 1998, 26 delegados trabajadores a la 86ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo presentaron una queja en virtud del artículo

6 El procedimiento de quejas de la OIT se rige por los artículos 26 al 34 de la Constitución de la OIT. En virtud de estas disposiciones, puede presentarse una queja contra un Estado Miembro por incumplimiento de un Convenio ratificado por otro Estado Miembro que hubiese ratificado el mismo Convenio, por un delegado a la Conferencia Internacional del Trabajo o por el Consejo de Administración en el

26 de la Constitución de la OIT contra el Gobierno de Colombia, alegando la no observancia del Convenio n° 87 sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación de 1948 y el Convenio n° 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación de colectiva de 1949. En la queja se mencionó que entre 1988 y el momento de la presentación de la misma se habían presentado 26 casos ante el CLS. En el marco de dichas quejas se alegaron numerosos actos graves de violencia contra dirigentes sindicales y sindicalistas, así como actos de discriminación antisindical. Las informaciones sobre el clima de violencia en el país que afectaba al movimiento sindical preocupaban a los órganos de control desde hacía años. En las conclusiones del texto de la queja se indicó lo siguiente:

“1. Durante los últimos 11 años, la violencia ha sido el principal obstáculo para el ejercicio de las libertades sindicales, cobrando más de 1.500 vidas, produciendo varios miles de desplazamientos forzados y varios centenares de desaparecidos entre los trabajadores.

2. El principal problema para el ejercicio de los derechos de libertad sindical en Colombia es la impunidad que cobija a los criminales que asesinan, desaparecen, torturan, fuerzan el desplazamiento y hostigan a los sindicalistas y dirigentes sindicales. Se trata de una impunidad prolongada en el tiempo y frente a la cual el Estado no ha tomado medidas eficaces para la superación. El Gobierno no ha mostrado una verdadera voluntad política para promover la identificación, persecución, juzgamiento y castigos de los criminales.

3. La legislación laboral colombiana y algunas de las disposiciones del Código Penal son contrarias a los Convenios núms. 87 y 98.

4. El Estado colombiano, representado por el Gobierno, no honra los compromisos internacionales derivados de su calidad de Miembro de

marco de sus competencias. Después de haber recibido la queja, el Consejo de Administración puede constituir una comisión de encuesta para el caso, compuesta por tres miembros independientes, que será responsable de realizar una investigación profunda de la queja, determinándose todos los hechos del caso y formulándose recomendaciones sobre las medidas que deben tomarse para tratar los problemas planteados por la queja. La comisión de encuesta es el procedimiento de investigación de más alto nivel de la OIT. En general, se recurre a él cuando un Estado Miembro es acusado de cometer violaciones persistentes y graves, y se hubiese negado reiteradamente a ocuparse de ello. Cuando un país se niega a cumplir con las recomendaciones de una comisión de encuesta, el Consejo de Administración puede tomar medidas en virtud del artículo 33 de la Constitución de la OIT. Esta disposición establece que, “en caso de que un Miembro no dé cumplimiento dentro del plazo prescrito a las recomendaciones que pudiere contener el informe de la comisión de encuesta o la decisión de la Corte Internacional de Justicia, según sea el caso, el Consejo de Administración recomendará a la Conferencia las medidas que estime convenientes para obtener el cumplimiento de dichas recomendaciones”.

la Organización Internacional del Trabajo y, desconociendo los principios de derecho internacional del *pacta sum servanda* y de la buena fe, omite acatar las decisiones y recomendaciones de los órganos de control.”⁷

En noviembre de 1998, el Consejo de Administración tomó nota de la queja y recordó que el CLS, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo (CAN)⁸ ya venían examinando alegatos sobre violaciones de los derechos sindicales, así como la conformidad de la legislación con los Convenios n° 87 y n° 98. El Consejo de Administración recordó que, en aquellos casos en que varios querellantes habían recurrido a diferentes procedimientos establecidos por la OIT en materia de libertad sindical, sería conveniente coordinar los procedimientos y tener en cuenta el mandato conferido al CLS para el examen de quejas relativas a esta materia. En ese contexto, consideró, antes de tomar una decisión sobre la posibilidad de constituir una comisión de encuesta, que sería útil contar, en marzo de 1999, con informaciones del CLS en relación con los casos en instancia vinculados a la queja presentada en virtud del artículo 26 de la Constitución, así como sobre la queja⁹.

En marzo de 1999, el CLS examinó la queja artículo 26 y varios casos en instancia con alegatos vinculados a esa queja, y consideró que le correspondía al Consejo de Administración decidir sobre el establecimiento de una comisión de encuesta¹⁰.

En noviembre de 1999, el CLS presentó las siguientes recomendaciones al Consejo de Administración en relación con la queja artículo 26¹¹: “El Comité ha considerado nuevamente el contenido de la queja presentada en virtud del artículo 26 de la Constitución de la OIT y la reciente respuesta del Gobierno al respecto. El Comité estima que corresponde ahora al Consejo de Administración, sobre la base del presente informe y de sus conclusiones adoptadas sobre los casos en instancia relativos a Colombia, pronunciarse sobre la

7 Véase el documento completo de la queja en: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/docs/gb273/gb-15-2.htm>>.

8 El mecanismo de control periódico se basa en el examen de las memorias sobre la aplicación por ley y en la práctica que los Estados Miembros envían, así como en las observaciones a ese respecto remitidas por las organizaciones de trabajadores y de empleadores. Dos órganos de la OIT llevan a cabo dicho examen: la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y la Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Conferencia Internacional del Trabajo. Véase: <<http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/lang-es/index.htm>>.

9 Véase: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/docs/gb273/gb-15-2.htm>>.

10 Véase: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/docs/gb274/gb-8-2.htm>>.

11 Véase 319° Informe del CLS, GB.276/7/2, párrafo 219.

oportunidad de instituir una comisión de encuesta. El Comité deplora que no haya ningún progreso significativo en los casos en instancia y confía en que el Consejo de Administración tendrá en cuenta este elemento cuando tenga que tomar una decisión sobre la constitución o no de una comisión de encuesta¹². En dicha ocasión, el Consejo de Administración también tomó conocimiento de un acuerdo de fecha 16 de noviembre de 1999 entre los representantes del Gobierno y los representantes de los trabajadores en el que solicitaban al Consejo de Administración que se efectuara una misión de contactos directos en el país. Habiendo tomado nota del contenido de ese acuerdo, el Consejo “decidió que se pronunciaría sobre la oportunidad de instituir una comisión de encuesta en el mes de junio de 2000” y que “en esa fecha, al tomar una decisión sobre la constitución o no de una comisión de encuesta para Colombia, el Consejo podría tener en cuenta los elementos aportados por la misión de contactos directos y por el Comité de Libertad Sindical¹³”.

4) La misión de contactos directos del año 2000

La Misión de Contactos Directos mencionada se llevó a cabo del 7 al 16 de febrero del 2000. Por decisión del Director General de la OIT, la Misión estuvo encabezada por dos representantes: el Sr. Cassio Mesquita Barrios, miembro de la CEACR y profesor de derecho del trabajo (Sao Paulo, Brasil) y el Sr. Alberto Pérez Pérez, profesor de derechos humanos y de derecho constitucional (Montevideo Uruguay), acompañados por funcionarios de la Oficina Internacional del Trabajo. La Misión entrevistó a más de 200 personas y entre ellas al Presidente de la República, a varios Ministros, miembros de la Corte Suprema y de la Corte Constitucional, congresistas, etc. La Misión se entrevistó también con centenares de representantes de las centrales y organizaciones sindicales y de las organizaciones de empleadores. El mandato de la Misión consistía, según el acuerdo alcanzado entre el Gobierno y las centrales sindicales colombianas, en evaluar la situación de Colombia en materia de libertad sindical, especialmente en lo relativo a los casos que eran de conocimiento del CLS, y someterle un informe completo para su reunión de mayo de 2000¹⁴.

La Misión recabó numerosa información que comunicó a los órganos de control de la OIT. En materia de violencia, la Misión señaló que, si bien la situación de los derechos humanos en general y, en particular, en el mundo sindical seguía siendo precaria, las informaciones consignadas en el informe

12 Véase 319° Informe del CLS, GB.276/7/2.

13 Véase el informe de misión sobre la misión de contactos directos efectuada en Colombia del 7 al 16 de febrero de 2000, GB.278/3/2.

14 Véase: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/docs/gb278/pdf/gb-3-2.pdf>>.

mostraban esfuerzos del Estado y ciertos avances que debían alentarse como, por ejemplo, el progresivo desarrollo de un entramado de instituciones de promoción, protección y difusión de los derechos humanos y de coordinación para prevenir las violaciones de los mismos y luchar contra la impunidad. La Misión tomó nota también del procesamiento y condena de numerosos autores de los actos de violencia y de la disminución significativa del número de agentes del Estado implicados en estos casos.

En materia de legislación sindical y, en particular, de los comentarios críticos de la CEACR sobre la falta de conformidad de la legislación con los Convenios n° 87 y n° 98, la Misión tomó nota de una evolución positiva al respecto. Concretamente se informó a la Misión sobre un Proyecto de Ley n° 584 en instancia de aprobación en el Congreso que modificaba 11 disposiciones del Código Sustantivo de Trabajo en el sentido indicado por la CEACR y reforzaba, además, notablemente los derechos sindicales en otros aspectos importantes (la ley en cuestión fue aprobada el 13 de junio de 2000 y la CEACR tomó nota con satisfacción al respecto).

En materia de diálogo social y relaciones laborales, la Misión tomó nota de que la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales (CPCPSL), creada por la Constitución Política de 1991, de composición tripartita, era un instrumento valioso para las relaciones laborales en la medida que podía contribuir a crear buenas relaciones laborales entre los integrantes de los sectores representados y cualesquiera que sean sus resultados era siempre, al menos, un órgano de intercambio de informaciones y de consulta entre el Gobierno y los interlocutores sociales sobre las grandes cuestiones: desempleo, caída de ingresos laborales, etc. La Misión tomó nota, asimismo, de que las centrales sindicales colombianas coincidieron en la necesidad de avanzar en la implementación de una nueva cultura de relaciones laborales y lamentaron que la Comisión fuera solo una instancia de discusión y consideraron que faltaba voluntad política para llegar a acuerdos; y que la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI) manifestó que las relaciones laborales no habían sufrido un deterioro que justificara la avalancha de quejas ante el CLS. La Misión tuvo la impresión de que el papel de la Comisión podría incrementarse, y consideró que ello podía conseguirse si, independientemente, de las diferencias sobre el modelo económico, todos los miembros intentarían dar prueba de pragmatismo.

Al fin de la Misión del año 2000, las centrales sindicales de Colombia y varios sindicatos entregaron 28 *quejas* para ser comunicadas al CLS.

En su 278ª reunión (junio de 2000), el Consejo de Administración pidió al Director General que designara un Representante Especial del Director General para la Cooperación con Colombia, que prestara asistencia y verificara las medidas adoptadas por el Gobierno y las organizaciones de empleadores y de trabajadores a fin de aplicar las conclusiones de la misión de contactos directos del año 2000 y las recomendaciones formuladas por el Comité de Libertad Sindical sobre los casos relativos a Colombia que estaban todavía pendientes¹⁵. El Director General nombró al Sr. Rafael Albuquerque, ex Ministro de Trabajo de la República Dominicana (posteriormente Vicepresidente de la República), como su Representante Especial para la Cooperación con Colombia. El Sr. Albuquerque realizó su primera visita a Colombia del 30 de septiembre al 6 de octubre de 2000 y presentó su primer informe al Consejo de Administración en noviembre de 2000 (véase GB.279/9)¹⁶.

II.2.1 – Establecimiento de la primera comisión de resolución de conflictos colectivos en materia de nit: la comisión especial de tratamiento de conflictos ante la OIT (CETCOIT)

Una de las primeras observaciones del Representante Especial del Director General fue sobre el volumen de quejas que llegaban a la OIT en Ginebra provenientes de Colombia. En ese contexto, mencionó al Gobierno y a los interlocutores sociales la posibilidad de establecer un mecanismo tripartito nacional que analizara las quejas en instancia ante el CLS y que procurara alcanzar acuerdos sobre la base de los principios de la libertad sindical. En ese contexto, la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Laborales y Salariales decidió mediante Acuerdo, el 31 de octubre de 2000, crear la Comisión Especial de Tratamiento de Conflictos ante la OIT (CETCOIT). El objetivo de esta Comisión es atender los conflictos suscitados en materias reguladas por los Convenios de la OIT ratificados por Colombia, con prioridad de los que se suscitan en el tema de libertad sindical. Se decidió en esa ocasión que la CETCOIT quedaría integrada por tres representantes por el sector empleador, tres representantes por el sector trabajador y tres representantes por el sector del Gobierno. En el marco del Acuerdo también se indicó que el tratamiento de un conflicto o queja por parte de la CETCOIT no impide que las partes acudan a las instancias legales pertinentes o a la OIT¹⁷.

15 En relación con la queja artículo 26, en junio de 2003 se presentó al Consejo de Administración una moción para votar sobre la constitución de una comisión de encuesta. La moción fue rechazada. Véase: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/refs/pdf/pv287.pdf>>.

16 El mandato del Representante Especial finalizó en junio de 2001.

17 Véase en anexo el Reglamento de la CETCOIT.

II.2.2 – Funcionamiento y evolución de la CETCOIT

En marzo de 2001, el Consejo de Administración tomó nota de que en su segundo informe, el Representante del Director General indicó como aspecto positivo de las acciones adoptadas por el Gobierno y los interlocutores sociales la “conformación y funcionamiento de la Comisión Tripartita Especial de Tratamiento de Conflictos ante la OIT” (véase GB.280/10).

Entre 2001 y 2006 la CETCOIT tuvo dificultades para sesionar. En efecto, la CETCOIT no contaba con un presidente ni con un/a moderador/a independiente que asistiera y guiara a las partes en las discusiones de los casos. El asistente del Representante Especial sólo convocaba a las partes y los representantes de las mismas se limitaban a reiterar ante la CETCOIT los argumentos presentados ante el CLS. El desánimo y descreimiento en el sistema no tardó en instalarse. Los trabajos de la Comisión se reactivaron tímidamente a partir de 2006 con la firma en el marco de la 95ª Conferencia Internacional del Trabajo del Acuerdo Tripartito para el derecho de asociación y la democracia, y en un plazo de dos años, con una presencia más activa de los/las funcionarios/as de la autoridad administrativa se lograron acuerdos en la CETCOIT para la resolución de tres casos entre 2007 y 2008.

En el año 2009, el Gobierno se propuso firmemente reactivar la CETCOIT y con la participación activa de su Viceministro de trabajo y de la Jefa de asuntos internacionales del Ministerio de Trabajo, en el período comprendido entre 2009 y 2011 se alcanzaron 11 acuerdos. Al mismo tiempo, preocupado porque el número de quejas ante el CLS continuaba siendo importante y por el hecho de que las partes no acudían de la manera esperada a la CETCOIT para resolver los conflictos en materia de libertad sindical y negociación colectiva, el Gobierno informó a la Oficina Internacional del Trabajo que estudiaría la posibilidad de recurrir a la figura de la misión de contactos preliminares prevista en el procedimiento del CLS (párrafo 67 del procedimiento de presentación de quejas)¹⁸,

18 Misiones en los países: En diversas etapas del procedimiento se puede enviar al país implicado un representante de la OIT, en una misión de contactos directos para buscar una solución a las dificultades surgidas, sea durante el examen del caso, sea cuando se trate del curso que debiera darse a las recomendaciones del Consejo. No obstante, las misiones de esta naturaleza sólo pueden establecerse a invitación de los gobiernos interesados, o, por lo menos, con su consentimiento. Además, al recibir una queja con alegatos de carácter especialmente grave y habiendo obtenido la aprobación previa del presidente del Comité, el Director General puede designar un representante con el mandato de llevar a cabo contactos preliminares por los motivos siguientes: hacer presente a las autoridades competentes del país la preocupación que suscitan los acontecimientos referidos en la queja; explicar a estas autoridades los principios de libertad sindical que están involucrados; obtener la reacción inicial de las autoridades así como sus observaciones e informaciones relacionadas con los puntos planteados en la queja; explicar a las autoridades el procedimiento especial aplicado cuando se alega la violación de los derechos sindicales y, en particular, la fórmula de los contactos directos cuya aplicación podría ser

con el objetivo de implementar todos los mecanismos que pudieran mejorar las relaciones laborales en el país¹⁹.

Así, el Gobierno solicitó al CLS la realización de las misiones de contactos preliminares. En 2010 y 2011 se llevaron a cabo dos misiones de contactos preliminares, encabezadas por el profesor Jorge Sappia de Argentina, y en el marco de las mismas se trataron 10 casos, lográndose acuerdos en 9 de ellos. Sin lugar a dudas, estas misiones permitieron a los mandantes tripartitos de Colombia comprender la importancia y la eficacia de un mecanismo de mediación y conciliación dirigido por un tercero independiente que cuente con la confianza de todas las partes involucradas. Estas misiones y la actividad desplegada por el mediador independiente sirvieron de ejemplo e inspiraron confianza a las partes en un mecanismo de solución de conflictos a nivel nacional.

En febrero de 2011, el Gobierno invitó a una misión de alto nivel de la OIT y en sus conclusiones dicha misión subrayó la importancia de que los mandantes tripartitos alcanzaran un acuerdo sobre el nombramiento de una personalidad independiente para presidir la CETCOIT; se considere la posibilidad de establecer estructuras para permitir a la CETCOIT ejercer sus actividades en el interior del país y no sólo en la ciudad de Bogotá; y se analice el funcionamiento y la posibilidad de asistencia y reforzamiento de la comisión, inclusive a través de la revisión de sus términos de referencia.

En 2012, los mandantes tripartitos acordaron el nombramiento del profesor Eduardo Cifuentes²⁰ como facilitador de la CETCOIT. En mayo de 2012, la Oficina llevó a cabo una misión de asistencia técnica a Colombia y trabajó junto al Profesor Cifuentes en el tratamiento y resolución de varios casos. Entre 2012 y 2015, la CETCOIT examinó 118 casos y se alcanzaron 71 acuerdos²¹. Asimismo, es importante resaltar que en el marco de los casos tratados, se firmaron 11 convenciones colectivas.

solicitada ulteriormente por el gobierno a fin de facilitar una apreciación plena de la situación por el Comité y el Consejo de Administración; solicitar y estimular a las autoridades a que comuniquen, tan pronto como sea posible, una respuesta detallada con las observaciones del gobierno sobre la queja. El informe del representante del Director General se someterá al Comité en su siguiente reunión para que lo considere junto con la demás información disponible. El representante de la OIT puede ser un funcionario de la OIT o una persona independiente designada por el Director General. Sin embargo, huelga decir que la misión del representante de la OIT consistirá sobre todo en determinar los hechos y en examinar *in situ* las posibilidades de solución conservando el Comité y el Consejo toda su competencia para apreciar la situación al término de estos contactos directos.

19 Véase Observación de la CEACR 2009, Convenio n° 87.

20 Ex juez y Presidente de la Corte Constitucional de Colombia; ex Defensor del Pueblo; profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Los Andes, Colombia.

21 Estadísticas comunicadas por el Gobierno de Colombia.

La CETCOIT se reúne en Bogotá, pero también ha llevado a cabo reuniones en otras ciudades del país²². Los mandantes tripartitos de Colombia participan activamente, a través de sus delegados, en los trabajos de la CETCOIT y han ido adaptando el procedimiento de tratamiento de los casos. Asimismo, se han tomado iniciativas de máximo interés como la de la creación de una subcomisión que da seguimiento al cumplimiento de los acuerdos que se firman en el marco de la CETCOIT, y brinda asesoramiento y acompañamiento. Según palabras del mediador: “El seguimiento, en los casos difíciles, es indispensable para darle sostenibilidad a los acuerdos”. Esta “subcomisión de seguimiento” presenta un informe mensual al plenario de la CETCOIT.

III – PANAMÁ – SEGUNDA COMISIÓN DE TRATAMIENTO DE CONFLICTOS EN MATERIA DE LIBERTAD SINDICAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN AMÉRICA LATINA

En el año 2011, la Comisión de Aplicación de Normas (CAN) de la Conferencia Internacional del Trabajo examinó la aplicación por parte de Panamá del Convenio n° 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación de 1948. En esa ocasión, la CAN observó que la CEACR desde hace muchos años se refería a graves restricciones legales relativas al derecho de los trabajadores y de los empleadores a constituir libremente las organizaciones de su elección, al derecho de elegir libremente a sus representantes y al derecho de organizar su administración y actividades. Asimismo, la CAN observó que la CEACR tomó nota de alegatos sobre actos graves de persecución y violencia contra sindicalistas, así como de actos antisindicales en relación con el empleo. La CAN invitó al Gobierno a que acepte una misión de la OIT que preste asistencia para un diálogo social efectivo sobre estas cuestiones.

Dando seguimiento a la invitación de la CAN, el Gobierno invitó a la Oficina a que realice una misión de asistencia técnica para tratar las cuestiones relativas a la aplicación de los Convenios n° 87 y n° 98. La misión tuvo lugar del 29 de enero al 2 de febrero de 2012 y con los buenos oficios de la misión, los mandantes tripartitos de Panamá firmaron un acuerdo – el Acuerdo Tripartito de Panamá – por el que se comprometieron a: 1) dar inicio a una etapa de diálogo

22 En 2013 la CETCOIT se reunió en la ciudad de Cali y en esa ocasión se alcanzaron acuerdos en relación con quejas presentadas por organizaciones sindicales de la empresa EMCALI; en esta ocasión, la Oficina estuvo presente y asistió al Profesor Cifuentes durante la reunión. En el marco de esta reunión, representantes de los trabajadores denunciaron que estaban siendo objeto de amenazas y que temían por sus vidas. Los miembros de la CETCOIT solicitaron al Gobierno que se brindara protección a los sindicalistas amenazados. La representante del Gobierno gestionó en el acto ante la Fiscalía General el otorgamiento de la protección necesaria.

sobre los comentarios de la Comisión sobre la aplicación de los Convenios n° 87 y n° 98; 2) llevar a cabo actividades de formación y sensibilización sobre libertad sindical, negociación colectiva y diálogo social en el marco de las cuales se examinarán detenidamente los comentarios de los órganos de control de la OIT, y 3) constituir, con la asistencia de la OIT, una Comisión Tripartita de Tratamiento Rápido de Quejas que examinará, con carácter urgente y con el objetivo de encontrar soluciones y alcanzar acuerdos, toda denuncia de violación de la libertad sindical y de la negociación colectiva.

El día 20 de marzo de 2012 los mandantes tripartitos de Panamá instalaron la Comisión de Tratamiento Rápido de Quejas sobre la Libertad Sindical y Negociación Colectiva y nombraron a sus miembros (tres miembros por sector)²³. En una primera instancia, la OIT brindó asistencia técnica a esta Comisión, y en ese contexto se alcanzó un acuerdo en relación con un caso en instancia ante el CLS (véase 368° Informe, caso n° 2921). Al mismo tiempo, los mandantes tripartitos decidieron nombrar como moderador al profesor Rolando Murgas Torraza, de Panamá²⁴, y que se le solicitara la elaboración de un proyecto de procedimiento para la admisión y el tratamiento de las quejas.

El 18 de septiembre de 2012 se adoptó el Decreto Ejecutivo n° 156 por medio del cual se le dio existencia legal a la Comisión.

Los trabajos de la Comisión se desarrollaban con lentitud y en los primeros meses del año 2013 las centrales sindicales se retiraron de la Comisión. El Gobierno había denunciado penalmente a varios dirigentes sindicales – algunos de ellos miembros de la Comisión – alegando un incorrecto manejo de fondos y el movimiento sindical en protesta por esto decidió no dar seguimiento al diálogo iniciado. El 11 de junio de 2013, en el marco de la 102ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, la delegación Tripartita de Panamá se comprometió ante la Dirección del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo de la OIT, a reactivar, dinamizar el funcionamiento de las Mesas de diálogo que se habían establecido en febrero de 2012 y, en particular, la Comisión Tripartita de Tratamiento Rápido de Quejas.

En septiembre de 2013, la Comisión recibió una misión de asistencia técnica de la Oficina y, en el marco de la misma, se firmó un acuerdo por el que

23 Cabe resaltar que los mandantes tripartitos consideraron oportuno también instalar una Comisión de armonización de la legislación en relación con los Convenios ratificados por Panamá y una subcomisión para estudiar las modificaciones necesarias a la ley de carrera administrativa solicitadas por la CEACR, para ponerla en conformidad con los principios de la libertad sindical y negociación colectiva.

24 El profesor Murgas Torraza goza de un gran prestigio profesional a nivel nacional e internacional y sus cualidades de mediador fueron especialmente evaluadas al momento de su selección.

se dispuso promover la constitución de instancias bipartitas de diálogo permanente en las instituciones públicas y se estableció la lista de los casos a tratar en la próxima reunión. Cabe resaltar que, finalmente, el 10 de octubre de 2013 la Comisión adoptó el Reglamento para la presentación, admisión y tramitación de quejas sobre libertad sindical y negociación colectiva. La Comisión debía reunirse un jueves cada dos semanas.

A inicios de 2014, el Moderador de la Comisión informó a la OIT sobre dificultades para las reuniones en virtud del proceso electoral en curso. Sin embargo, como hecho positivo indicó que el 15 de mayo de 2014 la administración había aprobado la Resolución n° DM 192-14 mediante la cual se adscribe al Despacho Superior del Ministerio de Trabajo la Comisión del Acuerdo Tripartito de Panamá y la Comisión de Tratamiento Rápido de Quejas sobre Libertad Sindical y Negociación Colectiva. A través de esta Resolución se determina que la Secretaría Técnica de ambas comisiones será la Oficina de Cooperación Técnica Internacional y que para el buen funcionamiento de las mismas se les proveerá de los recursos financieros contemplados dentro del Presupuesto del Ministerio.

El Moderador también informó que, el 1° de julio de 2014, se realizó el cambio de Gobierno y se decidió que las tareas de la Comisión se reiniciarán a partir del 31 de ese mes con el fin de dar oportunidad a las nuevas autoridades de familiarizarse con la situación de los temas correspondientes a las mesas de diálogo social. El Moderador informó que el nuevo Gobierno retiró la querrela penal que se tramitaba ante la justicia en contra de varios dirigentes sindicales, lo que había gravitado de manera negativa en los trabajos de las comisiones de diálogo. Informó también que a instancia de la Comisión, el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral ha gestionado con éxito el reintegro de varios dirigentes sindicales despedidos en el sector público. En enero de 2015, el Moderador informó de avances significativos en relación con el tema de los despidos de sindicalistas en el sector público pero que todavía no se habían resuelto una cantidad importante de ellos. A su juicio, debía generarse una cultura de aceptación del sindicalismo en el sector público.

En marzo del 2015, en el marco de la 323ª reunión del Consejo de Administración de la OIT, los representantes de los mandantes tripartitos de Panamá manifestaron a la Dirección del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo la importancia del funcionamiento de las comisiones de diálogo. En agosto del mismo año, el Gobierno invitó a la Oficina a visitar el país para tratar toda cuestión relacionada con los avances efectuados en las comisiones

de diálogo social establecidas a partir de la firma del Acuerdo Tripartito de Panamá de 2012.

La Misión visitó el país en febrero de 2016 y se entrevistó con representantes del Gobierno y de los interlocutores sociales. Cabe resaltar que durante la visita de la misión, los miembros de la Comisión de quejas decidieron solicitar al CLS el cierre de dos casos en instancia presentados contra el Gobierno de Panamá (casos n° 2868 y n° 3048) y, a su vez, respaldaron la decisión del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral de enviar para la firma del Presidente de la República la propuesta de resolución que aprueba la inscripción del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación (SINTE)²⁵. Se trata este de un precedente que cabe destacar por las consecuencias que tendría su registro para el reconocimiento y ejercicio del derecho de asociación sindical en el sector público panameño. Al término de la misión, los tres sectores manifestaron su firme compromiso por el diálogo social y la importancia que le otorgan al buen funcionamiento de las comisiones de diálogo surgidas del Acuerdo Tripartito de 2012.

IV – GUATEMALA – LA TERCERA EXPERIENCIA EN CURSO

En junio de 2012, varios delegados a la 101ª Conferencia Internacional del Trabajo presentaron una queja en virtud del artículo 26 de la Constitución de la OIT alegando el incumplimiento por parte de Guatemala del Convenio n° 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación de 1948.

Tras la presentación de la queja, se firmó el 26 de marzo de 2013 un Memorándum de Entendimiento (ME) entre el Gobierno de Guatemala y el Presidente del Grupo de los Trabajadores del Consejo de Administración de la OIT. En virtud del ME, el Gobierno se comprometió, entre otras cosas, a tomar las acciones necesarias para: i) deslindar responsabilidades y sancionar a los autores materiales e intelectuales de los asesinatos de sindicalistas; ii) proteger de manera eficaz a dirigentes sindicales y afiliados contra la violencia y las amenazas; iii) impulsar la sensibilización y conciliación de los interlocutores sociales en el marco de la libertad sindical y negociación colectiva, y iv) modificar la legislación para dar cumplimiento a las observaciones de la Comisión

25 En su reunión de junio de 2016, el Comité de Libertad Sindical tomó nota con satisfacción de que por Resolución n° 2 del 15 de abril de 2016 se otorgó la personería jurídica y se registró como sindicato al SINTE; asimismo, se tomó nota de que el Gobierno informó que la Comisión tripartita de adecuación legislativa elaboró un anteproyecto de ley de relaciones laborales colectivas que modifica la ley de carrera administrativa, en el sentido indicado por la CEACR.

sobre el Convenio. En 2013, se adoptó de manera tripartita una hoja de ruta con fechas concretas para agilizar el cumplimiento del ME²⁶.

En septiembre de 2013, con la asistencia de la OIT, los mandantes tripartitos decidieron constituir la Comisión de Tratamiento de Conflictos ante la OIT en materia de libertad sindical y negociación colectiva. Posteriormente, ese mismo año, una misión tripartita de alto nivel solicitada por el Consejo de Administración de la OIT visitó el país para constatar los avances en relación con el ME y la hoja de ruta. Dicha misión tomó nota con interés de la firma del acuerdo tripartito que facilitó la creación de esta Comisión. La Misión valoró también la creación de nuevos espacios de diálogo social tripartitos tales como el Consejo Económico y Social y la existencia de la Comisión Tripartita sobre Asuntos Internacionales del Trabajo, que contribuyen al desarrollo de un clima de comprensión entre los interlocutores sociales y el Gobierno. La Misión subrayó la importancia de proporcionar el apoyo apropiado para el funcionamiento de dichos espacios. En este sentido, la Misión alentó las iniciativas de capacitación y resalta su importancia para apoyar el proceso de diálogo social en el país²⁷.

En septiembre de 2014, se nombró al moderador de la Comisión de Tratamiento de Conflictos ante la OIT en materia de libertad sindical y negociación colectiva, Dr. Mario Pérez Guerra²⁸, y se designaron sus miembros. Por medio de la Resolución Ministerial n° 122 de 2014, las autoridades institucionalizaron la Comisión. En 2015, se adoptó, el reglamento de funcionamiento de la comisión. Según las informaciones comunicadas por los representantes de la Comisión a una misión de asistencia técnica de la Oficina que visitó el país en mayo de 2015 (véase GB.324/INS/4): i) la Comisión había podido llevar a cabo seis reuniones con quórum desde el comienzo del año; ii) seis casos en instancia ante el CLS en el marco de los cuales se alegaban despidos y otros actos de discriminación antisindical estaban sometidos a la atención de la Comisión; y iii) con respecto del caso de la empresa Koas Moda, objeto del caso n° 3040 ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT, se había logrado concertar un cronograma para que se cumplan de manera escalonada los reintegros de trabajadores ordenados por la justicia.

Es importante destacar que la queja presentada en virtud del artículo 26 de la Constitución de la OIT sigue su trámite ante el Consejo de Administración

26 Véase: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_227081.pdf>.

27 Véase párrafo 57 del informe de misión en: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_227081.pdf>.

28 El Sr. Mario Pérez fue miembro de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

y que aún no se ha decidido si se establecerá una comisión de encuesta²⁹. En cuanto al funcionamiento de la Comisión de Tratamiento de Conflictos ante la OIT en materia de libertad sindical y negociación colectiva, cabe resaltar que en el marco de la crisis política que atravesó el país en 2015, ésta dejó de funcionar y su moderador presentó su renuncia al cargo. En su reunión de marzo de 2016, el Consejo de Administración tomó nota de que “en el marco de la reunión mantenida el 18 de febrero de 2016 por la Comisión Tripartita de Asuntos Internacionales del Trabajo, los sectores empleador y trabajador no aceptaron la renuncia del Dr. Mario Pérez Guerra como mediador y solicitaron al Ministerio de Trabajo y Previsión Social que: i) notifique dicha decisión al Mediador para que se reincorpore lo más pronto posible; ii) el Estado dote a la Comisión de Tratamiento de Conflictos ante la OIT de los recursos necesarios para que funcione de forma independiente, y iii) realice las gestiones necesarias para que el Instituto Técnico de Capacitación y Productividad, vinculado al Ministerio, libere un espacio para el funcionamiento de la oficina de la Comisión de Tratamiento de Conflictos ante la OIT”³⁰.

Se prevé que en noviembre de 2016, el Gobierno y los interlocutores sociales de Guatemala informen, entre otros temas, sobre los trabajos de la Comisión de Tratamiento de Conflictos ante la OIT en materia de libertad sindical y negociación colectiva. Por último, resulta de interés señalar que, en el marco de una iniciativa de cooperación entre los Gobiernos de la República de Colombia y de la República de Guatemala, los miembros tripartitos de la Comisión de Tratamiento de Conflictos de Guatemala visitaron Colombia en el año 2013 para interiorizarse sobre el funcionamiento de la CETCOIT y entrevistar a sus miembros. Asimismo, en 2014 y en 2015, la Jefa de la Dirección de Asuntos Internacionales del Ministerio de Trabajo de Colombia visitó Guatemala con el objeto de brindar asistencia técnica en la materia.

Por último, resulta alentador observar que en seguimiento a una queja presentada directamente ante la Comisión por parte del Sindicato de Trabajadores Municipales del Municipio de Masagua, el 15 de junio de 2016, los representantes del Sindicato y del Municipio, con los buenos oficios del mediador, alcanzaron un acuerdo sobre el pago de salarios, poniendo fin a un conflicto que se extendió durante cuatro años.

29 En marzo de 2016, el Consejo de Administración de la OIT decidió postergar esta decisión hasta noviembre de 2016. Véase: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_457556.pdf>.

30 Párrafo 26 del informe presentado al Consejo de Administración: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_457556.pdf>.

V – PARAGUAY – MESA TRIPARTITA DE DIÁLOGO Y DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

En junio de 2013, la Comisión de Aplicación de Normas (CAN) de la Conferencia Internacional del Trabajo examinó la aplicación del Convenio n° 29 sobre el trabajo forzoso de 1930 y, en esa ocasión, pidió a la Oficina que suministre una asistencia técnica reforzada y ampliada que abarque a todas las partes interesadas, incluyendo los pueblos indígenas (véase CIT, *Actas Provisionales*, 102ª reunión, Ginebra junio de 2013, 16 [rev] Segunda Parte).

En junio de 2014, las autoridades del Gobierno solicitaron la asistencia técnica recomendada por la CAN. En octubre de 2014, una Misión de asistencia técnica de la Oficina visitó el país. La misión se entrevistó con los representantes de los mandantes tripartitos, las autoridades del Poder Judicial y del Congreso de la República.

Cabe recordar que la CEACR ha venido formulando comentarios sobre problemas de aplicación de varios Convenios de la OIT ratificados por Paraguay y que el Comité de Libertad Sindical examina frecuentemente casos contra el Gobierno de ese país³¹ en los que se alegan violaciones de los derechos sindicales (de manera general, en el marco de estos casos se alegan actos de violencia contra sindicalistas, despidos antisindicales, obstáculos a la negociación colectiva o negociación de convenios colectivos con organizaciones sindicales minoritarias, negativa de registro de organizaciones sindicales, etc.).

En el marco de la Misión de asistencia técnica mencionada, el 1º de octubre de 2014, los mandantes tripartitos de Paraguay decidieron firmar un Memorándum sobre Normas Internacionales del Trabajo que entre otras cosas prevé en su punto 4 que la “mesa de diálogo social para la resolución de conflictos continuará examinando las denuncias concretas de incumplimiento de las normas del trabajo vigentes en la República del Paraguay, a fin de propiciar soluciones y facilitar acuerdos. La naturaleza de dicho tratamiento por parte de la Mesa de diálogo social para resolución de conflictos sería de mediación y, en la misma, se podrán examinar también los casos radicados ante el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo. En tal sentido, la OIT se compromete a presentar al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social las documentaciones sometidas ante la misma en el marco de las quejas, así como se compromete a acompañar y asesorar el proceso de mediación. La Mesa de diálogo social para resolución de conflictos dispondrá el tratamiento de

31 Entre agosto de 2014 y marzo de 2015 se presentaron cuatro nuevas quejas (casos núms. 3101, 3110, 3123 y 3127).

dichos casos existentes en el Comité de Libertad Sindical de la OIT conforme a su propio reglamento. La Organización Internacional del Trabajo auspicia el tratamiento de los casos planteados ante el Comité de Libertad Sindical de la misma, como una instancia de atención y eventual solución. Conforme al principio del tripartismo”. Asimismo, en el mencionado Memorándum se dispuso que el Consejo Consultivo Tripartito del Ministerio de Trabajo llevaría a cabo un análisis detallado de la legislación y de las medidas que deberían adoptarse para ponerla en conformidad con los Convenios ratificados por Paraguay.

Desde entonces, cabe tomar buena nota de que por medio del Decreto Presidencial n° 5159, de 18 de abril de 2016, se dispuso la integración del Consejo Consultivo Tripartito mencionado. La Oficina ha ofrecido asistencia técnica a los mandantes tripartitos de Paraguay para dar el seguimiento que se requiera al Memorándum.

VI – REPÚBLICA DOMINICANA – MESA DE TRATAMIENTO DE CUESTIONES RELATIVAS A LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO

Por comunicación de marzo de 2016, los mandantes tripartitos de la República Dominicana que integran el Consejo Consultivo del Trabajo, solicitaron asistencia técnica a la Oficina para conocer los diferentes sistemas de resolución de conflictos en materia de normas internacionales del trabajo.

Una Misión de la Oficina visitó el país del 29 de junio al 1° de julio de 2016. Los mandantes tripartitos, con los buenos oficios de la Misión, adoptaron el Acuerdo Tripartito de la República Dominicana para la instalación de la Mesa de Tratamiento de Cuestiones Relativas a las Normas Internacionales del Trabajo.

El Acuerdo prevé que entre otras, la Mesa asumirá las siguientes funciones: el análisis y discusión del cumplimiento de los Convenios de la OIT ratificados por la República Dominicana, con especial énfasis en los Convenios fundamentales (núms. 87, 98, 100, 111, 138, 182, 29 y 105) y de gobernanza; la discusión y elaboración de las memorias que el Gobierno debe enviar a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR); el análisis, discusión del contenido y posible impacto de los Convenios de la OIT que el Estado se proponga ratificar; y la prevención y el tratamiento pertinente de todo conflicto vinculado con la aplicación de los Convenios de la OIT ratificados por la República Dominicana, con el objetivo de encontrar soluciones y alcanzar acuerdos. En el marco de esta Mesa podrá

darse seguimiento a las observaciones de la CEACR, a las conclusiones de la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo (CAN) y a las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical (CLS). Las partes solicitaron a la Misión que se dé traslado del acuerdo a la CEACR y al CLS y subrayaron la importancia de que la OIT brinde acompañamiento a la Mesa.

VII – CONCLUSIONES

La experiencia demuestra que los órganos de control de la OIT, en particular, la CEACR, el CLS y los comités encargados de examinar reclamaciones presentadas en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT³², se ven llamados en algunas ocasiones a examinar comentarios o quejas sobre violaciones graves o menos graves de las normas internacionales del trabajo (NIT) que podrían ser resueltas a través de una intervención rápida y eficaz a nivel nacional, sin la necesidad de recurrir en el ámbito internacional a los órganos de control de la OIT.

Teniendo en cuenta esto, la OIT ha facilitado el establecimiento de mecanismos tripartitos nacionales en materia de resolución de conflictos en materia de libertad sindical, a petición de los gobiernos que han sido objeto de quejas presentadas por organizaciones sindicales ante el CLS.

Estos mecanismos, que realizan funciones de mediación, se basan en la aceptación y la presencia de las partes interesadas e incluyen la posibilidad de solicitar la presencia de las autoridades nacionales competentes, incluidas, según los casos, las que tienen responsabilidad en el ámbito de la supervisión de las normas del trabajo. Sin lugar a dudas estos mecanismos han dado la posibilidad de que muchas quejas sobre violaciones de los derechos sindicales se resuelvan a nivel nacional, sin necesidad de que los querellantes se vieran obligados a recurrir ante la justicia o ante el CLS. Este tipo de mecanismo – que puede actuar tanto en el sector público como en el privado – tiene la ventaja de la rapidez y que puede ponerse en funcionamiento con un mínimo de formalidad.

Tal como se mencionó en los párrafos anteriores, la puesta en práctica de este tipo de mecanismo tripartito de resolución de conflictos en América

32 El artículo 24 de la Constitución de la OIT dispone lo siguiente: Toda reclamación dirigida a la Oficina Internacional del Trabajo por una organización profesional de empleadores o de trabajadores en la que se alegue que cualquiera de los Miembros no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio, dentro de su jurisdicción, de un convenio en el que dicho Miembro sea parte podrá ser comunicada por el Consejo de Administración al gobierno contra el cual se presente la reclamación y podrá invitarse a dicho gobierno a formular sobre la materia la declaración que considere conveniente.

Latina (principalmente en Colombia) ha demostrado ser de gran utilidad para prevenir y resolver conflictos en materia de libertad sindical y negociación colectiva. La experiencia ha demostrado que el inicio de las tareas y el buen funcionamiento de estas comisiones lleva un cierto tiempo. La confianza en estos mecanismos no es automática, pero ciertos resultados positivos han provocado cambios de percepción por parte de los mandantes. En el caso de Colombia, a partir del 2009, fue el Gobierno quién impulsó la reactivación de la CETCOIT, pero en la actualidad dicha comisión cuenta con el apoyo de los trabajadores y de los empleadores. La CETCOIT ha pasado a ser “propiedad” de los mandantes tripartitos. Los tres apuestan por su buen funcionamiento. En el caso de Panamá, los mandantes tripartitos reconocen que la Comisión de tratamiento de quejas no ha podido demostrar aun su plena eficacia, pero con toda firmeza han reconocido y subrayado la importancia de que continúe trabajando y que se realicen todos los esfuerzos para su buen funcionamiento. En Guatemala, el objetivo del buen funcionamiento de la Comisión se encuentra inscrito en la hoja de ruta firmada en el marco de la queja presentada contra el Gobierno en virtud del artículo 26 de la Constitución de la OIT alegando el incumplimiento del Convenio nº 87 y en los indicadores clave establecidos para informar sobre avances al respecto. En Paraguay, la iniciativa de los mandantes para establecer una mesa de diálogo y de resolución de conflictos sobre normas internacionales del trabajo, plasmada en el Memorándum sobre normas internacionales del trabajo, debe aún concretarse en la práctica. En la República Dominicana, en seguimiento a la asistencia técnica solicitada por los mandantes tripartitos, se acordó establecer una Mesa de Tratamiento de Cuestiones Relativas a las Normas Internacionales del Trabajo, que entre sus funciones prevé las de prevención y el tratamiento de todo conflicto vinculado con la aplicación de los Convenios de la OIT ratificados.

De la experiencia acumulada hasta la fecha, cabe tener en cuenta los siguientes criterios para el buen funcionamiento de las comisiones:

- los Ministerios de Trabajo deben dedicar los recursos humanos y financieros necesarios para coordinar las tareas de los mecanismos de conciliación; debe ser posible coordinar y llamar a participar en las reuniones en el tratamiento de los casos a otros ministerios e instituciones del Estado;

- la aceptación del mecanismo de mediación debe fundarse en un acuerdo tripartito;

- las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores y el Gobierno deben designar a un mediador/moderador nacional permanente

que cuente con la confianza de todas las partes (es conveniente que la persona designada cuente inicialmente con el respaldo y asesoramiento de la OIT);

– las propuestas de conciliación y las conclusiones que se adopten en el marco de este procedimiento deben fundarse, entre otros elementos, en las normas internacionales del trabajo (NIT) pertinentes y deben tener en cuenta los comentarios de los órganos de control;

– el establecimiento de un mecanismo de seguimiento de los acuerdos que se alcancen puede reforzar la confianza de las partes en el mecanismo;

– es conveniente que los integrantes de los mecanismos de mediación reciban una capacitación especial en materia de NIT y el sistema de control de la OIT;

– el procedimiento de conciliación debe ser gratuito, no debería ser obligatorio y no impedir el recurso a los órganos de control de la OIT.

Cabe destacar que en varias ocasiones, la última de ellas en su reunión de marzo de 2014, el CLS manifestó su apoyo al uso de mecanismos especiales de quejas a nivel nacional para el examen de alegatos de violaciones a la libertad sindical y alentó a la Oficina a que siga fomentando de manera apropiada el desarrollo de dichos mecanismos. A su vez, al analizar la aplicación de los Convenios de la OIT n° 87 y n° 98 por parte de Colombia, Panamá, Guatemala y Paraguay, la CEACR ha tomado con interés sobre las iniciativas relacionadas con el establecimiento de estas comisiones. También en el marco de la iniciativa relativa a las normas del Consejo de Administración de la OIT, los presidentes del CLS y de la CEACR indicaron en su informe conjunto sobre “el mecanismo de control de la OIT” que: “Otro medio importante para mejorar la eficacia y atenuar la presión que se ejerce sobre los mecanismos de control de la OIT es la búsqueda de opciones de resolución (extrajudicial) de las controversias a nivel nacional, aceptadas por las partes, que se apliquen antes de recurrir al sistema de la OIT. Un ejemplo de solución a nivel nacional es el sistema CETCOIT (Comité Especial de Tratamiento de Conflictos ante la OIT) implantado en Colombia, que funciona como procedimiento voluntario y tripartito de resolución de conflictos relacionados con la libertad sindical y la negociación colectiva. Las partes pueden utilizar este procedimiento antes de considerar la posibilidad de presentar una queja ante el Comité de Libertad Sindical, así como para dar seguimiento a los casos examinados por este Comité”³³.

33 Véase: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_456466.pdf>.

Asimismo, en el marco del Resultado 8 del Programa y Presupuesto de la Organización para 2016 y 2017 relativo a la Protección de los trabajadores contra formas inaceptables de trabajo, se prevé que la Oficina brindará la asistencia técnica para que los gobiernos establezcan o utilicen los mecanismos tripartitos nacionales para aplicar medidas destinadas a proteger a los trabajadores contra formas inaceptables de trabajo de conformidad con las normas internacionales del trabajo. Es de esperar que lo dispuesto en el Programa y Presupuesto permitirá la utilización de este tipo de mecanismos de mediación en relación con todas las normas internacionales del trabajo y no sólo con las relativas a la libertad sindical y la negociación colectiva.

Han transcurrido más de 15 años desde la creación de la primera comisión tripartita de resolución de conflictos en materia de quejas vinculadas con la libertad sindical y la negociación colectiva y hemos considerado oportuno hacer una reseña histórica de las mismas. Los mandantes de la OIT las han acompañado y han dado instrucciones precisas a la Oficina para que se les preste la asistencia técnica necesaria. Sin lugar a dudas, la comunidad internacional ha encontrado en estos mecanismos un instrumento más para reforzar las instancias de diálogo social. Los desafíos para su buen funcionamiento son numerosos, pero los resultados y la voluntad de varios de sus participantes, sin lugar a dudas, son alicientes para seguir apostando por ellos. El tiempo demostrará si han resultado eficaces y si han podido cubrir las expectativas depositadas en ellos. Existe el desafío pendiente de “exportar” estas comisiones más allá de América Latina. En cualquier caso, la iniciativa responde a una evolución necesaria y moderna en la búsqueda permanente de la plena aplicación de las normas internacionales del trabajo.

NEGOCIADO X LEGISLADO – A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA E A REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA: ALGUMAS NOTAS

João Leal Amado*

I – O PRINCÍPIO DO TRATAMENTO MAIS FAVORÁVEL

É sabido que o chamado “princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador” constitui, historicamente, um princípio nuclear, uma diretriz principiológica que governa as relações entre a lei e a convenção coletiva¹, sempre que estas duas fontes de direito laboral se encontram em concorrência. Ora, pode dizer-se que o significado essencial do “princípio do tratamento mais favorável”, não raras vezes designado pela doutrina como “princípio do *favor laboratoris*”, enquanto princípio norteador da aplicação das normas juslaborais, e princípio basilar e clássico do Direito do Trabalho (dir-se-ia: um princípio típico do século XX), se desdobra analiticamente nas seguintes posições nucleares:

“i) O Direito do Trabalho consiste num ordenamento de carácter protetivo e compensador da assimetria típica da relação laboral, desempenhando uma função tuitiva relativamente ao trabalhador assalariado. Não sendo a única, é inegável que a função de tutela do trabalhador assalariado (da sua pessoa e do seu emprego) e de compressão/limitação dos poderes patronais se encontra inscrita no código genético do

* *Professor associado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.*

1 Em Portugal, a convenção coletiva de trabalho é género que se desdobra em três modalidades: contrato coletivo de trabalho, acordo coletivo de trabalho e acordo de empresa (artigo 2.º, n.º 3, do Código do Trabalho); já no Brasil, a CLT prevê, no art. 611, as figuras da convenção coletiva de trabalho e do acordo coletivo de trabalho. O direito de contratação coletiva encontra-se consagrado na Constituição da República portuguesa como direito fundamental dos trabalhadores, cujo exercício compete às respetivas associações sindicais, direito que será garantido nos termos da lei (artigo 56.º, n.º 3, da CRP). Também a Constituição da República Federativa do Brasil inclui, no elenco dos direitos sociais dos trabalhadores, o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” (art. 7º, inciso XXVI). No texto subsequente, iremos usar a expressão *convenção coletiva* em sentido amplo, como produto logrado da negociação coletiva de trabalho.

Direito do Trabalho. A tutela do trabalhador é reclamada, por um lado, pela sua condição de contraente débil, economicamente dependente e juridicamente subordinado (face ao complexo de poderes de que goza o empregador, desde o poder diretivo ao poder disciplinar); por outro, pelo facto de este envolver profundamente a sua pessoa na execução do contrato, visto que a força de trabalho inere à própria pessoa do prestador, não podendo ser separada deste.

ii) Esta função tutelar do Direito do Trabalho é cumprida através de normas legais que, em regra, possuem uma natureza relativamente imperativa (normas imperativas mínimas ou semi-imperativas, normas de ordem pública social), as quais consagram garantias mínimas para o trabalhador, admitindo o reforço de tais garantias por via da contratação coletiva.

iii) Daqui decorre que, no tocante às relações entre a lei e a convenção coletiva, o princípio da prevalência hierárquica da lei deve articular-se com o princípio do *favor laboratoris*; assim, e em princípio, o regime convencional poderá afastar-se do regime legal, desde que a alteração se processe *in melius*, e não *in pejus*.

iv) O *favor laboratoris* perfila-se, pois, como uma técnica de resolução de conflitos entre lei e convenção coletiva, pressupondo que, em princípio, as normas juslaborais possuem um carácter relativamente imperativo, isto é, participam de uma imperatividade mínima ou de uma ‘inderrogabilidade unidirecional’.

v) Trata-se, afinal, de duas faces da mesma moeda: *favor laboratoris* e imperatividade mínima das normas juslaborais. Como escreve Mercader Uguina, ‘o critério de *favor* relaciona-se no ordenamento laboral com o hierárquico, do qual representa uma modalização, no sentido de que a fonte de intensidade mais forte prevalece sobre a mais débil apenas em ordem à garantia das condições mínimas. Acima do mínimo, impõe-se a norma inferior que preveja condições mais favoráveis para os trabalhadores. A regra de ordenação hierárquica das fontes do Direito do Trabalho assume, assim, um valor relativo: frente ao critério de *favor*, a norma de regulação superior comporta-se como norma dispositiva e, portanto, cede ante a regulação de nível inferior, a

qual, por sua vez, cede ante a norma de regulação superior quando esta assegura a garantia das condições mínimas’.”²

Assim sendo, o artigo 13.º, n.º 1, da velha e hoje revogada Lei do Contrato de Trabalho de Portugal (LCT, de 1969) fixava a diretriz fundamental em matéria de relacionamento e coordenação entre a lei e a convenção coletiva, ao prescrever que “as fontes de direito superiores prevalecem sempre sobre as fontes inferiores, salvo na parte em que estas, sem oposição daquelas, estabelecem tratamento mais favorável para o trabalhador”. O artigo 6.º da Lei dos Instrumentos de Regulamentação Coletiva (Decreto-Lei n.º 519-C1/79, de 29 de dezembro), também já revogada, complementava aquele preceito da LCT, ao determinar que as convenções coletivas não poderiam “contrariar normas legais imperativas” nem “incluir qualquer disposição que importe para os trabalhadores tratamento menos favorável do que o estabelecido por lei”.

Ou seja, as normas legais poderiam, como é óbvio, possuir a mais variada natureza (as normas poderiam ser supletivas ou imperativas, poderiam ser normas absolutamente imperativas³ ou relativamente imperativas, etc.), mas o certo é que, nas sábias palavras de Jorge Leite, a norma típica do ordenamento juslaboral era constituída “por uma regra jurídica explícita impositiva e por uma regra jurídica implícita permissiva, vedando aquela qualquer redução dos mínimos legalmente garantidos e facultando esta a fixação de melhores condições de trabalho (proibição de alteração *in pejus* e possibilidade de alteração *in melius*)”⁴.

No domínio da concorrência e da articulação entre as respetivas fontes, concluía-se, em conformidade, que em Direito do Trabalho a regra (a chamada “regra de princípio”) era, afinal, a da aplicação da norma que estabelecesse um tratamento mais favorável ao trabalhador, ainda que tal norma se encontrasse contida numa fonte hierarquicamente inferior. A imodificabilidade *in melius* da norma superior (ou seja, a imperatividade absoluta desta) bem como a sua

2 La silenciosa decadencia del principio de norma más favorable. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 109, 2002, p. 20. A matéria tem sido bastante estudada pela doutrina portuguesa, com particular destaque, no respeitante às relações lei-CCT, para o texto clássico de José Barros Moura: *A convenção colectiva entre as fontes de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1984. p. 147-183.

3 Normas imperativas absolutas, ou normas imperativas de conteúdo fixo, são aquelas que não admitem qualquer modificação por fonte inferior, quer a alteração seja em sentido mais ou menos favorável para o trabalhador, *in melius* ou *in pejus*. É o caso, p. ex., do regime legal dos feriados ou das disposições relativas aos tipos de faltas ao trabalho e à sua duração, bem como o do próprio regime jurídico da cessação do contrato de trabalho. Sobre a tipologia das normas legais quanto à sua (i)modificabilidade, vd.: José Barros Moura (*A convenção colectiva... cit.*, p. 148-155), bem como Rosário Palma Ramalho (*Tratado de direito do trabalho*. Parte I. Dogmática geral. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 277-279).

4 *Direito do trabalho*. Serviço de Textos da Universidade de Coimbra, 2004. p. 97. v. I.

modificabilidade *in pejus* por norma inferior (ou seja, a supletividade daquela) eram excepcionais, pelo que era comum aludir-se à “singular imperatividade” das normas juslaborais, à sua natureza “imperativo-limitativa” ou “imperativo-permissiva”, qualquer destas expressões traduzindo a ideia de mínimo de proteção da parte mais débil da relação, como traço característico e identitário das normas juslaborais.

Note-se, porém, que o princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador (*favor laboratoris*) não deve ser confundido com o princípio da interpretação mais favorável ao trabalhador (designado, por vezes, por princípio *in dubio pro laborator* ou *pro operario*): este é um princípio norteador da interpretação das normas, da fixação do seu sentido e alcance, nos termos do qual, na dúvida sobre se o preceito significa x ou significa y, o intérprete deverá optar pelo sentido mais vantajoso para o trabalhador; aquele é, como se disse, um princípio sobre a aplicação das normas, sobre a qualificação da respetiva natureza, determinando que o preceito, signifique ele x ou y, poderá ser objecto de alteração *in melius* por fonte inferior⁵.

II – O SÉCULO XXI E A INVERSÃO PRINCIPIOLÓGICA: O ARTIGO 4.º DO CÓDIGO DO TRABALHO DE 2003

A função de tutela do trabalhador, a função promocional, a função de instrumento de melhoria das condições de trabalho, tudo isto não desmente o carácter compromissório deste ramo do direito e a diversidade de funções a ele atribuídas, inclusive por meio da negociação coletiva. Para além daquela sua função central e nuclear, sempre o Direito do Trabalho desempenhou outras

5 Sobre o princípio *in dubio pro operario* (afirmando, de resto, a sua profunda convicção de que este não existe), *vd.*, por todos: DESDENTADO BONETE, Aurelio. ¿Existe realmente el principio *in dubio pro operario*?. *Relaciones Laborales*, 2003, I, p. 605 e ss.; e, na doutrina portuguesa, também muito cética em relação a tal princípio, por todos: MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 217-225.

Entendimento algo distinto vem prevalecendo no Brasil, onde o chamado “princípio da norma mais favorável” se desdobra em diversas dimensões, seja no contexto do confronto entre regras concorrentes (princípio orientador do processo de hierarquização de normas), seja no contexto da interpretação das regras jurídicas (princípio orientador do processo de revelação das normas), reconduzindo-se, nesta última dimensão, ao tradicional princípio *in dubio pro operario* – sobre o tema, por todos: GODINHO, Mauricio Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 64-66, 80-82 e 119-121.

A nosso ver, o princípio *in dubio pro operario* poderá funcionar como diretriz hermenêutica relevante em matéria juslaboral, desde logo no tocante ao preenchimento valorativo de conceitos jurídicos indeterminados por parte da jurisprudência. A este propósito, permito-me remeter para João Leal Amado (O papel da jurisprudência no preenchimento de conceitos laborais indeterminados: *in dubio pro operario*?. *Revista OABRJ*, v. 26, n. 2, 2010, p. 125-137).

funções, entre elas a de ser um importante instrumento de gestão no plano económico, preocupado com a salvaguarda da eficiência e da competitividade das empresas. No tocante à própria negociação coletiva, a mesma dualidade sempre esteve presente: consistindo a sua função principal em melhorar as condições de trabalho, reforçando as garantias mínimas estabelecidas por lei, também a ideia de flexibilizar e de adaptar essas condições de trabalho, correspondendo às necessidades da empresa, da sua sobrevivência e da sua competitividade, sobretudo em tempos de crise, nunca esteve ausente do elenco de missões da negociação coletiva⁶.

Nos últimos anos, porém, num cenário de globalização capitalista cada vez mais agressiva e com a hegemonia ideológica das correntes neoliberais, dir-se-ia que as prioridades se inverteram: a preocupação central do Direito do Trabalho parece hoje consistir na garantia de eficiência económica das empresas, só em segundo plano surgindo a promoção da equidade nas relações de trabalho; e, no tocante à negociação coletiva, a sua histórica função de melhoria das condições de trabalho aparece hoje subalternizada e substituída pela função de flexibilização e adaptação das normas aos interesses da empresa, às necessidades desta, às conveniências desta, à melhoria da posição competitiva desta – assumindo foros de normalidade a hipótese de afastamento *in pejus* das normas legais por via da negociação coletiva.

É neste contexto que surge, em Portugal, o artigo 4.º, n.º 1, do CT de 2003, preceituando que “as normas deste Código podem, sem prejuízo do disposto no número seguinte, ser afastadas por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, salvo quando delas resultar o contrário”. Sejamos claros: apesar do disposto na sua epígrafe, o n.º 1 deste artigo 4.º traduziu-se, bem vistas as coisas, num verdadeiro atestado de óbito do *favor laboratoris* relativamente à contratação coletiva, dele se extraíndo que, *em princípio*, o *Direito do Trabalho legislado possui um carácter facultativo ou supletivo em face da contratação coletiva* – ou seja, por mor deste preceito, concluía-se que as normas legais passariam a ser, em regra, normas “convénio-dispositivas” ou “coletivo-dispositivas”, isto é, normas livremente afastáveis por convenção coletiva de trabalho. Destarte, daí em diante o quadro legal poderia ser alterado *in pejus* pela convenção coletiva, o que implicou uma mutação (dir-se-ia: uma revolução) na filosofia básica inspiradora do Direito do Trabalho: assim, de um direito com uma vocação tutelar relativamente às condições de trabalho, imbuído do princípio da norma social mínima, transitámos para uma espécie

6 Sobre as múltiplas funções da negociação coletiva, *vd.*, por todos: SUPIOT, Alain *et al.* *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 151-155.

de direito neutro, em que o Estado recua e abandona a definição das condições de trabalho à autonomia coletiva.

Era, pois, um novo Direito do Trabalho aquele que resultava do artigo 4.º do CT de 2003, um Direito do Trabalho menos garantístico e mais transaccional, em que aumentava o espaço concedido à autonomia coletiva em virtude do relaxamento da regulação estadual das condições de trabalho, em que a norma negociada se substituíria à norma legislada – um Direito do Trabalho que, assim, mudava de alma (alguns diriam: perdia a alma).

Em suma, também neste campo, no campo da concorrência e da articulação das fontes juslaborais, estamos perante um Direito do Trabalho mais *flexível* (palavra mágica dos nossos tempos, por mais imprecisa que seja a respectiva noção no plano jurídico), em que a contratação colectiva já não é concebida como um instrumento primordialmente vocacionado para melhorar as condições de trabalho relativamente à lei⁷, mas antes como um puro mecanismo de adequação da lei às circunstâncias e às conveniências da organização produtiva.

O que vem de ser dito vale, repete-se, no cotejo entre lei e convenção coletiva. Em face do contrato individual de trabalho, o critério legal era já outro, conforme se extraía do n.º 3 daquele artigo 4.º: “As normas deste Código só podem ser afastadas por contrato de trabalho quando este estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador e se delas não resultar o contrário”. Assim sendo, o artigo 4.º do CT de 2003 parecia, afinal, traduzir-se numa disposição legal consagrada ao culto de Jano (a conhecida divindade romana das duas caras), perfilando-se as normas legais trabalhistas como *normas bifrontes ou bidimensionais*, isto é, como normas relativamente imperativas em face do contrato de trabalho e como normas supletivas em face da convenção coletiva de trabalho – as chamadas “normas convénio-dispositivas”⁸.

Note-se, porém, que o artigo 4.º, n.º 1, não excluía a existência de normas imperativas – relativa ou absolutamente imperativas – em face da convenção coletiva (“salvo quando delas resultar o contrário”, lia-se nesse preceito), assim como o artigo 4.º, n.º 3, não excluía a existência de normas absolutamente imperativas, ou de normas supletivas, em face do contrato individual (“se delas não resultar o contrário”, lia-se nessa norma). Tudo dependeria, pois, em última

7 A este propósito, escrevia, três décadas atrás, José Barros Moura: “A função da contratação coletiva, além de adaptar a lei geral às peculiaridades das categorias abrangidas e de consolidar as conquistas consagradas na lei geral, é, sobretudo, a de melhorar a situação dos trabalhadores” (*A convenção colectiva...*, cit., p. 156). Uma afirmação, ao que parece, datada, típica do século XX.

8 Ou, como alguns preferem, “normas coletivo-dispositivas”. A propósito deste tipo de normas, *vd.*, por todos: XAVIER, Bernardo Lobo. *Manual de direito do trabalho*. 2. ed. Lisboa: Verbo, 2014. p. 294-298.

análise, da interpretação da concreta norma em causa, sendo, porém, certo que a diretriz hermenêutica – critério que habilitava o intérprete a pronunciar-se em caso de dúvida – era bipartido ou dual: *a norma codicística seria, em princípio, supletiva ou relativamente imperativa, consoante o cotejo se desse com a contratação coletiva ou com o contrato individual de trabalho*⁹.

De qualquer modo, o certo é que, daí em diante, o tratamento mais favorável ao trabalhador, nas avisadas palavras de Monteiro Fernandes, “deixa de constituir referencial interpretativo”. No CT de 2003, sublinha o autor, com inteira razão, que “o ponto de partida da operação interpretativa-qualificativa incidente sobre a norma legal (para se saber se pode aplicar-se a fonte inferior de conteúdo diferente) já não é a presunção de que essa norma admite variação em sentido mais favorável ao trabalhador, mas a de que *admite variação em qualquer dos sentidos*. Tal presunção só é afastada se da norma legal resultar inequivocamente que nenhuma variação é legítima, ou que só o será num dos sentidos possíveis”¹⁰.

III – A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA E O EVENTUAL “PRINCÍPIO DA NORMA MÍNIMA”

Resta saber se, do ponto de vista jurídico-constitucional, não se terá ido longe demais com este artigo 4.º, n.º 1, do CT de 2003. Com efeito, a concepção transaccional do Direito do Trabalho que se desprende deste artigo – em que o Estado-legislador dá luz verde para que tudo ou quase tudo seja livremente negociado em sede de contratação coletiva, em benefício ou em detrimento do trabalhador face ao parâmetro legal – parece compatibilizar-se com bastante dificuldade com o nosso “bloco constitucional do trabalho”, máxime com o disposto no artigo 59.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa (CRP). Na verdade, de acordo com este preceito da Magna Carta, “incumbe ao Estado assegurar as condições de trabalho, retribuição e repouso a que os trabalhadores têm direito”, através, por exemplo, do estabelecimento e atualização do salá-

9 Seria o caso, para dar um exemplo, da norma respeitante ao subsídio de Natal. O artigo 254.º do CT de 2003 estabelecia que o trabalhador tinha direito a auferir um subsídio de Natal de valor igual a um mês de retribuição: nestes termos, o valor do subsídio não poderia, decerto, ser reduzido através de cláusula contratual individual, mas já poderia sê-lo através de cláusula convencional coletiva. O mesmo valeria quanto à norma relativa à violação patronal do direito a férias: nos termos do artigo 222.º, o trabalhador deveria receber, a título de compensação, o triplo da retribuição correspondente ao período em falta, montante este que, não podendo ser reduzido mediante cláusula contratual, já poderia sê-lo mediante cláusula convencional (em sentido próximo, quanto a este último exemplo, *vd.*: MESQUITA, José Andrade. *Direito do trabalho*. 2. ed. AAFDL, 2004. p. 269). O atual CT português regula estas matérias em moldes similares, nos artigos 246.º e 263.º.

10 *Direito do trabalho*. 17. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 110.

rio mínimo nacional, da fixação dos limites máximos da duração do trabalho, etc. Como escrevem Gomes Canotilho e Vital Moreira, “o n.º 2 estabelece um conjunto de tarefas (incumbências) dirigidas ao Estado (desde logo ao legislador)”. Trata-se, no dizer dos autores, de “direitos positivos dos trabalhadores, aos quais correspondem obrigações de concretização (através de leis e outras medidas) do Estado”¹¹.

Deste modo, a CRP parece impor que o legislador estabeleça, ele mesmo, um estatuto social mínimo, um patamar legal intransponível de proteção dos trabalhadores. Esta é, por força da Constituição portuguesa, uma tarefa fundamental do Estado-legislador, uma missão de que este se encontra incumbido. Assim, ainda que se trate de um princípio não escrito, o princípio da norma social mínima parece encontrar-se implicitamente plasmado no corpo normativo constitucional. Constitucionalmente, tem de haver um mínimo legal intangível, devendo os direitos dos trabalhadores legalmente consagrados situar-se, em princípio, fora do comércio jurídico e não podendo funcionar como simples moeda de troca em sede de contratação coletiva. Ora, dir-se-ia, com aquele artigo 4.º, que o Estado-legislador retrai-se e parece mesmo demitir-se das suas responsabilidades: a tarefa constitucional não é cumprida e a missão estadual asseguradora converte-se, afinal, numa autêntica demissão parlamentar e/ou governamental.

Temos, por conseguinte, sérias dúvidas sobre a conformidade constitucional daquele preceito codicístico, hoje revogado¹². *Uma coisa é introduzir alguma flexibilidade adicional no nosso Direito do Trabalho* (opção de política legislativa legítima e insuscetível de reparos do ponto de vista constitucional); *outra coisa, porém, será flexibilizar o Direito do Trabalho ao ponto de lhe quebrar a espinha dorsal ou a coluna vertebral* (esta última será uma opção politicamente discutível, mas já, decerto, constitucionalmente censurável). O que está em causa não é, repete-se, a existência de normas legais de carácter supletivo, “convénio-dispositivo” ou “coletivo-dispositivo”. O que se questiona é que esta seja *a regra de princípio*, isto é, que, à partida, todas as normas legais possam ser afastadas por convenção coletiva, inclusive em sentido menos favorável ao trabalhador. Perante isto, era caso para perguntar onde ficava, então, o princípio do Estado Social e a incumbência estadual, resultante da CRP, de assegurar as condições de trabalho, retribuição e repouso a que os trabalhadores

11 *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. I. p. 775.

12 Na esteira, aliás, das considerações a este propósito expendidas por José João Abrantes e Jorge Leite, em textos publicados no n. 22 de *Questões Laborais – vd.*, respectivamente: *O Código do Trabalho e a Constituição*, p. 150-153; e *Código do Trabalho – algumas questões de (in)constitucionalidade*, p. 270-274.

têm direito. Não se violaria desta forma o princípio constitucional, não escrito mas implícito, da norma social mínima¹³?

O problema reside, repete-se, na definição da regra de princípio, não na introdução de exceções a esta. Recorde-se a clássica lição de Baptista Machado: “Não são as exceções a um princípio, por muito numerosas que sejam, que o fazem desaparecer como princípio, enquanto subsistir o fundamento que lhe confere o valor normativo”¹⁴.

IV – O SIGNIFICADO DA MUDANÇA DE PARADIGMA

Entretanto, e pondo a “questão constitucional” entre parêntesis, o certo é que este simbólico preceito do CT de 2003 significava que a tradicional “grelha de leitura” das normas laborais teria de ser abandonada pelo intérprete: ao pronunciar-se sobre a natureza de cada norma legal, máxime sobre a suscetibilidade de esta ser alterada *in pejus* por convenção coletiva, o intérprete deveria substituir os velhos óculos *favor laboratoris* (declarados rígidos e caducos) pelos novos óculos “convénio-dispositivos” (mais dinâmicos e maleáveis, mas, quiçá, menos resistentes).

Estávamos, em todo o caso, perante um preceito legal que exprimia um inegável abrandamento da atuação interventiva e da postura impositiva do Estado neste domínio, concedendo os poderes públicos novos e mais dilatados espaços regulativos à autonomia coletiva, o que, alegava-se, contribuiria para promover e estimular a contratação coletiva, correspondendo, nessa medida, a um desiderato constitucional. Vistas as coisas sob este prisma, a autonomia privada coletiva como que se emancipava da tutela legal, ganhando maioria e deixando de ser espartilhada pela lei...

Importa, contudo, notar (e este é um aspeto que, a nosso ver, não poderá ser menosprezado) que, *no campo trabalhista, o reconhecimento da autonomia coletiva não se processou nunca contra a heteronomia estadual, mas sim contra o poder decisório unilateral do empregador*. Com efeito, o Direito do Trabalho afirmou-se historicamente e consolidou-se dogmaticamente com base na conjugação dialética de dois fenómenos – legislação estadual regulamentadora das condições de trabalho e normação convencional disciplinadora do conteúdo das relações laborais ao nível da empresa, da profissão ou do setor de actividade –,

13 Sobre o ponto, *vd.* as valiosas reflexões de Milena Silva Rouxinol (O princípio do tratamento mais favorável nas relações entre a lei e a convenção coletiva de trabalho. *Questões Laborais*, n. 28, 2006, p. 159 e ss. [em especial p. 172-187]).

14 *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 241.

ambos tendo como escopo central a tutela do contraente débil, a compressão da liberdade contratual e a limitação da concorrência entre os trabalhadores no mercado de trabalho. Deste ponto de vista, *a autonomia coletiva veio adicionar-se à heteronomia estadual, não se contrapondo e antes aliando-se a esta*, em ordem a impedir o arbítrio patronal e a “ditadura contratual” de outro modo imposta pelo contraente mais poderoso¹⁵.

Com efeito, a lei e o tradicional princípio do *favor laboratoris* nunca impediram que a autonomia coletiva se exercesse, cumprindo a principal missão que cabe à contratação coletiva: a missão de servir de instrumento de melhoria das condições de trabalho. Aliás, não é decerto por acaso que tanto a Constituição portuguesa como a brasileira consagram o direito de contratação coletiva como um *direito dos trabalhadores*, não dos empregadores. O direito de negociar coletivamente as condições de trabalho é um direito fundamental dos trabalhadores, a exercer através das suas estruturas representativas – ainda que, como é óbvio, esse direito pressuponha o concurso de vontade das entidades empregadoras ou das suas estruturas representativas. Mas, repete-se, o direito em causa é reconhecido como um direito fundamental dos trabalhadores, em ordem, obviamente, “à melhoria de sua condição social”, como se lê no *caput* do art. 7º da Constituição do Brasil.

Agora, porém, ao que parece, a principal (?) função da contratação coletiva passou a ser de carácter gestionário e visa à redução de custos empresariais, pelo que agora são os empregadores que revelam um particular desvelo pela contratação coletiva flexibilizante, procurando utilizá-la em detrimento da lei.

Através daquele preceito legal – o artigo 4.º do CT de 2003 – visar-se-ia, outrossim, como alguns afirmaram, atribuir um estatuto de maioria às associações sindicais de trabalhadores, rejeitando qualquer concepção destas como sujeitos hipossuficientes e carenciados de proteção legal¹⁶. Mas, a este

15 Como observa Márcio Túlio Viana, “o Estado estava presente nas convenções coletivas de trabalho, assegurando um patamar mínimo – representado pelas normas imperativas. As convenções coletivas podiam apenas avançar; nunca recuar. Em outras palavras, a chamada ‘autonomia privada coletiva’ carregava, dentro dela, um traço de heteronomia”. Aliás, para o autor, “só faz sentido falar em sindicato – e, por extensão, em negociação coletiva – quando o objetivo for melhorar a condição de vida do trabalhador. Por consequência, uma convenção coletiva que precariza direitos trai o seu papel histórico e contradiz a sua própria essência” (O novo papel das convenções coletivas de trabalho: limites, riscos e desafios. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 67, n. 3, 2001, p. 47-63 [49 e 57]).

16 Neste sentido, por exemplo: RAMALHO, Rosário Palma. *Tratado de direito do trabalho*, cit., p. 284, 286 ou 312. A propósito do tradicional princípio do *favor laboratoris*, escreve a autora: “Não parece justificar-se a aplicação deste princípio com o mesmo grau de irredutibilidade ao nível do contrato de trabalho e ao nível da contratação coletiva, dada a maturidade das associações representativas dos trabalhadores, que intervêm neste último nível, e as vantagens de conferir uma maior elasticidade à negociação coletiva” (p. 284). Estamos de acordo. A aplicação deste princípio com o mesmo grau de

propósito, escreve, com inteiro acerto, Milena Silva Rouxinol: “Não se vê como pode lograr-se o desiderato de compensação da desigualdade fática e jurídica entre trabalhador e empregador se os mínimos legais puderem ser afastados *in pejus* por instrumentos hierarquicamente inferiores. Não nos parece que possa objetar-se decisivamente com o argumento de que, em sede de contratação coletiva, está reposto o equilíbrio entre as partes que falha no plano da contratação individual, não se justificando, assim, uma exigência de maior favorabilidade das estatuições convencionais. *É que o equilíbrio contratual não é um fim em si mesmo, mas um meio para que se logre uma justa composição de interesses.* Em Direito do Trabalho, a justiça repõe-se pela desigualdade, de modo que se as forças sindicais assentirem na redução dos mínimos legais de tutela do trabalhador, ainda que tal opção seja assumida em situação de equilíbrio negocial, resultará gorada a proteção que o legislador defere ao – ainda e sempre – contraente débil da relação laboral e frustrado o propósito de justiça material”¹⁷. E, de resto, não deixa igualmente de ser curioso verificar que este estatuto de maioria é concedido aos sindicatos numa época histórica em que tanto se fala na crise estrutural do sindicalismo e, justamente, por parte de um Código que continuou a não estabelecer quaisquer exigências de representatividade mínima para que um sindicato pudesse celebrar uma convenção coletiva de trabalho...

Dir-se-ia, por isso, que diminuir a carga injuntiva da lei e conceder, do mesmo passo, espaços regulativos alargados a interlocutores sindicais débeis poderá revelar-se um caminho contraproducente. Um caminho através do qual, nas certeiras e irónicas palavras de Gérard Lyon-Caen, em lugar de realmente se promover a autonomia coletiva, o que se garante é a “autonomia das empresas”¹⁸. Não espanta, por isso, que Fernando Hoffmann conclua: “A negociação coletiva, antes bandeira empunhada apenas pelos sindicatos profissionais e forma

irreduzibilidade ao nível do contrato individual e ao nível da contratação coletiva, realmente, não se justifica. Mas, cremos, daí não decorre, logicamente, que o princípio deva ser eliminado nas relações entre lei e convenção coletiva. Daí decorre, apenas, que a regra da imperatividade mínima da lei deve sofrer poucas exceções em face do contrato individual, mas já poderá sofrer mais exceções e desvios quando em face da contratação coletiva – em ordem, justamente, a conferir maior elasticidade à negociação coletiva. O que já não se justifica, a nosso ver, é ir ainda mais longe e suprimir o princípio do *favor laboratoris* nas relações entre lei e convenção coletiva. Este é um princípio identitário do Direito do Trabalho, de elevado valor simbólico, e o fundamento para a sua consagração, enquanto regra de princípio, mantém-se válido – não obstante, reitera-se, essa regra possa sofrer exceções, sobretudo em períodos de crise.

17 O princípio do tratamento... *cit.*, p. 174-175.

18 L'état des sources du droit du travail (agitations et menaces). *Droit Social*, 2001, n. 12, p. 1.031-1.034 (1033). Para uma análise crítica, concluindo que, por este caminho, estão criadas as condições para que as convenções coletivas se convertam num “verdadeiro cavalo de Tróia no Direito do Trabalho”: GOMES, Júlio. *Direito do trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 50-56 (51).

de melhorar a condição da classe trabalhadora, passa a ser tremulada também pelo empresariado, agora como instrumento de redução do protecionismo da legislação trabalhista”¹⁹.

V – O ARTIGO 3.º DO ATUAL CÓDIGO DO TRABALHO PORTUGUÊS

Aquando da elaboração do atual CT português, o grande problema que se colocava nesta matéria consistia, justamente, em saber se o princípio do tratamento mais favorável, liquidado em 2003, iria ou não ser repostado em vigor. No âmbito do relacionamento entre a lei e a contratação coletiva, perguntava-se: será que o *favor laboratoris*, enquanto “princípio presuntivo” (isto é, enquanto presunção de imperatividade mínima das normas laborais), não deveria ser ressuscitado pelo novo legislador do trabalho?

A resposta veio a ser fornecida pelo artigo 3.º, n.º 1, do novo CT, de 2009, o qual preceitua: “As normas legais reguladoras de contrato de trabalho podem ser afastadas por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, salvo quando delas resultar o contrário”. Ou seja, *o princípio é – continua a ser – o da natureza “convénio-dispositiva” ou “coletivo-dispositiva” das normas trabalhistas*. Significa isto que o CT não trouxe quaisquer novidades neste domínio? Não. Com efeito, o n.º 3 do seu artigo 3.º não deixa de elencar um amplo conjunto de matérias cujo regime jurídico possui, em princípio, um carácter relativamente imperativo, nos seguintes termos:

“As normas legais reguladoras de contrato de trabalho só podem ser afastadas por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho que, sem oposição daquelas normas, disponha em sentido mais favorável aos trabalhadores quando respeitem às seguintes matérias: a) direitos de personalidade, igualdade e não discriminação; b) proteção na parentalidade; c) trabalho de menores; d) trabalhador com capacidade de trabalho reduzida, com deficiência ou doença crónica; e) trabalhador-estudante; f) dever de informação do empregador; g) limites à duração dos períodos normais de trabalho diário e semanal; h) duração mínima dos períodos de repouso, incluindo a duração mínima do período anual de férias; i) duração máxima do trabalho dos trabalhadores noturnos; j) forma de cumprimento e garantias da retribuição; l) capítulo sobre prevenção e reparação de acidentes de trabalho e doenças profissionais e legislação que o regulamenta; m) transmissão de empresa ou estabelecimento; n) direitos dos representantes eleitos dos trabalhadores.”

19 *O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira*. São Paulo: LTr, 2003. p. 206.

Aqui temos, portanto, um bloco normativo que, em princípio, gozará de imperatividade relativa ou imperatividade mínima. Mas, note-se, só em princípio, pois a lei não deixa de ressaltar a hipótese de algumas normas incluídas nesse bloco terem um carácter absolutamente imperativo (“sem oposição daquelas normas”, lê-se no preceito). E, note-se ainda, fora deste bloco normativo também poderá haver casos de imperatividade relativa (pense-se, por exemplo, na duração do período experimental, a qual poderá ser reduzida, mas não aumentada, por instrumento de regulamentação coletiva, como esclarece o artigo 112.º, n.º 5, do CT) ou de imperatividade absoluta (pense-se, por exemplo, no regime jurídico da cessação do contrato de trabalho, por força do artigo 339.º, n.º 1, do CT). Isso mesmo resulta, aliás, do segmento final do n.º 1 do artigo 3.º (“salvo quando delas resultar o contrário”).

De todo o modo, a verdade é que, nesta questão estruturante e identitária, atinente à determinação da natureza das normas trabalhistas e à definição do carácter do ordenamento legal, o actual CT português situa-se numa linha de perfeita continuidade em relação ao diploma que o precedeu. Algo mudou, mas, ao que parece, só para que o essencial ficasse na mesma... Assim, e em princípio, *as normas legais continuam a possuir um carácter bidimensional, continuam a apresentar uma estrutura bifronte: elas serão, em regra, relativamente imperativas em face do contrato individual* (nos termos do n.º 4 do artigo 3.º do CT, “as normas legais reguladoras de contrato de trabalho só podem ser afastadas por contrato individual que estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador, se delas não resultar o contrário”), *mas, em princípio, elas já serão dispositivas ou supletivas em face da contratação colectiva* (n.º 1 do artigo 3.º), *pelo que poderão ser afastadas in pejus por esta*²⁰.

Pela nossa parte, continuamos a considerar atuais as palavras do grande e saudoso Mestre Arnaldo Süsskind, segundo as quais “o princípio protetor, ou da proteção do trabalhador, erige-se como o mais importante e fundamental para a construção, a interpretação e a aplicação do Direito do Trabalho. A proteção

20 Também Rosário Palma Ramalho considera que o atual CT ficou a meio caminho entre a legislação tradicional nesta matéria e o CT de 2003, sendo que, de qualquer modo, “se mantém o princípio da supletividade geral das normas legais perante as convenções coletivas de trabalho” (*Tratado de direito do trabalho, cit.*, p. 288). Para maiores desenvolvimentos sobre o ponto: ROUXINOL, Milena Silva. O regime da relação entre fontes laborais no Código do Trabalho de 2009. In: CARVALHO, Paulo Morgado de (Coord.). *Código do Trabalho – a revisão de 2009*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 37-58. Note-se que, entretanto, a questão veio a ser objeto de análise pelo Tribunal Constitucional português, no Acórdão 338/10 (Relator: Conselheiro José Borges Soeiro), no qual se concluiu, por maioria, que o artigo 3.º, n.º 1, do CT de 2009 não padece de qualquer inconstitucionalidade. Para um comentário ao acórdão do TC, assinalando a ambiguidade da sua argumentação: REIS, João. Princípio do tratamento mais favorável e da norma mínima. AA. VV. Para Jorge Leite, *Escritos jurídico-laborais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. v. I. p. 855-884.

social aos trabalhadores constitui a raiz sociológica do Direito do Trabalho e é imanente a todo o seu sistema jurídico”. E, tal como o Mestre, também acreditamos que esse princípio-*mater* gera outros, que dele são filhos legítimos, desde logo o chamado *princípio da norma mais favorável*, “em virtude do qual, independentemente da sua colocação na escala hierárquica das normas jurídicas, aplica-se, em cada caso, a que for mais favorável ao trabalhador”²¹.

Por isso mesmo, porque, a nosso ver, no século XXI ainda subsiste o fundamento que confere valor normativo ao princípio do *favor laboratoris*, a regra deveria ser a de que o legislado é “insuscetível de desmelhoramento” mediante o negociado. Poderia haver, sem dúvida, exceções a esta regra, em ordem a cumprir a função flexibilizante ou de adaptação regimental que também incumbe à negociação coletiva; mas, por muito numerosas que fossem as exceções, aquela regra de princípio não deveria ser subvertida²². Afinal, é da identidade mesma do nosso ramo de direito que estamos a falar, dos seus princípios básicos, do seu código genético, da sua função central, ontem como hoje.

VI – A REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA: OS NOVOS ARTS. 611-A E 611-B DA CLT

A Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, veio alterar numerosas disposições da CLT, “a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho”.

21 *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2004. p. 111 e 113.

22 A propósito da “negociação *in pejus*”, escreve, no Brasil, Jorge Luiz Souto Maior: “Na ótica da preservação dos princípios da proteção da dignidade humana e do valor social do trabalho, os direitos trabalhistas são direitos fundamentais, não se subordinando, pois, à vontade das partes, mesmo quando representadas por entidades sindicais. A autonomia privada coletiva, por conseguinte, só tem campo de atuação para melhorar as condições de trabalho fixadas na lei, jamais para reduzir o seu alcance” (*Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011. v. I. Parte I. p. 642). Em sentido próximo, sustenta, em Portugal, Maria da Paz Campos Lima: “No contexto do profundo desequilíbrio a que chegaram as relações laborais nas empresas em desfavor dos trabalhadores, a solução mais moderada e estabilizadora é precisamente a reposição do princípio do tratamento mais favorável, limitando qualquer possibilidade da negociação coletiva afastar regras legais de proteção mínima. O papel da negociação coletiva não é esse: é o de, tomando como ponto de partida o quadro legal, introduzir por via da regulação conjunta patamares mais elevados de progresso social. Foi esta a influência da negociação coletiva na construção do modelo social europeu”. Assim sendo, a autora conclui no sentido da *reposição integral do princípio do tratamento mais favorável*, “não permitindo que qualquer norma da legislação do trabalho possa ser derogada em sentido mais desfavorável ao trabalhador, quer por via da negociação setorial, quer por via da negociação de empresa” (O desmantelamento do regime de negociação coletiva em Portugal, os desafios e as alternativas. *Cadernos do Observatório*, n. 8, Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra, 2016, p. 44-45).

Pela nossa parte, não iríamos tão longe quanto estes autores. Admitimos que, num ou noutro caso, nesta ou naquela matéria, essa negociação *in pejus* possa ocorrer, realizando a função de flexibilização (dir-se-ia: de flexibilização descendente) que também cabe à contratação coletiva. Mas só a título de exceção, jamais como regra de princípio.

Naquilo que ao presente tema diz respeito, importa atender, sobretudo, aos novos arts. 611-A e 611-B da CLT. Trata-se de disposições bastante extensas, que, na linha do que sucedeu em Portugal, significam, cremos, uma importante (e discutível) inversão principiológica em sede de relações entre lei e convenção coletiva, com o consequente decesso do princípio do *favor laboratoris* ou da norma mais favorável. Começemos por transcrever esses dois artigos:

“Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I – pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II – banco de horas anual;

III – intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV – adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015;

V – plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI – regulamento empresarial;

VII – representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII – teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX – remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X – modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI – troca do dia de feriado;

XII – enquadramento do grau de insalubridade;

XIII – prorrogação da jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV – prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos e programas de incentivo;

XV – participação nos lucros ou resultados da empresa.

DOCTRINA

§ 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação.

§ 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

§ 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.

§ 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito.

§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos.

Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:

I – normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;

II – seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III – valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);

IV – salário mínimo;

V – valor nominal do décimo terceiro salário;

VI – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

VII – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

VIII – salário-família;

IX – repouso semanal remunerado;

DOCTRINA

X – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;

XI – número de dias de férias devidos ao empregado;

XII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XIII – licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;

XIV – licença-paternidade nos termos fixados em lei;

XV – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XVI – aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XVII – normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;

XVIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;

XIX – aposentadoria;

XX – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;

XXI – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

XXII – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;

XXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

XXIV – medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;

XXV – igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;

XXVI – liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;

XXVII – direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;

XXVIII – definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;

XXIX – tributos e outros créditos de terceiros;

XXX – as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.

Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.”

Que dizer? Particular atenção deverá ser dada, cremos, ao *caput* destes dois artigos. Assim, no *caput* do art. 611-A, lê-se que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, *entre outros*, dispuserem sobre as matérias dele constantes. Por seu turno, o art. 611-B determina que constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, *exclusivamente*, a supressão ou a redução dos direitos elencados nesse preceito.

Assim, utilizando esta técnica legislativa, o legislador brasileiro identifica no art. 611-A, mas em moldes meramente exemplificativos, não exaustivos (“entre outros”), um conjunto de matérias em que a contratação coletiva prevalecerá sobre a lei, ainda que a convenção ou o acordo coletivo estabeleça condições menos vantajosas, para os trabalhadores, do que as previstas na lei. Já no art. 611-B o legislador identifica, mas agora em moldes taxativos (“exclusivamente”), determinadas matérias em que veda qualquer supressão ou redução dos direitos reconhecidos, por lei, aos trabalhadores. Em termos de sistema, e independentemente da análise dos concretos direitos previstos nos arts. 611-A e 611-B, a regra, no Brasil, parece ser agora a mesma que, nesta matéria, vigora em Portugal: em princípio, a convenção ou o acordo coletivo poderão afastar a lei, poderão prevalecer sobre esta, inclusive no caso de estabelecerem regimes menos favoráveis para os trabalhadores. Tal poderá suceder, no Brasil, nos casos previstos no art. 611-A, mas não apenas nesses casos, visto que a lei ressalva o carácter meramente exemplificativo dessa enumeração. Excepcionalmente, vale dizer, nos casos previstos no art. 611-B – e, ao que parece, ao menos *prima facie*, exclusivamente nesses casos –, a lei constitui um obstáculo inultrapassável *in*

pejus pela contratação coletiva, visto que nessas matérias a lei proíbe qualquer supressão ou redução de direitos dos trabalhadores.

Em termos sistemáticos, pois, o enquadramento parece ser bastante semelhante em Portugal e no Brasil: o princípio é, hoje, o da natureza convênio-dispositiva ou coletivo-dispositiva das normas legais (seja as do CT português, seja as da CLT brasileira), as quais poderão ser transformadas em capital de negociação (e, enquanto tal, afastadas) pelos sujeitos da convenção ou acordo coletivo; há depois, em ambos os países, um conjunto de matérias (as previstas no artigo 3.º, n.º 3, do CT, e as previstas no art. 611-B da CLT) em que a lei mantém o seu tradicional carácter imperativo e inderrogável *in pejus*. Todavia, em ambos os países a regra de princípio consiste, agora, no carácter convênio-dispositivo das normas legais, aparecendo as normas imperativas como exceção, no confronto com a contratação coletiva²³.

A ideia que prevalece é, pois, dos dois lados do Atlântico, a de flexibilizar a norma legal, a de a tornar menos rígida em relação à autonomia coletiva, a de admitir que as partes transacionem sobre os direitos emergentes da lei. Diz-se: talvez, abdicando de certos direitos dos trabalhadores, ou aceitando a sua redução, os sindicatos consigam ver consagrados ou reforçados outros em sede negocial... Mas, a este propósito, também não deixa de ser sintomático, cremos, que o § 2º do art. 611-A se apresse a esclarecer que “a inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico”²⁴. Ou seja, e se bem lemos o preceito, a sua *ratio* pode até

23 Note-se que no Brasil, com a reforma trabalhista, o legislador vai ainda mais longe, dado que confere natureza supletiva à norma legal, nas matérias previstas no supracitado art. 611-A, firmando o princípio de que as relações de trabalho podem ser objeto de livre-estipulação das partes, ao nível do contrato individual de trabalho, quando se tratar de trabalhadores “hiperssuficientes”, isto é, trabalhadores com diploma escolar de nível superior e que auferam um salário mensal tido como elevado (igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, isto é, cerca de 11 mil reais). Neste caso, alega-se, tratar-se-á de profissionais disputados no mercado de trabalho e que, enquanto tal, possuirão um considerável poder de barganha, pelo que eles mesmos poderão negociar, com amplas margens de autonomia, as respetivas condições de trabalho. A este propósito, *vd.* a nova redação do art. 444 da CLT, em especial o parágrafo único deste artigo.

24 A lei tenta assegurar essa contrapartida nos casos previstos no § 3º, nos termos do qual “se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo”. Ou seja, se forem alterados *in pejus* os termos básicos da troca entre trabalho e salário, em que se traduz, na sua essência, o contrato de trabalho, seja porque se reduz o salário, seja porque se aumenta a jornada de trabalho (cremos, a este propósito, que existe um lapso na letra da lei, ao aludir a “cláusula que reduza o salário ou a jornada”, quando, parece, quer aludir à redução do salário ou ao *aumento* da jornada), então a lei exige que o instrumento coletivo preveja a proteção dos trabalhadores contra o despedimento imotivado. É uma contrapartida não negligenciável, sendo certo que, a nosso ver, tendo em conta o disposto no art. 7º, inciso I, da Constituição do Brasil, todos

ser a de permitir que a lei seja transformada em capital de negociação, para que se aceitem certos recuos em determinadas matérias a troco de avanços noutras matérias. Porém, se tal permuta não ocorrer, se o que houver forem, apenas, recuos, supressões ou reduções, tal não afetará o conteúdo da negociação nem a validade da convenção ou do acordo coletivo de trabalho assim celebrado. Se, todavia, alguma cláusula da convenção ou do acordo coletivo vier a ser anulada, logo o § 4º se apressa a esclarecer que, “quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito”.

Em todo o caso, também para os tribunais do trabalho a diretriz a observar, no exame do conteúdo da convenção coletiva ou do acordo coletivo, consiste no “princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”, como se infere da remissão efetuada pelo § 1º do art. 611-A para o novo § 3º do art. 8º da CLT, que vincula a Justiça do Trabalho, naquele exame, a analisar exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, nos moldes do art. 104 do Código Civil (agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa em lei), balizando a sua atuação pelo supramencionado “princípio da intervenção mínima na autonomia coletiva”. Nesta matéria – e, quiçá, não apenas nesta matéria – é, pois, para uma Justiça do Trabalho minimalista que a nova CLT apela...

Com efeito, a reforma trabalhista surge, claramente, na contramão do “ativismo” ou “popularismo” judicial, isto é, assenta no pressuposto de que os tribunais do trabalho têm tido posições maximalistas, indo além do disposto na lei e invadindo a esfera de competência do próprio legislador. Ora, sem querer entrar nesta polémica, sobre a qual não nos sentimos habilitados a opinar, resta saber se, após a reforma, não transitaremos do ativismo para o “passivismo judicial”, em matéria de Direito do Trabalho. O Direito do Trabalho dos nossos dois países sempre combinou, cremos, a promoção da autonomia coletiva com a existência de legislação forte, de caráter imperativo, e com uma atitude vigilante e enérgica dos tribunais do trabalho. Empobrecer o papel interpretativo e criativo dos tribunais e apelar, nesta sede, para um “princípio de intervenção mínima” não corresponde, na nossa opinião, ao código genético e à função primacial deste ramo do ordenamento jurídico²⁵.

os trabalhadores deveriam se beneficiar dessa proteção básica contra o despedimento arbitrário ou sem justa causa – a este respeito, permitimo-nos remeter para AMADO, João Leal. *A cessação do contrato de trabalho – uma perspectiva luso-brasileira*. São Paulo: LTr, 2017. p. 138 e ss.

- 25 Merece destaque, a este propósito, o novo § 2º do art. 8º da CLT, nos termos do qual “súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei”. Trata-se, a nosso ver, de um preceito estranho, pois, tanto quanto sabemos, ninguém hoje subscreve a tese de que o juiz deve ser uma simples “boca que apenas reproduz as palavras

Entretanto, há que tentar captar o sentido útil do disposto no novo § 3º do art. 8º da CLT. Como conjugá-lo, por exemplo, com o art. 611-B, que proíbe qualquer supressão ou redução dos direitos nele enunciados, por via de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho? Se alguma cláusula da convenção ou do acordo coletivo violar a proibição resultante deste art. 611-B, essa cláusula será, evidentemente, tida como nula pela Justiça do Trabalho, não se descortinando qualquer princípio de intervenção mínima na autonomia coletiva que a possa salvar. Dir-se-á, nestas hipóteses, que os elementos essenciais do negócio jurídico, requeridos pelo art. 104 do Código Civil, não estão presentes neste caso, pois o objeto da cláusula da convenção ou do acordo coletivo será ilícito, nos termos do *caput* do art. 611-B.

Em suma, em ambos os países o discurso da flexibilização normativa vem triunfando, com o conseqüente amolecimento da tutela legal e a inerente valorização da autonomia coletiva, agora dotada de amplos espaços regulativos *in pejus*²⁶. E isto, como é sabido, numa época histórica em que os sindicatos de trabalhadores atravessam, em ambos os países, uma assinalável crise de representatividade... Muda a missão da norma legal trabalhista, muda, inclusive, a função primacial da negociação coletiva: não se trata mais de fixar mínimos de tutela por via legal e de incrementar esses mínimos por via convencional; trata-se, isso sim, de estabelecer normas legais frouxas, em regra afastáveis *in pejus* por via negocial²⁷; e a convenção ou o acordo coletivo servem, em primeira linha, para salvaguardar e promover os interesses empresariais, mais do que os

da lei”, como dizia Montesquieu. Na verdade, encontra-se há muito metodologicamente superada a concepção segundo a qual o juiz deveria ser um mero “escravo da lei”. Já em 1952, Bockelmann expôs esta concepção nos seguintes termos: “O tribunal, ao aplicar o Direito, deve funcionar como um autômato, com a única particularidade de que o aparelho em função não é um mecanismo automático, mas um mecanismo lógico” (*apud* ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Trad. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 206). Ora, cremos que, por muito que a previsibilidade das decisões e a segurança jurídica sejam valores importantes, esta concepção puramente mecânica da atividade judiciária, que parece inspirar o novo § 2º do art. 8º da CLT, empobrece drasticamente a função do juiz – função interpretativa/integrativa e, nessa medida, sempre criativa – e deve ser metodologicamente rechaçada, no Direito do Trabalho como em qualquer outro ramo do ordenamento jurídico.

- 26 Pois, frise-se, é disso, e apenas disso, que se trata. Como bem observa Márcio Túlio Viana, “a questão é que a lei *sempre pôde* ser negociada, desde que *para cima*. Como o elevador de um prédio sem subsolo, a convenção coletiva só podia subir, ou, no mínimo, ficar onde estava. Assim, o que se quer, na verdade, é a possibilidade de negociar a lei *para baixo*. O elevador passaria a ter subsolos” (*70 anos de CLT: uma história de trabalhadores*. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2013. p. 125). Ora, dir-se-á, a partir da presente reforma trabalhista, o elevador passou mesmo a ter subsolos.
- 27 Em sentido muito crítico sobre esta reforma desconstrutora do trabalho e da sua proteção, considerando, outrossim, que a flexibilização por meio de negociação coletiva *in pejus* terá de observar apertados limites constitucionais, resultantes do disposto no art. 7º da Constituição Federal, *vd.* MENEZES, Cláudio Armando Couce. *Direito e trabalho – análise das reformas trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2017. p. 127-129.

DOCTRINA

interesses dos trabalhadores; e os próprios tribunais do trabalho deverão observar um “princípio de intervenção mínima” nesta matéria, afrouxando, também eles, o controle exercido sobre o conteúdo da convenção ou do acordo coletivo.

Talvez porque, como tantas vezes se diz, sem empresas não há emprego. O problema, porém, é que sem trabalhadores não há trabalho. E, cremos, ainda é o trabalho que, em última análise, produz riqueza e gera lucros para os titulares das empresas. E sem a garantia de trabalho digno, reconheça-se, não há qualquer possibilidade de construir uma sociedade decente.

LA REFORMA LABORAL EN MÉXICO Y SUS EFECTOS ECONÓMICOS

Luis Quintana Romero*
Blanca E. Garza Acevedo**

INTRODUCCIÓN

En 1 de diciembre de 2000, después de 71 años de gobernar consecutivamente, el Partido Revolucionario Institucional (PRI) inicia en México la alternancia política con la llegada a la presidencia del país de Vicente Fox (2000-2006). Fox, un empresario de la compañía Coca-Cola y proveniente de las filas de la derecha representada por el Partido Acción Nacional (PAN), logró concentrar el descontento popular de ese momento y llegar a la Presidencia de la República con un elevado nivel de popularidad. El Presidente Fox inició su gobierno con una elevada aprobación del 74% y concluyó su mandato con una porcentaje de solo el 45%. Pese a las expectativas generadas por el nuevo gobierno panista, sus resultados fueron muy limitados al centrarse en preservar la estabilidad macroeconómica propugnada por el gobierno anterior y sus logros reales estuvieron muy alejados de las promesas de campaña, en las que ofrecía tasas de crecimiento anuales del 7% y la creación de 1,300 mil nuevos empleos por año. Pese a la baja popularidad con la que culmina el período de gobierno de Fox, la sucesión presidencial fue muy disputada y los panistas estuvieron a punto de perder la elección ante el candidato de izquierda Andrés Manuel López Obrador. El panista Felipe Calderón es declarado como el nuevo presidente del país para el sexenio 2006-2012 en medio de un gran descontento popular y de graves acusaciones de fraude electoral. La diferencia de apenas medio punto porcentual con el candidato de izquierda, elevaron las sospechas de que la elección no había sido limpia, dudas a las que el propio presidente

* *Profesor titular en el Posgrado en Economía de la Facultad de Estudios Superiores Acatlán (Universidad Nacional Autónoma de México).*

** *Académica de la Universidad Panamericana en el área de economía.*

electo Calderón abonó al señalar, utilizando un lenguaje coloquial, que él había ganado la elección “haiga sido como haiga sido” (*sic*)¹.

Calderón se hizo del poder político del país con un nivel de aprobación relativamente muy bajo del 57%, lo cual le llevó a emprender medidas extremas para intentar ganar popularidad. El 8 de diciembre de 2006, con apenas unos días como presidente, Calderón anuncia la declaración de guerra en contra del narcotráfico. Ese día hace su anuncio vestido con un uniforme militar que visiblemente le quedaba grande y que a la postre los saldos de su lucha contra el narcotráfico permiten constatar que no solamente el uniforme le quedo grande, sino también el problema que buscaba enfrentar; a lo largo de su sexenio los cárteles de la droga se multiplicaron y el número de muertes violentas en el país alcanzó un record histórico que acumulaba más de 121 mil decesos ligados al narcotráfico y que incluso superaba a la violencia de países en guerra como Irak, Sri Lanka y Libia².

En medio de la escalada de violencia en el país, el gobierno del presidente Calderón encuentra terreno fértil para emprender también una ofensiva en contra de las expresiones más críticas a su gobierno, las cuales provenían principalmente del sindicalismo independiente. Aun y cuando el sindicalismo mexicano se había debilitado mucho a partir del ascenso del neoliberalismo a principios de los ochenta, aún sobrevivían sindicatos independientes en la industria eléctrica, la minería, la aviación y la educación que constituían un obstáculo a los planes del nuevo gobierno para llevar a cabo reformas a la Ley del Trabajo. El golpeteo a estos sindicatos tiene su caso más emblemático en el de los trabajadores agrupados en el Sindicato Mexicano de Electricistas (SME); el 10 de octubre de 2009 el presidente Calderón decreta la extinción de la Compañía de Luz y Fuerza del Centro y con ello da por concluida la relación laboral con más de 44 mil trabajadores, que en ese momento son echados a la calle y se resguardan las instalaciones de la empresa con la fuerza pública. Con este hecho se abonaba el camino para la privatización del sector eléctrico y para el impulso a la reforma laboral en México, ya que el sindicato electricista se había caracterizado históricamente por su independencia, apoyo a las luchas sociales como la de los zapatistas y los estudiantes, y su combatividad en contra de las reformas neoliberales (LÓPEZ DE LA VEGA et al., 2010).

1 Para quienes desconocen el habla popular del mexicano, decir “haiga” es una forma incorrecta de decir “haya” y se usa en el lenguaje popular. El presidente Calderón la utilizó para enfatizar que, pese a las acusaciones de fraude en su elección, nadie podría hacer algo para cambiar ese resultado.

2 Estos datos provienen de las estadísticas del Instituto Nacional de Estadística y Geografía de México y que fueron utilizados por la Procuraduría General de la República para brindar un informe al Congreso sobre la situación de la violencia en el país en marzo de 2014. La nota periodística se puede consultar en el diario Excelsior en: <<http://www.excelsior.com.mx/nacional/2014/03/12/948239>>.

Ante la debilidad del movimiento obrero, el retroceso de los movimientos sociales frente al neoliberalismo y la existencia de un contexto de miedo generado por los enfrentamientos entre narcos y fuerzas militares por todo el país, el presidente Calderón firmó en noviembre de 2011, un día antes de dejar el poder, el decreto de reforma a la Ley del Trabajo mexicana. Con ese acto se dio curso legal no a una reforma, sino a una contra reforma laboral que le devolvía a los empresarios lo que años de lucha obrera les había arrebatado (LÓYZAGA, 2013).

La reforma laboral mexicana y sus consecuencias para los trabajadores, deben verse como un laboratorio en el cual se pueden visualizar las consecuencias de los procesos de reforma en materia laboral que han comenzado a impulsarse en otros países de América Latina, como es el caso de Brasil y Argentina, en donde una nueva oleada de neoliberalismo más extremo busca profundizar en la flexibilización del mercado de trabajo.

En este trabajo revisamos el proceso de reforma laboral mexicana y sus consecuencias para los trabajadores y más allá de dar lecciones para otros países sirvan estas páginas para alertar sobre los efectos negativos de esta nueva embestida en contra de los derechos de los trabajadores en América Latina.

EL PROCESO DE APROBACIÓN EXPRES DE LA REFORMA

En 2000, al terminarse el sistema de gobierno de partido único en México, también disminuyó el poder y predominio del Presidente de la República para presentar iniciativas de ley. En este nuevo contexto, la Cámara de Senadores y la Cámara de Diputados se convirtieron en participantes más activos y podían operar como contrapesos de las iniciativas presidenciales, incluso éstas corrían el riesgo de no alcanzar mayoría (MONTES, 2006; GAMBOA Y VALDÉS, 2011).

Para evitar que se pudieran frenar las iniciativas del ejecutivo federal, en 2012 se aprobó una reforma al artículo 71 de la Constitución mexicana en el que se brindaba el marco legal para la existencia de la llamada “iniciativa preferente” por parte del ejecutivo del poder federal:

“El día de la apertura de cada periodo ordinario de sesiones el Presidente de la República podrá presentar hasta dos iniciativas para trámite preferente, o señalar con tal carácter hasta dos que hubiere presentado en periodos anteriores, cuando estén pendientes de dictamen. Cada iniciativa deberá ser discutida y votada por el Pleno de la Cámara de su origen en un plazo máximo de treinta días naturales. Si no fuere así, la iniciativa, en sus términos y sin mayor trámite, será el primer

asunto que deberá ser discutido y votado en la siguiente sesión del Pleno. En caso de ser aprobado o modificado por la Cámara de su origen, el respectivo proyecto de ley o decreto pasará de inmediato a la Cámara revisora, la cual deberá discutirlo y votarlo en el mismo plazo y bajo las condiciones antes señaladas.” (Artículo 71, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, 2017)

Al mismo tiempo que hacía llegar al Congreso su último informe de gobierno el 1 de septiembre de 2012, el presidente Calderón aprovechando el nuevo marco legal enviaba dos iniciativas preferentes; una para modificar la ley de contabilidad gubernamental y la otra para impulsar un proceso rápido de aprobación de la reforma laboral.

A fines de septiembre de 2012, con el 70% de los votos y en menos de dos horas, los diputados aprobaron el dictamen de la reforma laboral, teniendo en contra a la oposición de izquierda. Para principios de noviembre el senado la ratificaba para turnarla al presidente para su promulgación y el 30 de noviembre se publicaba en el Diario Oficial con lo cual oficialmente se convertía en la nueva normativa laboral para el país (SEGOB, 2012).

El beneplácito del sector empresarial ante la nueva reforma laboral quedó de manifiesto con la publicación, el día 18 de octubre de 2012, de un comunicado en los principales diarios de circulación nacional del país titulado *¿Avanzamos o seguimos dando vueltas?* y en el cual concluían las principales cámaras empresariales diciendo “apoyamos decididamente el proyecto de reforma laboral, sin enmienda ni modificación alguna” (Consejo Coordinador Empresarial, 2012).

De esta forma y en el breve plazo de no más de tres meses, el gobierno había conseguido modificar de manera sustancial, el marco legal sobre el cual se habían estructurado las relaciones laborales del país desde el año de 1970.

LOS PRINCIPALES AJUSTES A LA LEY DEL TRABAJO

La reforma laboral propuesta se limitó a buscar propiciar una mayor flexibilización del mercado de trabajo, centrándose en la reducción del costo salarial y en la precarización laboral, al permitir nuevas modalidades de contratación como la subcontratación, los períodos de prueba, los contratos de capacitación inicial y el trabajo de temporada (QUINTANA, 2003; QUINTANA, 2013; SALAS, 2012). A continuación se analiza lo que consideramos son los elementos centrales de la reforma laboral.

En el documento oficial de la reforma laboral se establecen de manera clara los siguientes cinco objetivos (STPS, 2010; SEGOB, 2012):

1. Acceso al mercado laboral y creación de empleos.
2. Transparencia y democracia sindical.
3. Fortalecimiento de las facultades normativas, de vigilancia y sancionadoras de las autoridades del trabajo.
4. Equidad de género, inclusión y no discriminación en las relaciones laborales.
5. Modernización de la justicia laboral.

Esos cinco objetivos definen el marco de temáticas sobre las cuales se buscaba transformar la Ley del Trabajo mexicana. En cada una de las temáticas planteadas se estructuraron cambios de fondo al sistema legal que a continuación describiremos con mayor detalle.

El primer cambio relevante en la nueva Ley del Trabajo se presenta en el artículo 2, al cual se incorpora el concepto de trabajo docente que ha sido promovido desde 1999 por la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1999).

“Se entiende por trabajo digno o decente aquél en el que se respeta plenamente la dignidad humana del trabajador; no existe discriminación por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales o estado civil; se tiene acceso a la seguridad social y se percibe un salario remunerador; se recibe capacitación continua para el incremento de la productividad con beneficios compartidos, y se cuenta con condiciones óptimas de seguridad e higiene para prevenir riesgos de trabajo.

El trabajo digno o decente también incluye el respeto irrestricto a los derechos colectivos de los trabajadores, tales como la libertad de asociación, autonomía, el derecho de huelga y de contratación colectiva.

Se tutela la igualdad sustantiva o de hecho de trabajadores y trabajadoras frente al patrón.”

La igualdad sustantiva es la que se logra eliminando la discriminación contra las mujeres que menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos humanos y las libertades fundamentales en el ámbito laboral. Supone el acceso a las mismas oportunidades, considerando las diferencias biológicas, sociales y culturales de mujeres y hombres” (Ley Federal del Trabajo, artículo 2, 2015, p. 1).

El principio de trabajo decente es una adecuación necesaria para cualquier nueva normativa laboral, sin embargo, no deja de ser mera declaratoria sin peso legal alguno, cuando se le mira a través del resto de las reformas establecidas en la nueva Ley Federal del Trabajo y que le contradicen al establecer figuras y modalidades laborales que poco tienen que ver con el trabajo digno o decente.

Aunque la Reforma Laboral provocó el cambio de alrededor de 38 modalidades y figuras laborales (GONZÁLEZ, 2013), consideramos que las más relevantes son las siguientes:

– Nuevas modalidades de contratación: contratos a prueba, de capacitación inicial y de temporada (artículos 25, 35, 39-A, 39-B, 39-C, 39-D y 39-E).

– Criterios para ocupar vacantes y ascender en el empleo: deja de ser relevante la antigüedad y se prioriza una mayor capacitación, aptitud y productividad (artículos 39-A, 153-A al 153-V, 154).

– La multihabilidad: los patrones asignaran a sus trabajadores tareas complementarias a su labor principal (artículo 56 *bis*).

– Regulación de la subcontratación u *outsourcing*: se definió la figura de “régimen de subcontratación laboral” (artículos 15-A, 15-B, 15-C y 15-D).

– Reducción de salarios vencidos: se limita la generación de salarios vencidos hasta por un periodo máximo de 12 meses (artículos 48, 50, 947).

– Salario por unidad de tiempo: pago por hora (artículos 83 y 85).

Las modificaciones planteadas en los artículos antes referidos de la nueva ley laboral mexicana establecen modalidades del trabajo que no contribuyen a su dignificación sino más bien a su flexibilización.

La flexibilización laboral se lleva a cabo a través de una desregulación del mercado de trabajo, la cual opera a través de la incorporación del *outsourcing*, la subcontratación y la casualización de las relaciones laborales, el debilitamiento de las organizaciones sindicales, cambios institucionales, cambios en la movilidad del capital y el trabajo, además de una mayor flexibilidad salarial (MONASTIRIOTIS, 2005).

De esta manera la reforma laboral mexicana se convierte en un instrumento de la flexibilización laboral, al incorporar modalidades de empleo más precarias como son la subcontratación, los contratos de prueba, de capacitación inicial y de temporada. Flexibiliza los salarios y da lugar a una reducción de los costos laborales a través de esas modalidades más precarias de trabajo, al legalizar el pago de salarios por hora, afectar el pago de salarios vencidos,

aceptar la realización de tareas complementarias a la labor principal del trabajador e impactar su movilidad al establecer nuevas formas de ascenso laboral.

En particular, la legalización de figuras como la subcontratación es una verdadera amenaza para los derechos laborales, al impedir que las empresas para las que realmente labora el trabajador sean emplazadas a juicio laboral por despido injustificado. Además es conocido que las empresas utilizadas en la subcontratación o terciarización representan una vía para la evasión fiscal. Los datos disponibles para el país indican que de 900 de esas empresas registradas, únicamente 100 de ellas están inscritas en el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y solo el 40% de las mismas paga impuestos. Por ello, México es visto como un paraíso fiscal para las empresas de subcontratación y ocupa el quinto lugar del *outsourcing* en América Latina (AMCPDF, 2016. <<http://amcpdf.org.mx/wp-content/uploads/2016/09/Outsourcing-3.pdf>>).

Ha sido tal la alarma en torno a la legalización del *outsourcing* en México que la propia Secretaría de Economía ha tenido que emitir una nueva norma, para evitar que se cometan abusos por dichas empresas. El proyecto de norma oficial para el *outsourcing* se registró a finales de 2016 y prevé que las empresas deben de cumplir con 120 puntos para obtener el distintivo de empresa certificada en terciarización y/o subcontratación. Entre los requisitos que se les pide a las empresas para obtener dicha certificación se les pide contar con registro patronal ante el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), estar inscrita en el Servicio de Administración Tributaria (SAT), acreditar la existencia de domicilio fiscal, demostrar que cuenta con los recursos materiales y humanos para prestar el servicio, entre otros muchos requisitos (Secretaría de Economía, 2016). La nueva norma, de ser aprobada, entraría en vigor en el año 2018, sin embargo, hay dudas de que tenga un carácter de obligatoriedad, así que podría ser eludida por las empresas de subcontratación.

En febrero de 2017 se oficializaron en el Diario Oficial de la Federación (2017) nuevos ajustes a la legislación laboral del país. En dichos ajustes se realizaron cambios a los artículos 107 y 123 de la Constitución Política de México que han regido por años el marco de justicia laboral en el país y nuevas modificaciones a la Ley Federal del Trabajo. Entre las principales modificaciones se destacan las siguientes:

– Nuevos criterios para declarar ilícita una huelga; bajo estos criterios se realizó una modificación al artículo 123 de la Constitución entre los que se encuentran que sí afecta servicios públicos y no se notificó con 10 días de anticipación a los tribunales laborales o cuando haya violencia generalizada

en contra de personas y propiedades la huelga será ilícita (artículo 123, A, 1, fracciones XVIII, XIX y XX).

– Desaparición de las Juntas de Conciliación y Arbitraje y su sustitución por tribunales laborales; tradicionalmente en México los conflictos laborales eran atendidos en juntas tripartitas, ahora esos conflictos tendrán que ser dirimidos en tribunales judiciales (artículos 107 y 123, fracción XX).

– Pago por enfermedad: se aprobó un dictamen que modifica la Ley Federal del trabajo, ahí se establece que ante enfermedad laboral los trabajadores en lugar de percibir el 100% de su salario solo obtendrán el 50%. Además se estableció que las tablas de enfermedades y de incapacidades permanentes sean modificadas por una comisión consultiva, lo cual abre la puerta para que sean los empresarios quienes determinen cuáles enfermedades son susceptibles de pago (Ley Federal del Trabajo, artículos 513, 515 y 515 *bis*).

Entre las nuevas modificaciones, un aspecto que se ha considerado positivo de las reformas es la desaparición de las Juntas de Conciliación y Arbitraje a través de una reforma al artículo 123 de la Constitución Política Mexicana en materia de justicia laboral, ya con ello se crea un nuevo organismo federal encargado de llevar a cabo el registro de los sindicatos y los contratos colectivos. Esta parte de la reforma brinda posibilidades para combatir la corrupción imperante en las Juntas de Conciliación, en las que se registraban sindicatos, blancos y de protección y se impedía el libre ejercicio de los derechos laborales de sindicalización. Sin embargo, también hay posiciones que advierten sobre el riesgo de que ello también abra la puerta a procesos judiciales más largos y costosos en los nuevos tribunales laborales.

Analizando de conjunto la Reforma Laboral mexicana se podría señalar que sus efectos primordiales están delimitados en la promoción de una mayor flexibilidad del mercado de trabajo. Siendo, por lo tanto, su efecto principal una mayor contracción del costo salarial, lo cual ante el progresivo deterioro de los salarios en México impactará negativamente a la demanda interna y al mercado doméstico.

La Reforma Laboral flexibiliza drásticamente las condiciones de despido y contratación, por lo que el gobierno sigue aplicando la máxima de “que todo cambia para seguir igual”, ya que como afirma Salas (2012) las causas del desempleo y bajos salarios no están en esos factores sino en la baja capacidad de crecimiento del país.

A continuación se presentan algunos datos que pueden ilustrar las tendencias en los cambios generados por la Reforma Laboral en el mercado de trabajo mexicano.

LA REFORMA LABORAL Y SUS EFECTOS ECONÓMICOS

En julio de 2017, el Presidente mexicano Enrique Peña Nieto lanzó un spot publicitario en televisión, en el cual se jactaba de que en tan solo cuatro años de su gobierno se habían creado 2.8 millones de empleos formales con beneficios sociales. Incluso señala en el mismo video publicitario que su gobierno debe ser considerado “el sexenio del empleo”, ya que al contrastar históricamente, el empleo nunca había alcanzado tal magnitud con otros gobiernos³.

La primer duda que salta a la vista de cualquier estudioso del tema laboral es cómo una economía que a lo largo de más de treinta años sólo ha crecido a una tasa anual promedio del 2.5% puede crear tales montos de nuevos puestos de trabajo.

En México, como ya hemos señalado antes, se ha impulsado desde principios de los años ochenta una estrategia de corte neoliberal que hasta la fecha sigue siendo la base de la política económica del país. El resultado principal de esa estrategia ha sido el lento crecimiento económico, la precarización de la fuerza de trabajo y una mayor pobreza. Recientes datos de la Comisión Económica para América Latina (2016) señalan la desigualdad en México resulta muy superior a la media regional; mientras la economía mexicana sólo creció a una tasa de 2.6% entre 2004 y 2014, la riqueza se incrementó en 7.9% para esos mismos años y el 10% de las familias más ricas del país concentraron dos terceras partes de todos los activos físicos y financieros. Para abonar a esa información, los datos más recientes de la Encuesta de Ingreso y Gasto de los Hogares aplicada por el gobierno mexicano en 2016 muestran que los tres deciles más altos concentran el 63% del ingreso y los tres deciles más bajos solo el 9%; los ingresos del decil X son 23.5 veces mayores que los del decil I (INEGI, 2017).

En el cuadro 1 se presentan las tasas de crecimiento por períodos en la economía mexicana, en ellas se observa que en ningún período se ha logrado volver a replicar la elevada dinámica de crecimiento que se tuvo en el período de industrialización del país de 1940 a 1970. En los años posteriores, sobre todo a partir de los años ochenta cuando inician las reformas neoliberales, el

3 El mensaje se puede ver en YouTube en la siguiente dirección: <<https://www.youtube.com/watch?v=ZMNo-Nn5dUs>>.

crecimiento se vuelve más lento y se consolida un sector exportador vinculado a la economía de los Estados Unidos, pero a costa del rompimiento de las cadenas productivas nacionales, la desintegración de la capacidad productiva de los sectores primario y secundario, la emergencia de un gran sector terciario informal, de la precarización del trabajo y de una mayor desigualdad en el ingreso (ROJAS Y SALAS, 2008).

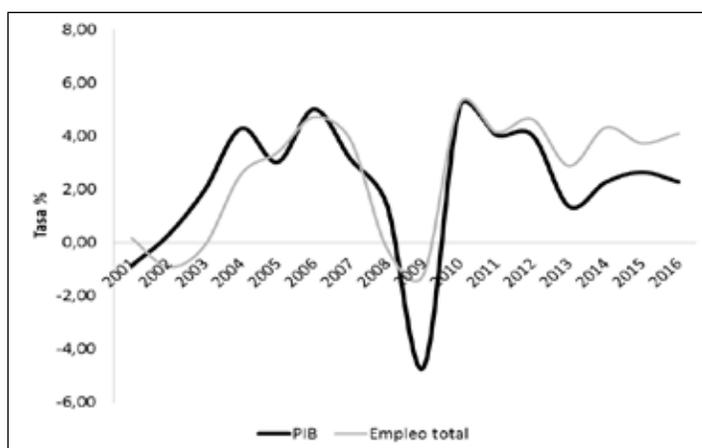
Cuadro 1 – Tasa anual media de crecimiento de la economía mexicana

Periodo	Tasa %
1940-1970	6.2
1970-1985	2.5
1985-1994	2.0
1994-2012	2.5
2012-2016	2.1

Fuente: INEGI, Banco de Información Económica.

En otro trabajo ya hemos reconocido que aún es temprano para poder realizar una evaluación integral de los resultados de la reforma laboral mexicana (QUINTANA, 2016). Sin embargo, con los datos disponibles hasta estos momentos es posible señalar algunos de los aspectos críticos que tiene la Reforma Laboral. Para lo cual, a continuación se muestran datos provenientes de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE) y de los registros de asegurados del principal instituto de seguridad social en el país, el IMSS, intentando comparar el período pre y post reforma laboral.

Figura 1 – Evolución de la producción y el empleo en México 2000-2016 (tasas %)

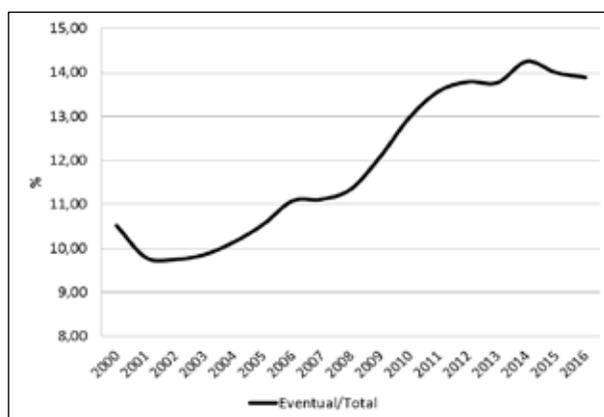


Fuente: Elaboración propia con datos del INEGI y del IMSS.

En la figura 1 se puede apreciar la evolución en el tiempo del Producto Interno Bruto del país y de los trabajadores permanentes y eventuales registrados en el IMSS. El primer dato relevante es que justo después de 2012, con la puesta en marcha de la reforma laboral, se abre una enorme brecha entre el crecimiento del producto y el crecimiento del empleo; entre 2012 y 2016 el PIB crece en 2.5% promedio, mientras que el empleo lo hace en 3.9%.

La cuestión es dilucidar qué tipo de empleo es el que se está generando en la economía, sin que dicho empleo dependa de la capacidad de crecimiento del país. Para responder a esa cuestión, en la figura 2 se muestra la evolución del empleo eventual y permanente, en donde se aprecia que durante el período de reforma laboral se mantiene y profundiza la tendencia al crecimiento del empleo eventual en México; en 2012 el empleo eventual representa el 13.79% del total, en 2014 alcanza su mayor participación con 14.25% para cerrar en 2016 con una tasa de 13.89%. Esto significa que hay un fuerte crecimiento en el país de un tipo de empleo más precario como lo es el eventual.

Figura 2 – Participación del empleo eventual entre el total 2000-2016 (%)



Fuente: Elaboración propia con datos del IMSS.

Adicionalmente al crecimiento del empleo más precario como lo es el eventual, los datos de creación de empleo a los que hace referencia el Presidente de la República son los del Instituto Mexicano del Seguro Social y en ellos es imposible saber cuántos de esos puestos de trabajo son realmente nuevos.

En julio de 2013 el gobierno mexicano impulsó un programa para la formalización del empleo, el cual buscaba facilitar el tránsito de los empleos informales a un esquema de formalidad. El programa de formalización se apuntaló con estímulos fiscales a las empresas que transitan de la informalidad

a la formalidad (Diario Oficial, 2014). En México la ocupación informal comprende a cerca del 60% de los trabajadores del país. Es complicado determinar en los datos de creación de empleo cuántos de esos trabajadores informales han transitado a la formalidad y por ello es difícil establecer cuántos de los puestos de trabajo creados son realmente nuevos puestos de trabajo.

Para conocer de manera más detallada lo que ha ocurrido con el empleo y los salarios, a continuación se presenta información de la estructura ocupacional del país. En el cuadro 2, los datos sobre la posición en el empleo indican que el trabajo por su cuenta y el trabajo sin pago han disminuido ligeramente, mientras que el trabajo asalariado ha incrementado su participación después de la reforma laboral en poco más de cuatro puntos porcentuales al representar en 2016 el 68% de la ocupación total. Sin embargo, debe considerarse que esa tendencia al incremento del trabajo asalariado y la reducción de las modalidades de trabajo por su cuenta y sin pago ya venía ocurriendo desde el 2005 aun antes de la reforma laboral. Por los datos que ya hemos examinado en la figura 1, lo novedoso del asunto es que el crecimiento del empleo asalariado, después de 2012, se ha dado en modalidades de contratación asalariadas pero más precarias.

Cuadro 2 – Posición en la ocupación 2005-2006 (porcentajes)

<i>Año</i>	<i>Empleadores</i>	<i>Trabajadores por su cuenta</i>	<i>Trabajadores asalariados</i>	<i>Trabajadores sin pago</i>
2005	4.73	23.69	64.41	7.17
2012	4.56	21.94	64.21	5.97
2016	4.42	22.34	68.34	4.89

Fuente: Elaboración propia con datos de la ENOE.

Ha sido ampliamente estudiado que en el caso mexicano son las microempresas, de no más de diez trabajadores, las que generan la mayor parte del empleo en el país. También se ha documentado que ese tipo de empresas se caracterizan por presentar una mayor precarización laboral (SALAS, 2003). En el cuadro 3 se observa que, de cada 100 empleos existentes en el país, 61 se encuentran en ese tipo de empresas. Al considerar de manera dinámica los incrementos en los puestos de trabajo, se constata que son las microempresas las que más contribuyen a la generación de nuevos empleos; después de la reforma laboral, el 51% de los nuevos puestos de trabajo se crearon en dichas empresas.

Según Salas (2003), las microunidades tienen un doble papel en la economía: por un lado absorben un número considerable de trabajadores y, por otro lado, generan mercancías baratas para los grupos de menores ingresos.

DOCTRINA

Al cumplir esa doble función fungen como un amortiguador anti-cíclico de la economía y mantienen condiciones de productividad e ingresos muy precarias.

Cuadro 3 – Ocupación por tamaño de empresa

<i>Tamaño*</i>	<i>2005</i>	<i>2012</i>	<i>2016</i>	<i>Incremento</i>	
				<i>2012-2005</i>	<i>2016-2012</i>
Micro	24,521,924	25,000,999	25,323,066	479,075	322,067
Pequeña	5,899,764	6,108,068	6,154,578	208,304	46,510
Mediana	3,858,180	3,998,312	4,052,599	140,133	54,286
Grande	5,249,519	5,457,593	5,672,338	208,074	214,745
Total	39,529,387	40,564,972	41,202,580	1,035,585	637,608

Micro hasta 10 trabajadores, pequeña de 11 a 50, mediana de 51 a 250, grande más de 250.

Fuente: Elaboración propia con datos de la ENOE.

Otro elemento que permite caracterizar los nuevos puestos de trabajo que se han estado generado en el país después de la reforma laboral es el tipo de contrato. En los datos del cuadro 4 es posible constatar que las microempresas se caracterizan por el hecho de que la inmensa mayoría de sus trabajadores no cuentan con un contrato por escrito. En 2005 el 76.7% de los trabajadores que no contaban con contrato por escrito laboraban en las microempresas, en 2012 ese porcentaje se había incrementado al 81.6% de los trabajadores y en 2016, cuatro años después de la reforma laboral, ese porcentaje aumentaba ligeramente al 82.2%. No es un problema menor el hecho de que los trabajadores no cuenten con contrato, ya que dicho instrumento legal constituye la base para que los trabajadores tengan derechos y puedan exigirlos.

Cuadro 4 – Tipo de contrato por tamaño 2005-2016 (porcentajes)

<i>Año</i>	<i>Tamaño</i>	<i>Temporal</i>	<i>Base, planta, tiempo indefinido</i>	<i>Sin contrato</i>
2005	Micro	12.31	12.26	76.66
	Pequeña	30.32	28.19	15.03
	Mediana	26.60	22.79	5.14
	Grande	30.77	36.76	3.17
	Total	100.00	100.00	100.00
2012	Micro	12.79	12.34	81.61
	Pequeña	30.29	29.02	12.64
	Mediana	25.15	22.96	3.69
	Grande	31.78	35.68	2.06
	Total	100.00	100.00	100.00

DOCTRINA

<i>Año</i>	<i>Tamaño</i>	<i>Temporal</i>	<i>Base, planta, tiempo indefinido</i>	<i>Sin contrato</i>
2016	Micro	13.18	11.68	82.21
	Pequeña	32.36	29.35	12.41
	Mediana	25.21	23.01	3.47
	Grande	29.25	35.96	1.91
	Total	100.00	100.00	100.00

Fuente: Elaboración propia con datos de la ENOE.

Sin lugar a dudas, la principal problemática que enfrentan los trabajadores en el proceso de precarización detonado después de la reforma laboral ha sido el deterioro de sus ingresos reales. De acuerdo con la información de la Encuesta de Ocupación, en el 2005 los trabajadores asalariados ganaban mensualmente en términos reales \$5,405 pesos (\$479 dólares), para el 2016 ese monto era de solo \$4,836 pesos (\$262 dólares). En el caso de los trabajadores por su cuenta sus salarios son más bajos que los de los asalariados, en el 2016 percibían mensualmente en términos reales \$3,888 pesos (\$344 dólares) y en el 2016 su ingreso era de \$3,888 pesos (\$183 dólares). En el cuadro 5 se pueden observar los datos del ingreso mensual real a los que hemos hecho referencia, ahí también es posible observar que los salarios por hora han tendido también a caer en términos reales después de la reforma laboral.

Cuadro 5 – Ingreso real mensual y por hora (pesos constantes de 2010)

<i>Ingreso mensual</i>	<i>2005</i>	<i>2012</i>	<i>2016</i>
Trabajadores por su cuenta	3888.25	3474.83	3388.63
Asalariados	5405.25	4908.73	4835.91
<i>Ingreso por hora</i>	<i>2005</i>	<i>2012</i>	<i>2016</i>
Trabajadores por su cuenta	27.26	27.49	27.36
Asalariados	30.66	28.33	27.47

Fuente: Elaboración propia con datos de la ENOE.

En el cuadro 6 se muestran los datos del ingreso mensual ahora clasificados por género, es notorio que los salarios reales se deterioran tanto para hombres como para mujeres en cerca de diez puntos porcentuales en todo el período. Sin embargo, el deterioro es mayor para mujeres después de la reforma laboral; los ingresos reales promedio de los hombres disminuyen en 1.4%, en tanto que el de las mujeres lo hace en 2.9 para el período 2012 a 2016. Ese comportamiento del ingreso ha contribuido a profundizar la brecha salarial entre hombres y mujeres; en 2012 una mujer que trabajaba por su cuenta percibía el

DOCTRINA

62% del salario mensual de un hombre, para 2016 ya solamente ganaba el 61%. Lo mismo ocurre en el caso de una mujer asalariada, en 2012 percibía el 86% del ingreso mensual de un hombre y para 2016 obtenía únicamente el 85%.

Cuadro 6 – Ingreso por género

	2005		2012		2016	
	Hombre	Mujer	Hombre	Mujer	Hombre	Mujer
Trabajador por su cuenta	4,568.92	2,814.16	4,184.78	2,603.97	4,112.77	2,515.18
Asalariado	5,744.32	4,820.74	5,178.72	4,450.98	5,121.91	4,348.93

Fuente: Elaboración propia con datos de la ENOE.

Un elemento más que contribuye a elevar la precarización del trabajo, ha sido la reducción de la protección sindical. Aunque en México dicha protección ya se había reducido sustancialmente desde mediados de los años ochenta, con el avance de las reformas neoliberales y los procesos de privatización emprendidos en ese tiempo, su descenso ha continuado con la reforma laboral. De acuerdo con los datos del cuadro 7 es posible constatar que en 2005 únicamente estaban sindicalizados el 16.9% de los trabajadores del país, para el año 2016 ese porcentaje era de solo 12.8%.

Cuadro 7 – Trabajadores sindicalizados y no sindicalizados 2005-2015 (porcentajes)

	2005	2012	2016
Sindicalizados	16.91	14.10	12.80
No sindicalizados	83.09	85.90	87.20
Total	100	100	100

Fuente: Elaboración propia con datos de la ENOE.

En síntesis, lo que se puede observar en el mundo del trabajo después de la reforma laboral es una continua caída salarial, el aumento del empleo en microunidades con malas condiciones laborales y sin contratos por escrito, además del incremento de la brecha salarial por género y una mayor reducción de la tasa de sindicalización. Todos esos elementos retroalimentan la ya de por sí elevada precarización laboral existente en el país.

CONSIDERACIONES FINALES

La reforma laboral mexicana es una reforma de corte neoliberal, por lo cual su preocupación central ha sido el impulso a la flexibilización laboral,

sobre todo en cuanto a los costos salariales. Pese a que el gobierno ha estado señalando que el mayor logro hasta ahora de la reforma es la creación de nuevos empleos, los datos disponibles permiten señalar que si bien se ha creado más empleo éste es más precario.

La mayor precarización laboral, después de la puesta en marcha de la reforma laboral, se expresa claramente en el mayor crecimiento del empleo en microempresa de menos de diez personas, las cuales se caracterizan por contar con las peores condiciones de trabajo del país. En dichas empresas no hay contratos por escrito, hay una gran cantidad de trabajo temporal y no existe la sindicalización.

Pero sobre todo, la reforma laboral se ha convertido en el medio por el cual se ha consolidado en México una estrategia de control salarial, por medio de la cual se ha buscado mantener de forma artificial la competitividad empresarial ofreciendo mano de obra barata a los grandes inversionistas. La reforma laboral no ha podido cambiar la caída que desde hace más de treinta años sufren los ingresos reales de los trabajadores del país.

Tampoco la reforma laboral ha sido capaz de hacer cumplir lo que en su declaratoria de trabajo digno en la nueva Ley Federal del Trabajo señala con relación a la eliminación de la discriminación contra las mujeres; las mujeres no solamente siguen ganando menos que los hombres sino además esa brecha de género se ha ampliado pese a la reforma laboral. En esencia la reforma laboral mexicana contraviene la declaratoria de trabajo digno al legalizar modalidades de trabajo que deberían estar sancionadas, como lo es el *outsourcing* o subcontratación y los contratos de prueba entre otras modalidades que a la fecha han sido autorizadas.

En conclusión, la reforma laboral mexicana no atiende los problemas de fondo del país y de sus trabajadores, se suma a las reformas neoliberales que ya se emprenden en otros países de América Latina y que las autoridades del trabajo de esas latitudes deberían de mirar el caso mexicano con preocupación y como una señal de alerta antes de decidir emprender el mismo camino. Es necesario pensar e impulsar un nuevo marco de reformas verdaderamente progresistas, en las que se atienda de manera real la aspiración de trabajo decente o digno que en las reformas neoliberales de hoy en día no es más que letra muerta.

REFERÊNCIAS

AMCPDF (2016). *Outsourcing*: implicaciones fiscales y reforma laboral en México, consultado en: <<http://amcpdf.org.mx/wp-content/uploads/2016/09/Outsourcing-3.pdf>>.

CEPAL (2016). *Panorama Social de América Latina 2016*. Documento Informativo, Naciones Unidas CEPAL.

CONSEJO COORDINADOR EMPRESARIAL (2012). *¿Avanzamos o seguimos dando vueltas?*, comunicado consultado en: <http://www.cce.org.mx/wp-content/uploads/2014/07/Avanzamos_o_seguimos_dando_vueltas.pdf>.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN (2014). *Decreto por el que se otorgan beneficios fiscales a quienes tributen en el Régimen de Incorporación Fiscal*, consultado en: <http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5359611&fecha=10/09/2014>.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN (2017). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, consultada en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240217.pdf>.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN (2017). *Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de los artículos 107 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Justicia Laboral*, DOF 24 de febrero, consultado en: <http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5472965&fecha=24/02/2017>.

ENOE – Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo. INEGI, México, consultada en: <<http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/enchogares/regulares/enoe/>>.

EXCELSIOR (2014). Consultado en: <<http://www.excelsior.com.mx/nacional/2014/03/12/948239>>.

GAMBOA MONTEJANO, Claudia; VALDÉS ROBLEDO, Sandra (2011). *Iniciativa preferente: Estudio conceptual, antecedentes, iniciativas presentadas en la LIX, LX y LXI Legislaturas y Derecho Comparado*, consultado en: <<http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ISS-19-11.pdf>>.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, José de Jesús (2013). *Reforma laboral: algunos apuntes para el análisis legislativo*. Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública. Documento de Trabajo núm. 148, consultado en: <[https://www.google.com.mx/search?q=9.+Gonz%C3%A1lez+Rodr%C3%ADguez%2C+Jos%C3%A9+de+Jes%C3%BA+\(2013\)%2C+Reforma+Laboral%3A+Algunos+apuntes+para+el+an%C3%A1lisis+legislativo&rlz=1C1OPRB_enMX561MX561&oq=9.+Gonz%C3%A1lez+Rodr%C3%ADguez%2C+Jos%C3%A9+de+Jes%C3%BA+\(2013\)%2C+Reforma+Laboral%3A+Algunos+apuntes+para+el+an%C3%A1lisis+legislativo&aqs=chrome..69i57.451j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com.mx/search?q=9.+Gonz%C3%A1lez+Rodr%C3%ADguez%2C+Jos%C3%A9+de+Jes%C3%BA+(2013)%2C+Reforma+Laboral%3A+Algunos+apuntes+para+el+an%C3%A1lisis+legislativo&rlz=1C1OPRB_enMX561MX561&oq=9.+Gonz%C3%A1lez+Rodr%C3%ADguez%2C+Jos%C3%A9+de+Jes%C3%BA+(2013)%2C+Reforma+Laboral%3A+Algunos+apuntes+para+el+an%C3%A1lisis+legislativo&aqs=chrome..69i57.451j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8)>.

INEGI (2017). *Resultados de una nueva serie de la encuesta nacional de ingresos y gastos de los hogares (ENIGH) 2016*, comunicado de prensa núm. 392/17, consultado en: <http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2017/enigh/enigh_08.pdf>.

LEY FEDERAL DEL TRABAJO (2015). H. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.

LÓPEZ DE LA VEGA, Mariana; MODONESI, Massimo; MUNGUÍA GALEANA, Fernando; OLIVER, Lucio (2010). “La lucha del Sindicato Mexicano de Electricistas” en *OSAL*, Buenos Aires: CLACSO, año XI, nº 27, abril, consultado en: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/osal/osal27/11Modonesi.pdf>>.

LÓYZAGA DE LA CUEVA, Octavio Fabián (2013). Los grandes retrocesos de la reforma laboral, *El Cotidiano*, núm. 178, marzo-abril, p. 45-51, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco, México.

DOCTRINA

MONASTIRIOTIS, Vassilis (2005). *Labour market flexibility in the UK: regional variations and the role of global/local forces, economic and industrial democracy & 2005*, SAGE, London, Thousand Oaks and New Delhi, Vol. 26(3): 443–477. DOI: 10.1177/0143831X05054743.

MONTES NANNI, E. Carlos (2006). *La iniciativa preferente y el referéndum*, consultado en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3198/5.pdf>>.

OIT (1999). *Memoria del Director General: Trabajo decente*, consultado en: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>>.

QUINTANA ROMERO, Luis (2013). El salario mínimo del miedo: México y la región latinoamericana en el contexto de la reforma laboral, Seminario de Análisis Regional y Estudios espaciales (2012). *Ciudades y Regiones*, Boletín # 1, Noviembre-Diciembre, México (<www.saree.com.mx/unam>).

QUINTANA ROMERO, Luis (2016). Crisis neoliberal y reforma laboral en México, p. 113-124, *Revista Cuadernos del CENDES*, año 33, no. 93, Centro de Estudios del Desarrollo, Cendes, de la Universidad Central de Venezuela.

ROJAS, Georgina; SALAS, Carlos (2008). La precarización del empleo en México, 1995-2004, *Revista Latinoamericana de Estudios del Trabajo*, p. 39-78.

SALAS, Carlos (2003). “Trayectorias laborales entre el empleo, el desempleo y las microunidades en México”. *Papeles de Población*, año 9, núm 38, Octubre-Diciembre, p. 159-194.

SALAS, Carlos (2012). Un paso adelante y seis atrás: los cambios en la Ley Federal del Trabajo, Seminario de Análisis Regional y Estudios espaciales (2012). *Ciudades y Regiones*, Boletín # 1, Noviembre-Diciembre, México (<www.saree.com.mx/unam>).

SECRETARÍA DE ECONOMÍA (2016). Proyecto de Norma Mexicana PORY-NMX-R-086-SCFI-2016, *Diario Oficial de la Federación*, 12 de junio, consultado en: <http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5464155&fecha=06/12/2016>.

SEGOB (2012). *Diario Oficial de la Federación*, 30 de noviembre, Secretaría de Gobernación.

O TELETRABALHO NA PERSPECTIVA DA REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA E DO DIREITO COMPARADO

Manoel Carlos Toledo Filho*

1 – INTRODUÇÃO

A recente Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, que materializou no *plano jurídico* aquilo que na *esfera política* se convencionou denominar de “reforma trabalhista”, trouxe *modificações impactantes* no ordenamento jurídico laboral nacional.

As duas transformações que, a nosso juízo, podem ser consideradas de *maior magnitude*, têm a ver com o *nível de abrangência da negociação coletiva* e com os *parâmetros de dimensionamento da jornada de trabalho* do empregado.

Nesta oportunidade, procederemos a um *primeiro exame* de um dos *desdobramentos* do segundo ponto acima, a saber, aquele relacionado ao *teletrabalho*, buscando analisar o conteúdo específico de cada qual dos novos artigos a tal respeito ora adicionados à CLT, trazendo, outrossim, algumas referências correlatas existentes no âmbito do direito comparado, notadamente no tocante aos ordenamentos espanhol, mexicano e português, que, aliás, também foram objeto de recentes reformas nos últimos anos.

2 – A RAIZ FÁTICA DO TEMA: O TRABALHO A DOMICÍLIO

À época da edição das primeiras normas disciplinadoras do trabalho em regime de dependência (*rectius*: subordinado), o local da prestação de serviços ordinariamente coincidia com a sede da empresa ou do estabelecimento patronal.

* *Desembargador-diretor da Escola Judicial do Tribunal Regional da 15ª Região; bacharel, mestre e doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo; membro efetivo das Associações Argentina e Uruguia de Direito do Trabalho e da Seguridade Social.*

Isso era estimulado pelo próprio caráter centralizador do método de produção, que agregava ou chamava para si todas as etapas da fabricação do produto: quase nada se descentralizava. Neste contexto, o trabalhador sujeitava-se naturalmente ao *poder de comando direto* do empregador, de quem recebia habitual e rotineiramente *ordens múltiplas e presenciais*.

Bem por isso, quando do surgimento do trabalho a domicílio, o primeiro entrave ou escolho conceitual a vencer-se tinha a ver com a configuração, ou não, de uma típica relação de emprego se e quando fosse utilizada tal figura¹. Gradativamente, porém, as legislações especializadas foram consolidando a percepção de que, desde que se tratasse de uma prestação de serviços de índole subordinada, seria, a rigor, indiferente o local de sua consecução para efeito de incidência das normas específicas de proteção. No caso do Brasil, tal percepção foi plasmada no art. 6º da CLT, que, em sua redação original, estabelecia não haver distinção entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que estivessem presentes os requisitos informadores da relação de emprego.

O trabalho a domicílio caracteriza-se, dentre outros atributos, por, supostamente dispensando uma vigilância, controle ou proximidade do empregador, focar no resultado ou no produto da atividade a ser realizada pelo empregado. Na precisa síntese do doutrinador mexicano Néstor de Buen, nesta modalidade de labuta “los resultados del trabajo son objeto de especial atención”².

Relacionado inicialmente a necessidades³, atividades ou profissões algo restritas – das quais as costureiras são o *ejemplo clásico*⁴ –, o trabalho a domicílio ganhou amplitude, na medida em que, de um lado, o avanço da tecnologia tornava mais fácil ou dinâmica a sua realização e, de outro, crescia a dificuldade de acesso ou deslocamento ao centro empresarial⁵. A ampla

1 Como afirma Gustavo Gauthier, “muchos años y esfuerzo demandó al juslaboralismo en el siglo pasado, construir la idea de que podía existir subordinación aún en aquellos supuestos en que la prestación de trabajo se realizaba a distancia, fuera del establecimiento del empleador” (*Teletrabajo: introducción al estudio del régimen jurídico laboral*. Montevideo: FCU, 2006. p. 33).

2 DE BUEN, L. *Derecho del trabajo*. Tomo II. 19. ed. México: Editorial Porrúa, 2005. p. 509.

3 Na sempre valiosa lição de Alice Monteiro de Barros, “o trabalho a domicílio tem sido alternativa para a mulher com responsabilidades familiares, que enfrenta dificuldades em conseguir emprego em tempo parcial e não conta com uma infraestrutura doméstica e social que lhe permita manter os filhos em casa ou em berçários e creches” (*Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 325).

4 “En nuestro país, y parece que es un fenómeno universal, el trabajo a domicilio se presta por mujeres que realizan, fundamentalmente, trabajos de confección. La industria textil, una de las más extendidas, ha integrado formas de auténtica explotación de ese tipo de trabajo.” (DE BUEN, *op. cit.*, p. 509)

5 “O trabalho a domicílio, que de início se limitava ao setor industrial, com o passar dos anos acabou por se estender também ao setor de serviços, em atividades como a preparação de publicidade, a mecanografia, a revisão de originais, a tradução de textos e a informática.” (BARROS, *op. cit.*, p. 321)

disseminação desta modalidade de labor é comprovada através da adoção, pela Organização Internacional do Trabalho, de uma Convenção específica a respeito, a saber, a de número 177, que foi aprovada em 1996 e teve vigência a partir de abril de 2000⁶.

Para Néstor de Buen, as principais dificuldades específicas relativas ao trabalho a domicílio seriam: o isolamento do trabalhador, a carência de organização sindical e a quase inexistência de atuação efetiva dos órgãos administrativos de inspeção laboral, tudo isso podendo facilmente conduzir, na prática, a uma exploração desmedida do empregado⁷. De outro lado, esta modalidade de prestação de serviços teria como vantagens a economia de tempo para o trabalhador, o que lhe possibilitaria incrementar sua produtividade, ademais do virtual fortalecimento dos vínculos familiares.

Como se verá a seguir, estas mesmas características foram, em maior ou menor medida, intuitivamente transpostas para a figura do que hoje se denomina ou se conhece por *teletrabalho*.

3 – TELETRABALHO OU TRABALHO A DISTÂNCIA: A FACE CONTEMPORÂNEA DO TRABALHO A DOMICÍLIO

Parece bastante claro que o teletrabalho consubstancia uma *genuína derivação* da figura tradicional do trabalho a domicílio⁸. Aliás, um exame superficial

-
- 6 Disponível em: <<http://www.ilo.org/>>. Acesso em: 27 jul. 2017. Conquanto tal convenção tenha sido ratificada por apenas 10 países (dentre os quais não está o Brasil), vale a pena conferir a redação de seu artigo 1º, que a seguir se reproduz, na versão oficial em idioma espanhol: “Art. 1. A los efectos del presente Convenio: (a) la expresión *trabajo a domicilio* significa el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza: (i) en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador; (ii) a cambio de una remuneración; (iii) con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales; (b) una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará trabajador a domicilio a los efectos del presente Convenio por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual; (c) la palabra *empleador* significa una persona física o jurídica que, de modo directo o por conducto de un intermediario, esté o no prevista esta figura en la legislación nacional, da trabajo a domicilio por cuenta de su empresa”.
- 7 *Op. cit.*, p. 509: “El principal argumento en contra del trabajo a domicilio se encuentra en que por su clandestinidad, difícilmente puede ser objeto de un control eficaz, lo que evidentemente se presta a la explotación desmedida de quienes lo ejecutan, por parte de sus patrones”.
- 8 Segundo Gustavo Gauthier, o teletrabalho desenvolvido no domicílio do empregado seria mesmo a “forma clássica de teletrabalho” (*op. cit.*, p. 22).

dos ordenamentos positivos que cuidam do tema já denuncia claramente tal fato⁹, fazendo-o inclusive de uma maneira que se poderia classificar como *didática*.

Assim é que, na CLT, a redação conferida ao seu art. 6º pela Lei nº 12.551, de 2011¹⁰, expressamente iguala o trabalho executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, esclarecendo, ainda, em seu parágrafo único, que 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”.

Idêntico fenômeno se passa no âmbito do Direito Laboral mexicano, no qual a redação atual conferida ao artigo 311 da Lei Federal do Trabalho prescreve que será considerado trabalho a domicílio aquele realizado a distância mediante a utilização de tecnologias de informação e comunicação¹¹. Tal também se passou na Espanha¹², onde o artigo 13 do Estatuto dos Trabalhadores, que primitivamente se reportava ao “contrato de trabalho a domicílio”, foi modificado em ordem a referir-se ao “trabalho a distância”.

Quanto aos elementos que conceituariam tal figura, Gustavo Gauthier, em estudo pormenorizado sobre o tema, afirma que é possível “constatar la existencia simultánea de dos factores que se repiten en casi todos los casos: la posición distante del trabajo do respecto de la sede de la empresa y la utilización por éste de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación para desarrollar el trabajo”¹³.

9 Alice Monteiro de Barros registra que, para alguns autores, o teletrabalho representaria o “renascimento do trabalho a domicílio” (*op. cit.* p. 327).

10 “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.”

11 “Art. 311. Trabajo a domicilio es el que se ejecuta habitualmente para un patrón, en el domicilio del trabajador o en un local libremente elegido por el, sin vigilancia ni dirección inmediata de quien proporciona el trabajo.

Será considerado como trabajo a domicilio el que se realiza a distancia utilizando tecnologías de la información y la comunicación.

Si el trabajo se ejecuta en condiciones distintas de las señalada sen este artículo se regirá por las disposiciones generales de esta Ley.”

12 Impende registrar que, tanto no caso mexicano quanto no espanhol, a legislação, quanto a este aspecto específico, foi atualizada no ano de 2012, por ocasião das reformas empreendidas naqueles países (na Espanha em 06.07.2012 e, no México, em 30.11.2012).

13 *Op. cit.*, p. 21. Neste mesmo sentido se posicionam os doutrinadores chilenos Sergio Gamonal Contreras e Caterina Guidi Moggia, para quem os teletrabalhadores são “aquellos trabajadores contratados para prestar servicios preferentemente fuera del sitio o lugar de funcionamiento de la empresa, utilizando medios informáticos o de telecomunicaciones” (GAMONAL CONTRERAS, Sérgio; GUIDI MOGGIA, Caterina. *Manual de contrato de trabajo*. 3. ed. Santiago: Legal Publishing, 2012. p. 133).

De sorte que o teletrabalho requer, para sua *configuração plena*, dois pressupostos ou *requisitos básicos e cumulativos*: a realização do labor longe da sede patronal – conquanto não necessariamente na residência ou no domicílio do trabalhador – com a utilização, para tanto, de tecnologias atuais de informação e comunicação.

Por outro lado, e como já adiantado acima, as vantagens e desvantagens do teletrabalho, naquilo que ao empregado interessa, em tudo se equiparam àquelas já identificadas para o trabalho a domicílio. Assim, como anota Alice Monteiro de Barros, a principal vantagem, para o trabalhador, estaria em uma maior flexibilidade ou melhor mobilidade de sua jornada¹⁴. Já as principais desvantagens¹⁵ seriam o isolamento do trabalhador, que se vê impossibilitado de interagir com seus colegas; ausência de uma carreira e da possibilidade de promoções; baixos níveis de proteção sindical e administrativa; e a possibilidade de conflitos familiares em virtude da confusão entre o tempo livre e o tempo de trabalho.

4 – O TELETRABALHO NA LEI Nº 13.467/2017

4.1 – *Molduragem geral*

Procederemos agora a um exame de cada qual dos artigos introduzidos na CLT pela Lei nº 13.467/2017. O primeiro dispositivo a examinar é o art. 62, que ganha um *preceito suplementar* (inciso III), em que se esclarece que o empregado inserido no regime de teletrabalho não estará sujeito às regras ordinárias de duração de jornada. Equipara-se, pois, para este efeito, o labor a distância àquele realizado externamente (inciso I) e ao desempenhado pelos empregados exercentes de *cargo de gestão* (inciso II).

Não se trata, a rigor, de uma novidade.

Como vimos acima, o trabalho realizado fora do alcance direto do empregador historicamente desafiou, pela sua natureza, inclusive a caracterização mesma do liame empregatício.

Com o tempo, o desenvolvimento ou o aprimoramento da ideia de subordinação – que se despegou de sua *feição clássica*, passando a incorporar

14 “A principal vantagem apontada em favor do trabalhador é a flexibilidade de horário capaz de facilitar-lhe a conciliação das atividades profissionais com os encargos familiares. Em consequência, o teletrabalho poderá ser um meio propício à melhora da qualidade de vida do trabalhador, desde que ele consiga distinguir entre tempo de trabalho e tempo livre.” (*op. cit.*, p. 329) (destaque nosso)

15 *Idem*.

um *matiz estrutural* – venceu essa barreira. Nesse sentido, aliás, foi a direção assumida pela redação conferida em 2011 ao art. 6º da CLT.

Porém, aceitar a presença de um contrato de trabalho não implica, forçosa e igualmente, assumir a assimilação de todos os seus *requisitos usuais*, notadamente a imposição de uma jornada fixa ou rigorosamente delimitada. Como oportunamente adverte Mauricio Godinho Delgado, “a circunstância de a lei permitir o enquadramento no pressuposto da *subordinação* dessas situações novas de prestação de serviços em *home offices* e também em dinâmicas de *teletrabalho* (...) não confere automático fôlego para se concluir pelo império de minucioso sistema de controles de horários durante a prestação laborativa”, tratando-se, assim, de “conceitos e extensões distintos”¹⁶, ilação essa, ademais, bem demonstrada pelo aresto abaixo:

“*HOME OFFICE. AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO E CONSEQUENTE CONTROLE DE JORNADA. INCIDÊNCIA DE EXCEÇÃO LEGAL.* O sistema de trabalho conhecido como *home office* é juslaboralmente bem aceito e já está até regulamentado, por meio da Lei nº 12.551/2011, que alterou o art. 6º da CLT. O atual padrão normativo visa equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. Nessa ordem de ideias, não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado à distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. 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. Demonstrada na vertente hipótese a ausência de fiscalização da jornada praticada, além de livremente organizadas pelo trabalhador as atividades externas realizadas, ou em sistema de *home office* praticadas, incide a exceção expressa no art. 62, inciso I, da CLT. Executado o labor fora do alcance de controle do empregador, não faz jus o obreiro às horas extras postuladas.” (TRT da 3ª Região, Processo 0000727-42.2013.5.03.0018 RO, Data de Publicação: 21.09.2015, Disponibilização: 18.09.2015, DEJT/TRT3/Cad.Jud, p. 132; Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator Convocado: Vitor Salino de Moura Eca, Revisora: Maria Lucia Cardoso Magalhães)

16 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1.025 (grifos no original).

Assim, o que o legislador aqui efetuou foi, essencialmente, incorporar uma *tendência natural*: admitir-se sim a *existência formal* de uma relação de emprego juridicamente protegida, mas com restrição no concernente ao direito à percepção de horas extras, o qual estaria, a princípio, excluído¹⁷. Cuida-se de uma opção que também está explicitamente adotada pelo ordenamento chileno, conforme se constata pelo exame do artigo 22 do Código do Trabalho daquele país¹⁸, e, ainda que de modo mais temperado, pelo ordenamento português (Código do Trabalho, artigo 218)¹⁹.

17 Conforme tivemos oportunidade de registrar em outra ocasião (TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. Dias de repouso e comemoração. *EJUD-15, Estudos Jurídicos*, ano 1, v. 1, n. 1, junho 2003. Disponível em: <<http://portal.trt15.jus.br/web/biblioteca/estudos-juridicos>>. Acesso em: 2 ago. 2017), a exclusão do trabalhador a distância das regras ou limitações gerais da duração do trabalho é um tema antigo e universal. Na Venezuela, por exemplo, em uma decisão datada de 10.03.1950, a jurisprudência negou o direito à remuneração do repouso semanal tanto aos empregados que prestavam serviços em seus domicílios quanto aos vendedores viajantes, sob o argumento de não estar a assiduidade dos mesmos sujeita a fiscalização patronal. No dizer da fundamentação do acórdão, para tais modalidades de labor não haveria “horas de entrada y salida, ni superiores que lo vigilen, ni esas pequeñas y múltiples contrariedades que son propias de los que trabajan fuera de su casa” (conforme CALDERA, Rafael. *Derecho del trabajo*. 2. ed. Buenos Aires/Lima/Rio de Janeiro/Caracas/Montevidéu/México/Barcelona e Bogotá: Livraria El Ateneo Editorial, 1972. Tomo I. p. 477/478). Para o jurista venezuelano, tal ilação seria injusta quanto ao trabalhador a domicílio, para quem o nível ou o volume da produção serviria como uma sorte de *control patronal indirecto*, pressionando destarte o empregado a produzir sempre o máximo possível.

18 É o seguinte o inteiro teor do dispositivo em apreço (destaque nosso):

“Art. 22. La duración de la jornada ordinaria de trabajo no excederá de cuarenta y cinco horas semanales. Quedarán excluidos de la limitación de jornada de trabajo los trabajadores que presten servicios a distintos empleadores; los gerentes, administradores, apoderados con facultades de administración y todos aquellos que trabajen sin fiscalización superior inmediata; los contratados de acuerdo con este Código para prestar servicios en su propio hogar o en un lugar libremente elegido por ellos; los agentes comisionistas y de seguros, vendedores viajantes, cobradores y demás similares que no ejerzan sus funciones en el local del establecimiento.

También que darán excluidos de la limitación de jornada de trabajo los trabajadores que se desempeñen a bordo de naves pesqueras.

Asimismo, quedan excluidos de la limitación de jornada, los trabajadores contratados para que presten sus servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones.

La jornada de trabajo de los deportistas profesionales y de los trabajadores que desempeñan actividades conexas se organizará por el cuerpo técnico y la entidad deportiva profesional correspondiente, de acuerdo a la naturaleza de la actividad deportiva y a límites compatibles con la salud de los deportistas, y no les será aplicable lo establecido en el inciso primero de este artículo.”

19 “Artigo 218.º Condições de isenção de horário de trabalho. 1 – Por acordo escrito, pode ser isento de horário de trabalho o trabalhador que se encontre numa das seguintes situações: a) Exercício de cargo de administração ou direção, ou de funções de confiança, fiscalização ou apoio a titular desses cargos; b) Execução de trabalhos preparatórios ou complementares que, pela sua natureza, só possam ser efetuados fora dos limites do horário de trabalho; c) *Teletrabalho e outros casos de exercício regular de atividade fora do estabelecimento, sem controlo imediato por superior hierárquico*. 2 – O instrumento de regulamentação coletiva de trabalho pode prever outras situações de admissibilidade de isenção de horário de trabalho.”

Sem embargo, como se está aqui diante de uma *regra de exceção* – até porque, afinal, os limites estabelecidos para a duração do trabalho gozam de *respaldo constitucional* –, sua incidência apenas poderá ser admitida quando estejam rigorosamente preenchidos todos os requisitos que o legislador estabeleça como informadores dessa modalidade de labor. Faltando que seja qualquer um deles, incidirão, *ipso facto*, as *regras gerais* previstas pelo Capítulo II do Título II da CLT.

4.2 – Molduragem específica

Os parâmetros definidores do regime de teletrabalho estão identificados nos arts. 75-A a 75-E da CLT, examinados a continuação:

“Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo.

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.”

Como claramente se denota, o legislador ateu-se aqui aos *requisitos centrais* universalmente aceitos para a configuração do teletrabalho: a) prestação de serviços fora do centro de atividade patronal; b) mediante a utilização de tecnologias de informação e comunicação. É esse o mesmo critério adotado pelo legislador português, consoante se extrai do artigo 165 do respectivo Código do Trabalho, segundo o qual “considera-se teletrabalho a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação”.

O *aspecto fundamental* a considerar-se aqui tem a ver com a *intensidade do labor* assim realizado: deverá a mesma ser *preponderante*. Significa isso dizer que, ainda quando o empregado trabalhe com frequência em tal regime, ele estará juridicamente desvirtuado se não houver uma *clara prevalência* diante das tarefas desempenhadas sob *controle patronal direto ou presencial*. O legislador brasileiro foi, neste particular, mais incisivo – ou restritivo – que o legislador português. Bem por isso, tratou de expressamente esclarecer que a *presença circunstancial* do empregado no estabelecimento empresarial, só

por si, não desnaturaria o regime de teletrabalho. Logo, *a contrario sensu*, se tal presença assumir uma *índole intensa ou cotidiana*, haverá a *inevitável descaracterização* deste regime.

A inferência acima faz todo sentido quando se consideram, ademais, os *perigos naturais* que o regime de teletrabalho apresenta, ainda quando regularmente observado. Como com propriedade adverte Gustavo Gauthier:

“El riesgo en este sentido, puede consistir en la falta de separación de las fronteras entre el tiempo de trabajo y de no trabajo, fundamentalmente cuando el teletrabajo se cumple desde el hogar, cuando los trabajadores inmersos en su actividad profesional se muestran incapaces de hacer la distinción entre actividad productiva y tiempo libre. Así lo que parece una gran virtud – la autonomía en la gestión del tiempo de trabajo –, puede convertirse en un gran defecto si al teletrabajador no se le permite o no es capaz de poner límites a lo que puede constituir una invasión a su vida privada.”²⁰

Vale marcar e realçar que, do mesmo modo que a presença habitual do empregado ao estabelecimento do empregador, a existência de um *controle efetivo da jornada* daquele igualmente induzirá à descaracterização do regime. É que, se a jornada do trabalhador for supervisionada pelo empregador, a *coluna vertebral* dessa modalidade de labuta – a saber, a *autonomia organizacional* do trabalhador – restará quebrantada. Logo, não haverá razão lógica ou ponderosa apta a afastá-lo das regras gerais de duração do trabalho. Tal é a lição de Alice Monteiro de Barros, cuja pertinência nos afigura irrefragável, mesmo sob a égide da nova legislação:

“É possível, entretanto, aplicar ao teletrabalhador as normas sobre jornada de trabalho, quando estiver em conexão permanente com a empresa que lhe controla a atividade e o tempo de trabalho mediante a utilização de um programa informático, capaz de armazenar na memória a duração real da atividade, dos intervalos, ou o horário definido pela exigência dos clientes do empregador, sem que o teletrabalhador tenha liberdade para escolher as horas que pretende trabalhar ao dia.”²¹

20 *Op. cit.*, p. 40.

21 *Op. cit.*, p. 333. Neste mesmo diapasão se manifestam os professores Sergio Gamonal e Caterina Guidi, que, ao comentarem a normativa chilena, esclarecem que se presume estar o trabalhador afeto à jornada normal de trabalho quando “el empleador a través de un superior jerárquico ejerza una supervisión o control funcional y directo sobre la forma y oportunidad en que el trabajador desarrolla los servicios convenidos, entendiéndose se que *no existe tal funcionalidad cuando este último entrega solamente resultados de sus gestiones y se reporta de manera esporádica, especialmente si desarrolla sus labores en regiones distintas a la del domicilio del empleador*” (*op. cit.*, p. 134) (destaque nosso).

“Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

§ 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.

§ 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.”

Deste dispositivo se extrai que a validade do regime de teletrabalho estará condicionada a sua pactuação *mediante a forma escrita*. Não terá eficácia, por conseguinte, o ajuste apenas verbal ou tácito. A forma escrita, aliás, é igualmente a adotada pelos ordenamentos mexicano (Lei Federal do Trabalho, artigo 318)²², português (Código do Trabalho, art. 166.5)²³ e espanhol (Estatuto dos Trabalhadores, artigo 13.2)²⁴. E não bastará a mera previsão de que o trabalho será desempenhado em tal modalidade: mister outrossim se fará a *especificação consistente* das atividades ou tarefas que por meio dele se objetivará atingir. *Não sendo as mesmas devidamente identificadas, nulo será o ajuste, com a consequente submissão do empregado ao regime geral de duração do trabalho*. Igual efeito ocorrerá se, na prática, as atividades executadas forem outras que não aquelas prévia e formalmente estipuladas.

22 “Art. 318. Las condiciones de trabajo se harán constar por escrito. Cada una de las partes conservará un ejemplar y el otro será entregado a la Inspección del Trabajo. El escrito contendrá: I. Nombre, nacionalidad, edad, sexo, estado civil y domicilio del trabajador y del patrón; II. Local donde se ejecutará el trabajo; III. Naturaleza, calidad y cantidad del trabajo; IV. Monto del salario y fecha y lugar de pago; y V. Las demás estipulaciones que convengan las partes.”

23 “Art. 166.5-O contrato está sujeito a forma escrita e deve conter:

- a) Identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes;
- b) Indicação da atividade a prestar pelo trabalhador, com menção expressa do regime de teletrabalho, e correspondente retribuição;
- c) Indicação do período normal de trabalho;
- d) Se o período previsto para a prestação de trabalho em regime de teletrabalho for inferior à duração previsível do contrato de trabalho, a atividade a exercer após o termo daquele período;
- e) Propriedade dos instrumentos de trabalho bem como o responsável pela respetiva instalação e manutenção e pelo pagamento das inerentes despesas de consumo e de utilização;
- f) Identificação do estabelecimento ou departamento da empresa em cuja dependência fica o trabalhador, bem como quem este deve contactar no âmbito da prestação de trabalho.”

24 “Art. 13.2. El acuerdo por el que se establezca el trabajo a distancia se formalizará por escrito. Tanto si el acuerdo se estableciera en el contrato inicial como si fuera posterior, le serán de aplicación las reglas contenidas en el artículo 8.4 para la copia básica del contrato de trabajo.”

As disposições contidas nos §§ 1º e 2º merecem um comentário específico: nelas se denota uma evidente *dissintonia* entre a adoção póstuma do teletrabalho e a sua eventual reversão para o regime presencial, na medida em que somente para a primeira se exige a concordância do empregado.

Conquanto, em um primeiro exame, possa parecer estar-se diante de uma questionável modulação da regra geral preconizada pelo art. 468 da CLT²⁵, fato é que esta diferenciação tem sua lógica, ao marcar que, no *contexto indicado*, o regime de teletrabalho será uma *modalidade laboral de exceção*. Assim, para passar-se do regime ordinário para o regime de exceção, será necessária a aquiescência do trabalhador, presumindo-se, na situação inversa, uma mera ou natural exteriorização do poder diretivo do empregador, visto que, então, apenas se estará reestabelecendo a *forma normal* da prestação de serviços. Nada obstante, tal exercício unilateral do poder de comando patronal somente fará sentido quando se encontre satisfatoriamente escorado em razões de ordem fática organizacional, sob pena de cometimento de ato ilícito na modalidade de *abuso de direito* (Código Civil, art. 187)²⁶, passível, por conseguinte, de correção pela via judicial. Por outro lado, claro está que o empregador não terá essa prerrogativa no contrato de teletrabalho puro, ou seja, quando a prestação de serviços desde sempre se haja consumado mediante tal modalidade. Aí, eventual transformação do modo de labuta terá de obrigatoriamente passar pelo crivo da regra geral prevista pelo art. 468 da CLT, é dizer, haverá de forçosamente contar com a concordância do trabalhador.

“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. Parágrafo único. As utilidades mencionadas no *caput* deste artigo não integram a remuneração do empregado.”

Sabe-se que, mercê do regramento preliminar constante do art. 2º da CLT, ao empregador incumbem o ônus e os riscos do empreendimento. Logo, o dispositivo ora em comento somente pode ser interpretado no sentido de que, a rigor, todas as despesas referentes à aquisição, uso ou manutenção dos equipamentos necessários à consecução do trabalho correm sob *responsabilidade patronal*²⁷.

25 No ordenamento português, ambas as situações demandam a existência de acordo entre o trabalhador e seu empregador (Código do Trabalho, artigo 166.º).

26 “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

27 Esta é, aliás, a referência que se colhe do Código do Trabalho português, cujo artigo 168.º dispõe que, “na falta de estipulação no contrato, presume-se que os instrumentos de trabalho respeitantes a

Poderá sim ocorrer que o empregado, por sua conta ou iniciativa, adquira o material necessário, bem como arque com os gastos referentes à sua preservação; mas tais despesas deverão, obrigatoriamente, ser objeto de reembolso oportuno e integral pelo empregador, sob pena de configurar-se *redução salarial indireta*. Tal reembolso somente poderá ser dispensado em caso de *dolo ou culpa* do empregado (como ocorreria, por exemplo, com a danificação intencional do equipamento, sua manutenção ruínosa ou, ainda, a aquisição de material manifestamente impróprio ou inadequado para o labor), neste último caso, mediante previsão contratual expressa, nos termos daquilo que prescreve e autoriza o § 1º do art. 462 da CLT.

“Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.”

O preceito em foco estipula uma *tímida* – ou quase *inócua* – norma de medicina e segurança no trabalho. Se sua consecução pouco ou nada significará em termos de exonerar o empregador de responsabilidade trabalhista e previdenciária por conta de eventuais infortúnios que acometam o empregado em regime de teletrabalho, sua ausência ou descumprimento representará forte indício de negligência patronal, dada a manifesta simplicidade da medida.

Os ordenamentos comparados, nesta dimensão, são claramente mais cuidadosos: assim, em Portugal, preconiza a legislação que o empregador “deve evitar o isolamento do trabalhador, nomeadamente através de contactos regulares com a empresa e os demais trabalhadores” (CT, art. 169.3), e, ainda, “respeitar a privacidade do trabalhador e os tempos de descanso e de repouso da família deste, bem como proporcionar-lhe boas condições de trabalho, tanto do ponto de vista físico como psíquico” (art. 170.1); na Espanha, a normativa correspondente prescreve que “los trabajadores a distancia tienen derecho a

tecnologias de informação e de comunicação utilizados pelo trabalhador pertencem ao empregador, que deve assegurar as respetivas instalação e manutenção e o pagamento das inerentes despesas”. Não parece razoável concluir que mediante previsão contratual se possa transportar ao empregado todos os custos, mas, sim, apenas, que este poderá, eventualmente, ter instrumentos de trabalho próprios, o que porém se dará *por exceção*, cabendo ainda ao empregador, via de regra, pagar as despesas de instalação e manutenção. Evidência disso é que este mesmo artigo deixa patenteada a responsabilidade do empregado em “observar as regras de utilização e funcionamento dos instrumentos de trabalho que lhe forem disponibilizados”, bem como seu dever de não “dar aos instrumentos de trabalho disponibilizados pelo empregador uso diverso do inerente ao cumprimento da sua prestação de trabalho”.

una adecuada protección en materia de seguridad y salud resultando de aplicación, en todo caso, lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su normativa de desarrollo” (ET, art. 13.4); e, no México, o artigo 330, inciso VI, da Lei Federal do Trabalho estabelece como um *dever especial* dos inspetores do Trabalho a atribuição de praticar “visitas en los locales donde se ejecute el trabajo, para vigilar que se cumplan las disposiciones sobre higiene y seguridad”.

5 – OMISSÕES RELEVANTES

Ao menos dois pontos importantes deixou o legislador nacional de disciplinar de forma específica: a igualdade de condições para a promoção funcional do teletrabalhador e a garantia de sua tutela ou representação sindical.

No exame dos preceitos comparados, denota-se uma explícita preocupação em garantir ao trabalhador a distância os mesmos direitos que os demais empregados quanto à progressão na carreira, como se pode verificar pelo exame do § 2º do item 3 do artigo 13 do Estatuto dos Trabalhadores, a seguir reproduzido:

“El empresario deberá establecer los medios necesarios para asegurar el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional para el empleo, a fin de favorecer su promoción profesional. Asimismo, a fin de posibilitar la movilidad y promoción, deberá informar a los trabajadores a distancia de la existencia de puestos de trabajo vacantes para su desarrollo presencial en sus centros de trabajo.”

Também é essa a orientação assumida pelo Código do Trabalho de Portugal, conforme dicção atribuída ao seu artigo 169.1, cuja primeira parte prescreve que o “trabalhador em regime de teletrabalho tem os mesmos direitos e deveres dos demais trabalhadores, nomeadamente no que se refere a formação e promoção ou carreira profissionais”.

Quanto à tutela sindical, é também no direito ibérico que se encontram as disposições mais relevantes: o artigo 13.5 do ET espanhol prescreve que “los trabajadores a distancia podrán ejercer los derechos de representación colectiva conforme a lo previsto en la presente Ley. A estos efectos dichos trabajadores

deberán estar adscritos a un centro de trabajo concreto de la empresa”²⁸. Já o artigo 171 do CT português dispõe de quatro incisos regulamentando essa questão, inclusive ostensivamente fomentando a utilização dos próprios meios de comunicação imanentes ao teletrabalho para efeito de interação sindical:

“Art. 171.

1 – O trabalhador em regime de teletrabalho integra o número de trabalhadores da empresa para todos os efeitos relativos a estruturas de representação coletiva, podendo candidatar-se a essas estruturas.

2 – O trabalhador pode utilizar as tecnologias de informação e de comunicação afetas à prestação de trabalho para participar em reunião promovida no local de trabalho por estrutura de representação coletiva dos trabalhadores.

3 – Qualquer estrutura de representação coletiva dos trabalhadores pode utilizar as tecnologias referidas no número anterior para, no exercício da sua atividade, comunicar com o trabalhador em regime de teletrabalho, nomeadamente divulgando informações a que se refere o n.º 1 do artigo 465.º

4 – Constitui contraordenação grave a violação do disposto nos n.ºs 2 ou 3.”

De toda sorte, é incontestável que, em vista das disposições contidas no art. 7º, inciso XXXII²⁹, e no art. 8º, inciso III³⁰, da CRFB, prejuízo algum poderão sofrer tais trabalhadores quanto aos tópicos em questão, consubstanciando dever do empregador garantir-lhes tanto a isonomia em termos de carreira quanto o adequado acesso à representação sindical.

6 – CONCLUSÃO

O *teletrabalho* representa um *desdobramento tecnológico* da histórica e conhecida figura do *trabalho a domicílio*.

28 Como explica Aránzazu de las Heras Garcia, “la incorporación del teletrabajo en la empresa, encunanto supone un cambio organizativo, hace necesaria la participación de los interlocutores sociales en su implantación (art. 64.1 del Estatuto de los trabajadores [ET]), especialmente para que este sistema no sea utilizado por el empresario como un medio para ampliar jornadas, reducir salarios o evadir el cumplimiento de las normas de prevención” (*Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, v. 5, n. 2, abril-junho de 2017, versão eletrônica).

29 “Art. 7º (...) XXXII – proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;”

30 “Art. 8º (...) III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.”

Da mesma forma que seu “parente” mais velho, o teletrabalho teve de vencer o obstáculo de ser enquadrado como uma atividade autônoma. Superada esta fase, passou desde logo ao patamar jurídico subsequente, que tem a ver com a conquista ou a assimilação das normas referentes à duração do trabalho.

As modificações a tal respeito introduzidas pela Lei nº 13.467 são concernentes a esta etapa. Seu mote é classificar o teletrabalho como, em regra, infenso à submissão às regras específicas de modulação da jornada laboral. Não existe nisso, a rigor, surpresa ou novidade; era, ao revés, intuitivo que algo assim ocorresse.

Mas, por que se trata de uma *disposição de exceção*, apta inclusive a virtualmente colidir com normas de hierarquia constitucional, sua interpretação e aplicação deve ser *restrita e comedida*, sob pena de *plena e imediata descaracterização* do regime de teletrabalho. A comunidade jurídica e laboral haverá de estar, portanto, cuidadosamente atenta aos limites e às circunstâncias fáticas de cada caso ou situação concreta, pois deles fundamentalmente dependerá a viabilidade, ou não, da modalidade de labor que ora se prenuncia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- DE BUEN, L. *Derecho del trabajo*. 19. ed. México: Editorial Porrúa, 2005. Tomo II.
- DE LAS HERAS GARCÍA, Aránzazu. Relaciones colectivas y teletrabajo. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, v. 5, n. 2, abril-junho de 2017, versão eletrônica.
- DEL REY GUANTER, Salvador (Dir.); AGOTE EGUIZÁBAL, Rubén; GALA DURÁN, Carolina; LUQUE PARRA, Manuel (Coord.). *Estatuto de los trabajadores, comentado y jurisprudencia*. 2. ed. Madrid: La Ley, 2007.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- GAMONAL CONTRERAS, Sérgio; GUIDI MOGGIA, Caterina. *Manual de contrato de trabajo*. 3. ed. Santiago: Legal Publishing, 2012.
- GAUTHIER, Gustavo. *Teletrabajo: introducción al estudio del régimen jurídico laboral*. Montevideo: FCU, 2006.
- TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. Dias de repouso e comemoração. *EJUD-15, Estudos Jurídicos*, ano 1, v. 1, n. 1, junho 2003. Disponível em: <<http://portal.trt15.jus.br/web/biblioteca/estudos-juridicos>>. Acesso em: 2 ago. 2017.

A MATRIZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 COMO PARÂMETRO PARA A ANÁLISE DA REFORMA TRABALHISTA

Mauricio Godinho Delgado*

Gabriela Neves Delgado**

I – INTRODUÇÃO

A análise jurídica de qualquer diploma normativo e de qualquer norma jurídica no contexto de um sistema constitucional supõe e passa, evidentemente, pelo exame e pela compreensão da lógica desse sistema constitucional e de seus pilares fundamentais. Se for o caso, tal análise deve considerar igualmente as normas constitucionais específicas referentes ao tema abrangido pelo diploma normativo ou norma jurídica infraconstitucionais.

Não poderia ser diferente no tocante à reforma trabalhista aprovada pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.

A matriz constitucional de 1988 deve, portanto, ser imediatamente identificada neste estudo, a partir de seus pilares fundamentais, com a sua lógica jurídica estrutural. É o que será efetivado no presente texto.

Somente depois de bem compreendida essa matriz estrutural da Constituição da República Federativa do Brasil é que será possível, em momento próprio, realizar-se o estudo do sentido da reforma trabalhista brasileira de 2017.

A matriz estrutural da Constituição de 1988 – naquilo que forma o seu núcleo basilar e a distingue, significativamente, das constituições precedentes do país – situa-se em três pilares principais: a arquitetura constitucional de um Estado Democrático de Direito; a arquitetura principiológica humanística e social da Constituição da República; e a concepção constitucional de direitos

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; professor titular do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF; doutor em Filosofia do Direito pela UFMG e mestre em Ciência Política pela UFMG.*

** *Advogada; professora associada da Faculdade de Direito da UnB; doutora em Filosofia do Direito pela UFMG e mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas.*

fundamentais da pessoa humana. Estes três pilares serão estudados no presente capítulo.

No item II deste artigo será feito o estudo da arquitetura constitucional de um Estado Democrático de Direito no Brasil pela Constituição de 1988.

No item III deste mesmo artigo será estudada a arquitetura principiológica humanística e social da Constituição da República.

No item IV do mesmo artigo será analisado o conceito constitucional de direitos fundamentais da pessoa humana.

Esses três pilares cardeais da Constituição de 1988 evidenciam, por fim, a concepção constitucional do fenômeno do Direito como um efetivo instrumento de civilização – e não de barbárie –; em síntese, o Direito como um instrumento civilizatório. É o que será demonstrado no item V do presente artigo.

II – A ARQUITETURA CONSTITUCIONAL DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Os três eixos centrais de estruturação da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, iniciam-se pela incorporação constitucional do conceito de Estado Democrático de Direito – o qual supõe e confere espaço e energia a seus dois outros eixos, isto é, a sua arquitetura principiológica humanística e social e o seu conceito de direitos fundamentais da pessoa humana.

A concepção de Estado Democrático de Direito, construída pelo constitucionalismo europeu ocidental do pós-Segunda Guerra Mundial, consiste em uma superação qualitativa do conceito constitucional imediatamente prévio, o de Estado Social, emergido no final da segunda década do século XX, a partir das experiências constitucionais pioneiras do México (Constituição de 1917) e da Alemanha (Constituição de 1919).

Ao mesmo tempo, demonstra, já no final da década de 1940, o anacronismo do velho conceito de Estado Liberal – embora não se desconheça que este havia cumprido importante papel histórico e teórico mais de dois séculos antes, com o constitucionalismo originário britânico, do século XVII, e dos EUA e da França, do final do século XVIII, no contexto das chamadas *revoluções liberais burguesas*¹.

1 A respeito do denominado *Estado Liberal* ou Estado Liberal de Direito, bem como do chamado *Estado Social* ou Estado Social de Direito, consultar, entre outras, as seguintes obras: ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES Jr., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Verbatim, 2006;

O primeiro paradigma do constitucionalismo do Estado Liberal, característico do peculiar constitucionalismo não escrito da Grã-Bretanha do século XVII (Direito Consuetudinário Britânico), além do constitucionalismo escrito das Constituições dos EUA e da França, estas de finais do século XVIII – constitucionalismo que se reproduziu em constituições ocidentais subsequentes –, consagrou alguns avanços institucionais e jurídicos em comparação com a era do absolutismo monárquico prevalecente nos séculos anteriores na Europa Ocidental e que se refletia, na época, no domínio britânico sobre as 13 colônias instaladas na parte leste da América do Norte. Considerada a antiga matriz até então prevalecente – de incontestável absolutismo monárquico e de ausência de liberdades civis e políticas mínimas no plano da sociedade civil e da sociedade política –, tais avanços ostentaram importância histórica e teórica significativa.

Nesse quadro, são características distintivas dessa primeira fase do constitucionalismo: institucionalização de ideias direcionadas às liberdades individuais básicas (usualmente englobadas como liberdades civis), como,

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2014; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015; BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011; BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 8. reimpr. Coimbra: Almedina, 2003 (*ibidem*, 17. reimpr.); COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013; CUNHA Jr., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2016; DELGADO, Mauricio Godinho. *Constituição da República, Estado Democrático de Direito e direito do trabalho*. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *Constituição da República e direitos fundamentais – dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4. ed. 2017; DELGADO, Gabriela Neves. *Os paradigmas do Estado Constitucional contemporâneo*. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *Constituição da República e direitos fundamentais – dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4. ed. 2017; FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2015; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015; HOBBSBAWN, Eric. *Era dos extremos – o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995; MACPHERSON, C. B. *A democracia liberal – origens e evolução*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978; MACPHERSON, C. B. *La realidad democratica*. Barcelona: Fontanella, 1968; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo/Brasília: Saraiva/IDP, 2016; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2003. Tomo I; MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016; MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016; NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016; PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002; PUCCINELLI Jr., André. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015; SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado – o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001; TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ilustrativamente, de locomoção, de expressão, de reunião, de contratação, de trabalho (“liberdade de trabalhar”); institucionalização de ideias direcionadas às liberdades públicas, como de reunião e associação, bem como de imprensa (liberdades de caráter civil mas também de natureza política); institucionalização da ideia de submissão, ao império da lei, do poder político, das instituições públicas e privadas, bem como dos indivíduos; institucionalização de ideias e fórmulas de controle do poder político e de representação política da sociedade civil no plano da sociedade política (neste plano, ainda que restrito, de representação política emergem também os direitos e liberdades denominados políticos)².

É característica desse marco inicial do constitucionalismo, por outro lado, o caráter limitado, restrito, senão até mesmo excludente, de todas essas ideias e fórmulas novas institucionalizadas. Ou seja, embora se trate de concepções inovadoras em face da realidade até então consagrada, o fato é que os avanços mostram-se, no fundo, bastante restritos, pois cuidadosamente limitados a uma pequena elite da comunidade envolvente. Tais ideias, direitos e fórmulas inovadoras não abrangiam nem incorporavam a grande maioria das populações das sociedades e Estados respectivos; ou seja, de maneira geral, mulheres, escravos, analfabetos, indivíduos pobres ou simplesmente abaixo de certo parâmetro censitário, estrangeiros, grupos étnicos não europeus, etc., não eram contemplados pelos avanços jurídicos e institucionais propostos pelo Estado Liberal.

Todas essas enormes restrições sociais, econômicas, políticas, institucionais e jurídicas enquadravam o Estado Liberal dentro dos marcos do liberalismo, é claro, *porém jamais dentro dos marcos de um conceito real, consistente e efetivo de democracia*. Em conformidade com esse primeiro paradigma do constitucionalismo, a sociedade política (o Estado e suas instituições) e a sociedade civil eram, no máximo, liberais; entretanto, de forma alguma, se tratava de Estado e sociedade democráticos³.

-
- 2 O sociólogo britânico Thomas Humphrey Marshall, em texto publicado em 1950 (*Cidadania e Classe Social*), posteriormente integrante de seu importante livro *Cidadania, Classe Social e Status* (Rio de Janeiro: Zahar, 1967), na qualidade de Capítulo III (*Cidadania e Classe Social*), foi um dos primeiros autores (senão, efetivamente, o autor pioneiro) a criar a tipologia da tríade dos direitos de cidadania, ou seja, os direitos civis, os direitos políticos e os direitos sociais. Tomando como parâmetro histórico a experiência britânica, T. H. Marshall sustentou que os direitos civis (que identificava como “direitos necessários à liberdade individual” – ob. cit., p. 63) despontaram mais firmemente na Inglaterra no século XVIII (ob. cit., p. 66) – isto é, antes das experiências constitucionais escritas dos EUA e da França. Para o mesmo autor, os direitos políticos despontaram mais firmemente no século XIX na Grã-Bretanha (ob. cit., p. 66). Segundo ele, finalmente, os direitos sociais afirmaram-se, naquele país, notadamente no século XX (ob. cit., p. 66).
 - 3 Sobre a distância entre os conceitos de democracia e de liberalismo, consultar o artigo de DELGADO, Mauricio Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e direito do trabalho. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *Constituição da República e direitos fundamentais – dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4. ed. 2017.

O segundo paradigma do constitucionalismo – sintetizado na expressão Estado Social – foi deflagrado pelas Constituições do México, de 1917, e da Alemanha (Constituição de Weimar), de 1919, com importante influência também do Tratado de Versalhes, assinado em 1919, e da criação, por este documento multilateral, da Organização Internacional do Trabalho (1919).

Este novo paradigma do constitucionalismo social consagrou notáveis avanços institucionais e jurídicos em comparação com o período constitucional liberalista precedente. Embora o paradigma liberalista já viesse sofrendo revezes e ultrapassagens desde a segunda metade do século XIX, com o surgimento do denominado campo social do Direito, composto pelo Direito do Trabalho e pelo então Direito Previdenciário (posteriormente, Direito da Seguridade Social), o fato é que a efetiva superação constitucional desse paradigma liberal somente se deu com o advento das constituições de 1917 e de 1919, ao lado, na mesma época, do advento e da estruturação da OIT.

O paradigma do Estado Social apresenta as seguintes características, em contraponto com a matriz liberalista primitiva antecedente: inserção dos chamados *direitos sociais* no interior das constituições, em especial o campo do Direito do Trabalho e o campo do Direito da Seguridade Social (este, na época, ainda usualmente denominado Direito Previdenciário); incorporação do conceito de cidadania social pelo constitucionalismo, de maneira a absorver como direitos relevantes os direitos sociais; ampliação do conceito de cidadania política, de modo a alargar os sujeitos políticos do Estado e suas instituições, com a derrubada das barreiras jurídicas e institucionais à participação dos não proprietários, inclusive trabalhadores, mulheres e outros grupos sociais na arena política e institucional existente; inserção nas constituições da ideia de intervenção estatal na economia e nas relações sociais, com limitações ao direito de propriedade e ao poder privado capitalista, em conformidade com os interesses públicos e sociais; inserção, no constitucionalismo, da ideia de igualdade em sentido material, em contraponto à ideia de igualdade em sentido meramente formal inerente ao paradigma anterior; introdução, nas novas constituições, de diretrizes de inclusão socioeconômica das populações na dinâmica da economia e da política; introdução, no constitucionalismo, da noção mais clara e firme de democracia, integrada pelas ideias objetivas de participação e inclusão de grande número de pessoas componentes da respectiva população, ao invés da restrita ideia de liberalismo (liberalismo político, liberalismo econômico, etc.).

Não obstante seja manifesto o avanço social, institucional, cultural, econômico e, evidentemente, jurídico desse novo paradigma de constitucionalismo, em comparação com a matriz primitiva liberalista provinda do século XVIII

(tomando-se como parâmetro o constitucionalismo escrito norte-americano e francês), o fato é que, na época, tal novo paradigma ainda ostentava claras debilidades e insuficiências.

De um lado, a integração da dimensão social dos direitos na seara constitucional ainda se fazia de modo apenas lateral, sem atingir o núcleo estruturante das constituições, como se se tratasse de meras regras artificialmente inseridas nos corpos constitucionais (as chamadas “normas constitucionais em sentido meramente formal”, segundo formulação de antiga vertente do constitucionalismo). De outro lado, a concepção de democracia instigada pelo novo paradigma ainda não se mostrava plena, sofisticada, complexa, porém entrecortada de mecanismos e ressalvas nitidamente antidemocráticos. Além disso, o novo paradigma também não conseguia perceber a relevância de se construir, juridicamente, uma concepção abrangente de pessoa humana e de sua necessária essencialidade na arquitetura constitucional. Se não bastasse, o então novo paradigma sequer conhecia a concepção principiológica do Direito, não enunciando, no corpo das constituições, uma matriz de princípios humanistas e sociais que fosse dirigente do conjunto constitucional positivado.

Em síntese, conforme explicitado por Mauricio Godinho Delgado, essa segunda fase do constitucionalismo traduz “nítido fenômeno de transição, no sentido de que já aponta para um processo de democratização da sociedade política e da sociedade civil – à diferença do marco constitucional primitivo –, mas ainda não consegue desvelar fórmula plena e consistente do novo paradigma em construção”⁴. Na linha do que expõe Paulo Bonavides, a transitoriedade era marca característica desse período, sendo a Constituição de Weimar “fruto dessa agonia: o Estado Liberal estava morto, mas o Estado social ainda não havia nascido”⁵.

Após a Segunda Grande Guerra, já na segunda metade dos anos de 1940, é que nasce na Europa Ocidental o novíssimo – e atual – paradigma de constitucionalismo, conhecido como *constitucionalismo humanista e social contemporâneo*. Foi capitaneado pelas Constituições da França, de 1946, da Itália, de 1947, e da Alemanha, de 1949. Seguido pela Constituição de Portugal, de 1976, e da Espanha, de 1978, esse novo constitucionalismo chegou ao Brasil apenas por intermédio da Constituição da República de 1988.

4 DELGADO, Mauricio Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e direito do trabalho. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *Constituição da República e direitos fundamentais* – dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. 4. ed. 2017. p. 41.

5 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 233.

Nesse novo paradigma é que se constrói o presente conceito de *Estado Democrático de Direito*.

O paradigma do constitucionalismo humanista e social, ou do Estado Democrático de Direito, avança, aprofunda e reelabora as conquistas demarcadas pela fase imediatamente anterior do constitucionalismo (Constituições do México, de 1917; da Alemanha, de 1919; do Brasil, de 1934 e de 1946, por exemplo). Consagra mudanças quantitativas essenciais – grande parte delas no sentido do crescimento de direitos humanos, nestes englobados os de caráter social, econômico e cultural, inclusive trabalhistas –, ao lado de mudanças qualitativas também essenciais.

Entre as inovações qualitativas essenciais do novo constitucionalismo encontram-se, ilustrativamente: a consagração da matriz principiológica das novas constituições; a institucionalização da natureza normativa dos princípios jurídicos; a estruturação de um rol de princípios humanísticos e sociais imperativos, todos apontando para a centralidade da pessoa humana na ordem social, econômica e jurídica; o aprofundamento e a sofisticação dos mecanismos democráticos da sociedade política e da sociedade civil; a extensão da ideia de Democracia para além do simples campo do Estado e de suas instituições, de maneira a fazê-la presente também no âmbito das instituições da vida social privada.

O conceito de *Estado Democrático de Direito* – inovação singular do novo constitucionalismo humanista e social – bem sintetiza a natureza, os objetivos e a força dessa nova matriz constitucional com respeito à estruturação da sociedade política e da sociedade civil. E este conceito, conforme dito, é que expressa um dos principais eixos da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988.

Conforme pontua Mauricio Godinho Delgado, em texto originalmente divulgado em 2012,

“o conceito de Estado Democrático de Direito funda-se em um inovador tripé conceitual: pessoa humana, com sua dignidade; sociedade política, concebida como democrática e inclusiva; sociedade civil, também concebida como democrática e inclusiva.

(...)

O paradigma novo fez-se presente na estrutura de princípios, institutos e regras da Constituição da República Federativa do Brasil, de

1988, constituindo o luminar para a compreensão do espírito e da lógica da ordem constitucional do país.”⁶

Assevera o autor que o conceito estruturante de Estado Democrático de Direito tem como ponto central a *pessoa humana*, com sua *dignidade*. Daí que as constituições dessa matriz humanística e social de constitucionalismo estabelecem “o princípio da dignidade da pessoa humana como a diretriz cardeal de toda a ordem jurídica, com firme assento constitucional”⁷.

A consistência e efetividade desse princípio da dignidade da pessoa humana – que se projeta igualmente no princípio da centralidade da pessoa humana na ordem jurídica – supõe a observância do caráter democrático e inclusivo de todo o sistema socioeconômico e institucional, *inclusive da própria sociedade civil e suas instituições*, sob pena de se tornar enunciado vazio e inútil.

“A eleição da pessoa humana como ponto central do novo constitucionalismo, que visa a assegurar sua dignidade, supõe a necessária escolha constitucional da democracia como o formato e a própria energia que tem de perpassar toda a sociedade política e a própria sociedade civil. Sem democracia e sem instituições e práticas democráticas nas diversas dimensões do Estado e da sociedade, não há como se garantir a centralidade da pessoa humana e de sua dignidade em um Estado Democrático de Direito. Sem essa conformação e essa energia democráticas, o conceito inovador do Estado Democrático de Direito simplesmente perde consistência, convertendo-se em mero enunciado vazio e impotente.”⁸

O conceito constitucional de Estado Democrático de Direito importa, dessa maneira, na democratização também da sociedade civil, uma vez que esse conceito e sua abrangência não se restringem ao simples plano da sociedade política. Participação e inclusão no contexto da sociedade civil – das instituições sociais, da economia e seu mercado capitalista, etc. – consistem, nesse quadro, em imperativos democráticos consagrados pelo conceito constitucional de Estado Democrático de Direito.

Democratização da sociedade civil, inclusive do mercado econômico e suas instituições – e não o seu inverso –, eis o que determina a Constituição da República e seu conceito de Estado Democrático de Direito.

6 DELGADO, Mauricio Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e direito do trabalho. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *Constituição da República e direitos fundamentais – dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 45.

7 DELGADO, M. G. Ob. cit., p. 46.

8 DELGADO, Mauricio Godinho. Ob. cit., p. 46.

Isso significa, portanto, que o conceito constitucional de Estado Democrático de Direito traduz a ideia-força harmonizada de participação e inclusão, envolvendo todos os segmentos populacionais, colocando no passado as ideias e realidades de exclusão e segregação ainda comuns e inerentes ao liberalismo originário oriundo dos séculos XVII e XVIII⁹.

III – A ARQUITETURA PRINCIPIOLÓGICA HUMANÍSTICA E SOCIAL DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Entre os três eixos centrais de estruturação da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, destaca-se sua arquitetura principiológica humanística e social. Esta arquitetura garante espaço e energia para a afirmação dos outros dois grandes eixos constitucionais, quer dizer, o conceito cardeal de Estado Democrático de Direito e o conceito de direitos fundamentais da pessoa humana.

A concepção científica de princípios como efetivas normas jurídicas, conforme se sabe, floresceu na Europa Ocidental logo após terminada a Segunda Grande Guerra, embora tenha tido antecedente nos anos imediatamente anteriores, a contar da década de 1930. Surgida no plano da Filosofia do Direito, da Teoria do Direito e do próprio Direito Civil, mesmo que de maneira dispersa, o fato é que tal concepção somente ganhou consistência e força de propagação a partir de sua incorporação pelo novo constitucionalismo humanístico e social deflagrado, no ocidente europeu, na parte final da década de 1940. Absorvida pelo Direito Constitucional, tornou-se conquista plena e consagrada na Ciência do Direito e em diversos campos jurídicos positivados¹⁰.

São os princípios, dessa maneira, efetiva norma jurídica, compondo o ordenamento do Direito ao lado das regras jurídicas. Nesse quadro, para a

9 A única constituição escrita característica do constitucionalismo liberalista primitivo originário que se manteve na contemporaneidade é a dos EUA. Naturalmente que sofreu, nesses 240 anos, diversas emendas em seu texto de 1787: foram 11 emendas constitucionais ainda no século XVIII (tendo as 10 primeiras sido promulgadas na mesma época do texto constitucional original, expressando o sentido de uma “Carta de Direitos Individuais”); quatro emendas foram promulgadas durante o século XIX; as restantes 12 emendas constitucionais foram promulgadas ao longo do século XX. Tal peculiaridade, associada à hegemonia do pensamento ultraliberalista nos Estados Unidos da América, além da ampla hegemonia econômica e cultural que este país ostenta no Ocidente, em particular na América Latina, tudo contribui para a manutenção da força do paradigma liberalista primitivo dentro do constitucionalismo contemporâneo, ainda que remodelado sob o molde do chamado neoliberalismo.

10 Sobre a natureza normativa dos princípios do Direito, com a evolução dessa nova concepção na doutrina jurídica europeia e norte-americana de meados e finais do século XX, consultar DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017, especialmente em seu Capítulo I (*Princípios de Direito – Conceituação e Funções*).

contemporânea concepção de Direito, a ideia de norma jurídica abrange tanto a realidade normativa dos princípios jurídicos como a realidade normativa das regras jurídicas.

No Brasil, a concepção normativa dos princípios jurídicos ostentou inegável desconhecimento, incompreensão e/ou resistência até a década de 1980. Com a promulgação da Constituição de 1988, porém, imediatamente se afirmou e se propagou para a realidade jurídica de diversos campos do Direito, consagrando-se, plenamente, na comunidade acadêmica, em seus estudos científicos sobre o fenômeno jurídico. Tal concepção tem sido reiterada enfaticamente também na jurisprudência dos distintos tribunais do país, inclusive do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho.

A Constituição da República Federativa do Brasil evidencia como um de seus eixos principais a presença de um núcleo principiológico humanístico e social. Esse eixo, naturalmente, não se dirige apenas ao campo social do Direito e, particularmente, ao Direito do Trabalho. Abrange campos jurídicos diversos, como Direito Civil, Direito Penal, Direito da Seguridade Social, Direito do Consumidor, Direito Ambiental, Direito Tributário, etc.

Ostenta a Constituição, nesse quadro, a presença de princípios jurídicos gerais, que apresentam a característica de abrangerem diversos campos do Direito, ainda que, nesse caso, tenham de merecer leitura algo particularizada para permitir sua melhor compreensão extensiva. Trata-se de princípios constitucionais gerais que, nessa qualidade, produzem efeitos normativos em searas bastante diferentes do universo jurídico. Citem-se, ilustrativamente: princípio da dignidade da pessoa humana; princípio da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica; princípio da inviolabilidade do direito à vida; princípio do bem-estar individual e social; princípio da justiça social; princípio da submissão da propriedade à sua função socioambiental; princípio da não discriminação; princípio da igualdade (que se desdobra em igualdade em sentido formal e igualdade em sentido material – esta, aliás, uma das grandes inovações da Constituição de 1988); princípio da segurança; princípio da proporcionalidade e da razoabilidade; princípio da vedação do retrocesso social.

Todos esses princípios gerais citados, a propósito, atuam igualmente no campo do Direito do Trabalho, formando, ao lado de outros princípios propria-

mente trabalhistas, aquilo que a doutrina nomina de *princípios constitucionais do trabalho*¹¹.

Ao lado desses princípios constitucionais gerais que apresentam forte influência no campo das relações trabalhistas, existem também princípios mais claramente de fulcro e direcionamento laborativos, e que foram, igualmente, constitucionalizados, no Brasil, pela Constituição de 1988.

Ora, os princípios constitucionais do trabalho, com manifestas energia, eficácia e efetividade normativas, atuam, firmemente, sobre a ordem jurídica infraconstitucional, conforme se sabe, estabelecendo-lhe balizas intransponíveis, a serem identificadas pelas técnicas da Hermenêutica Jurídica, *inclusive a interpretação em conformidade com a Constituição da República* – caso não seja realmente imprescindível o exercício do controle de constitucionalidade difuso ou direto pelo Poder Judiciário.

Na seara de influência do Direito do Trabalho, portanto, há que se destacar, como princípios humanísticos e sociais da Constituição da República, os seguintes 12 princípios constitucionais do trabalho: 1) princípio da dignidade da pessoa humana; 2) princípio da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica; 3) princípio da valorização do trabalho e do emprego; 4) princípio da inviolabilidade do direito à vida; 5) princípio do bem-estar individual e social; 6) princípio da justiça social; 7) princípio da submissão da propriedade à sua função socioambiental; 8) princípio da não discriminação; 9) princípio da igualdade em sentido material; 10) princípio da segurança; 11) princípio da proporcionalidade e razoabilidade; 12) princípio da vedação do retrocesso social¹².

Ao lado desses lídimos princípios constitucionais do trabalho, há que se enfatizar que a Constituição de 1988 decidiu, firmemente, constitucionalizar alguns princípios do Direito Individual do Trabalho e outros do Direito Coletivo do Trabalho. Não se trata, é claro, de princípios gerais de Direito, porém princípios especiais de campos jurídicos específicos que foram constitucionalizados e, dessa maneira, passam também a ostentar manifestas energia, eficácia

11 Na obra de Mauricio Godinho Delgado, *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho* (5. ed. São Paulo: LTr, 2017), existe, desde a sua segunda edição, de 2004, capítulo específico dedicado aos *princípios constitucionais do trabalho* (o Capítulo II). Na mais recente edição do livro (5. ed., 2017), tal texto foi substancialmente aperfeiçoado e ampliado, passando a compor, inclusive, o próprio título da obra.

12 Esta lista de 12 princípios constitucionais do trabalho consta do citado livro de Mauricio Godinho Delgado (*Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 36-100).

e efetividade normativas, atuando, inequivocamente, sobre a ordem jurídica infraconstitucional, estabelecendo-lhe intransponíveis balizas.

Na seara das relações individuais do trabalho, destacam-se os seguintes princípios justralhistas constitucionalizados em 1988: o princípio da norma mais favorável; o princípio da continuidade da relação de emprego; o princípio da irredutibilidade salarial.

No campo das relações coletivas de trabalho, os seguintes princípios justralhistas se destacam como constitucionalizados em 1988: o princípio da liberdade associativa e sindical; o princípio da autonomia sindical; o princípio da interveniência sindical na negociação coletiva trabalhista; o princípio da equivalência entre os contratantes coletivos trabalhistas¹³.

Esse largo rol de princípios constitucionais humanísticos e sociais, além do importante grupo de princípios justralhistas individuais e coletivos constitucionalizados, tudo estabelece balizas e limites inegáveis para a norma jurídica infraconstitucional na ordem jurídica brasileira. Esses limites constitucionais enfáticos devem estar presentes ao intérprete conclusivo do Direito em seu desafio de bem interpretar novos diplomas e regras jurídicas aprovados na realidade institucional do país.

IV – O CONCEITO CONSTITUCIONAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA

Os três eixos centrais de estruturação da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, completam-se por intermédio da incorporação constitucional do conceito de direitos fundamentais da pessoa humana. Este último conceito também reforça os dois outros eixos característicos da Constituição de 1988, quais sejam o seu conceito estruturante de Estado Democrático de Direito e a sua matriz principiológica humanística e social distintiva.

A concepção de direitos fundamentais da pessoa humana, de lastro e proteção constitucionais, igualmente se elaborou a partir do novo constitucionalismo europeu de após a Segunda Guerra Mundial. Ela se mostra corolária das ideias de Estado Democrático de Direito, de princípios humanísticos e sociais

13 Na obra de Mauricio Godinho Delgado, *Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho* (5. ed. São Paulo: LTr, 2017), existe capítulo próprio dedicado ao estudo dos princípios especiais do Direito Coletivo do Trabalho e do Direito Individual do Trabalho que foram incorporados pela Constituição de 1988. A partir da mais recente edição do livro (5. ed., 2017), trata-se do Capítulo III, p. 101-128.

fundantes das novas constituições erigidas desde 1946 no Ocidente, além de ser mecanismo de efetivação da objetivada centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica.

Essa concepção está claramente assentada no texto constitucional brasileiro, a partir da estrutura de seu Título I (“Dos Princípios Fundamentais” – arts. 1º até 4º) e de seu Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais” – arts. 5º até 17). Naturalmente que o Título II da Constituição, que trata dos *Direitos e Garantias Fundamentais*, envolve princípios e regras que regulam direitos fundamentais da pessoa humana, mas não somente direitos e institutos dessa natureza – como acontece com regras de organização de partidos políticos previstas no art. 17 do Capítulo V do Título II (“Dos Partidos Políticos”).

Os direitos fundamentais da pessoa humana dizem respeito àqueles que são inerentes ao universo de sua personalidade e de seu patrimônio moral, ao lado daqueles que são imprescindíveis para garantir um patamar civilizatório mínimo inerente à centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica. Trata-se, por exemplo, dos direitos individuais e coletivos elencados no Capítulo I (“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”) do Título I, a par dos direitos individuais e sociais elencados no Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”) do mesmo Título I.

Note-se que a Constituição de 1988 tem o zelo de explicitar o caráter de essencialidade que emana desses direitos fundamentais da pessoa humana, ao estatuir, em seu art. 60, § 4º, IV, que não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir: “IV – os direitos e garantias individuais”¹⁴.

Essa norma constitucional de vedação explícita ao Poder Legislativo Reformador (e também, é óbvio, ao Poder Legislativo Ordinário) protege os direitos e garantias individuais fundamentais, isto é, aqueles direitos e garantias que sejam de titularidade de pessoas humanas, como sói ocorrer com os direitos individuais e sociais trabalhistas. Conforme se sabe, os direitos trabalhistas são, antes de tudo, direitos individuais, direitos da pessoa humana do trabalhador, em particular se este estiver inserido em uma relação de emprego e/ou relação sociojurídica equiparada; em seu conjunto, entretanto, os direitos individuais trabalhistas tornam-se também direitos sociais e/ou direitos coletivos – tal como

14 Dispõe a Constituição de 1988: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais”.

acontece, a propósito, com diversos direitos individuais arrolados no Capítulo I do Título II da Constituição da República¹⁵.

V – A CONCEPÇÃO CONSTITUCIONAL DE DIREITO COMO INSTRUMENTO CIVILIZATÓRIO

Esses três eixos centrais da arquitetura normativa da Constituição de 1988, claramente explicitados em seus diversos títulos organizadores temáticos, compostos por destacado número de princípios e normas constitucionais, demonstram, além de tudo, a sólida compreensão, pela Constituição da República, do Direito como um instrumento civilizatório, ao invés de mecanismo de opressão, exclusão, segregação e exploração.

É o Direito, conforme expõe Mauricio Godinho Delgado, “complexo normativo, usualmente dotado de coerção, voltado a reger fatos, situações e atos em determinada sociedade e território”. Para o autor, o Direito também pode ser conceituado, historicamente, como “produção cultural da humanidade dirigida a proteger, estimular ou impor condutas e formas de organização, ou as desestimular ou, até mesmo, vedá-las”¹⁶.

Sempre coube ao Direito, ao longo da História, na qualidade de produção cultural essencialmente finalística, exercer certas funções, independentemente das peculiaridades estatais ou sociais percebidas nas sociedades históricas:

“Nessa medida, o Direito cumpre diversas funções na História: regular condutas, relações e instituições; reger interesses; estruturar a convivência social; solucionar conflitos; eis algumas das clássicas funções do Direito ao longo dos séculos. Em síntese, cabe ao Direito *regular condutas, interesses, relações e instituições, estruturando a convivência social e pacificando conflitos*.

Tais funções têm sido exercidas pelo Direito na História desde as primeiras formações sociais e econômicas até a atualidade. Naturalmente

15 Sobre os direitos fundamentais da pessoa humana, consultar: DELGADO, Gabriela Neves. *O direito fundamental ao trabalho digno*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

16 DELGADO, Mauricio Godinho. Funções do direito do trabalho no capitalismo e na democracia. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *Constituição da República e direitos fundamentais – dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 76. Considerada a realidade jurídica do novo constitucionalismo, naturalmente que o conceito de Direito sofre certa adequação, passando a melhor se definir como: “Complexo de princípios, regras e institutos de caráter normativo, dotados, de maneira geral, de coerção, dirigidos a reger condutas individuais e sociais, além de situações e instituições, em determinado território” (DELGADO, M. G. Ob. cit., p. 75).

que a diversidade e complexidade do Direito se elevam quanto mais diversas, gigantescas e complexas sejam as respectivas sociedades.”¹⁷

Entretanto, na sociedade histórica, antes do advento da Democracia contemporânea – ou seja, até finais do século XIX e inícios do século XX, em síntese, por vários milênios –, certa característica comum se reiterava no Direito, “praticamente em todos os seus segmentos: o viés de confirmar e sedimentar situações fáticas de desequilíbrio de poder reguladas por suas regras”¹⁸. O mesmo autor assim explica:

“Efetivamente, o Direito, em seus distintos segmentos, corroborava a desigualdade de poder existente na vida social, nas inúmeras e mais relevantes manifestações dessa desigualdade. Relações de propriedade, de trabalho, familiares, de gênero, de poder político, etc. Tratava-se, de certo modo, de um Direito da Desigualdade – instituidor, avalista e reproduzidor da desigualdade no plano da sociedade civil e da sociedade política.

Tal característica comum permeou o Direito Civil e o Direito Penal ao longo dos séculos, desde a Antiguidade. Ela também esteve demarcada no núcleo dos segmentos jurídicos emergentes no processo de desarticulação do feudalismo e formação do Estado Nacional europeu, tais como o Direito Administrativo, o Direito Tributário tempos depois, além do Direito Comercial (hoje denominado Direito Empresarial).

Essa característica desigualitária comum iria afetar, inevitavelmente, as próprias funções exercidas pelo Direito, de maneira geral, fazendo-o emergir, na sociedade histórica até o advento da democracia contemporânea, como inegável *instrumento de dominação social, econômica e política*.

Claro que não se pode negar que o Direito, mesmo em formações históricas do passado, possuísse certo caráter civilizatório, respeitado o modesto patamar de desenvolvimento da respectiva sociedade e do Estado. Em alguma medida, a institucionalização do Direito atenuava a arbitrariedade, a imprevisão e a violência no exercício do poder nas sociedades em que ele se afirmasse. Além disso, há que se perceber que nem todas as relações normatizadas pelo Direito eram, efetivamente,

17 DELGADO, Mauricio Godinho. Funções do direito do trabalho no capitalismo e na democracia. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *Constituição da República e direitos fundamentais – dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 76.

18 DELGADO, Mauricio Godinho. Funções do direito do trabalho no capitalismo e na democracia. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *Constituição da República e direitos fundamentais – dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 76.

relações de desequilíbrio de poder (notem-se determinadas relações de vizinhança, por exemplo); nesses casos, cumpria a ordem jurídica mais claramente sua função civilizadora.

Essas circunstâncias, entretanto, não afastam a inevitável conclusão de que, em tais sociedades históricas pré-democráticas, o Direito desempenhava função dominadora muito mais acentuada do que sua natural função civilizatória.

É tão evidente e incisiva essa preponderância que não há exemplo histórico, até finais do século XIX – momento em que a Democracia começa a despontar no cenário social, cultural e político do Ocidente –, da existência de qualquer ramo jurídico direcionado à regência principal de interesses de setores econômicos e sociais subordinados, tais como os trabalhadores, os camponeses, os consumidores, os doentes, os idosos, etc.”¹⁹

Ou seja, até o advento das práticas e instituições democráticas, especialmente até o advento do Estado Democrático de Direito, o ordenamento jurídico era, essencialmente, um instrumento de afirmação da exclusão, da segregação, da desigualdade entre as pessoas humanas e os grupos sociais componentes da realidade social, econômica e estatal.

Não se pode dizer, dessa maneira, que o Direito dos antigos fosse realmente um instrumento civilizatório. É que o Direito como efetivo instrumento civilizatório trata-se, substancialmente, apenas daquele construído na era do novo constitucionalismo, na era do constitucionalismo humanístico e social, na era do Estado Democrático de Direito.

A esse respeito, assim explicita Mauricio Godinho Delgado:

“A grande distinção ocorrida no núcleo e no sentido do Direito, a partir da segunda metade do século XIX, em contraponto a todo o longo período histórico precedente, reside exatamente na circunstância de essa produção cultural normativa, nos quadros e circunstâncias da Democracia, passar a incorporar dimensões, perspectivas e interesses dos setores sociais destituídos tradicionalmente de poder e de riqueza, uma vez que passam a se constituir também em sujeitos institucionalizados da dinâmica democrática.

19 DELGADO, Mauricio Godinho. Funções do direito do trabalho no capitalismo e na democracia. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *Constituição da República e direitos fundamentais – dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 76-77 (grifos no original).

O unilateral papel do Direito como instrumento de confirmação e sedimentação de situações fáticas de desequilíbrio de poder, que preponderou por milênios e séculos, começa a ceder espaço a papel distinto, na qualidade de instrumento de institucionalização de processo crescente de inclusão social de setores tradicionalmente destituídos de riqueza e de poder.

Não desaparece, é claro, o papel tradicional do Direito; porém, ele é claramente atenuado, além de ter de conviver, desde então, em maior ou menor grau, com o papel democrático do Direito – seu papel civilizatório típico –, enquanto mecanismo de inclusão social existente na sociedade e na economia contemporâneas.

Há, portanto, inevitável continuidade nas funções desempenhadas pelo Direito mesmo depois do advento e avanço da Democracia na história ocidental, continuidade que ocorre até mesmo com o viés dominador tão demarcado nos longos períodos históricos precedentes.

Contudo, há também *manifesta inovação nas funções e no papel do Direito na História, uma vez que ele passa a incorporar e expressar, cada vez mais, as perspectivas e os interesses dos setores sociais tradicionalmente destituídos de riqueza e de poder*. Nesse quadro inovador, surgem inclusive ramos inusitados na árvore jurídica, compostos por segmentos jurídicos especializados, porém abrangendo largos setores sociais, invertendo, regra geral, o viés dominador característico dos segmentos jurídicos tradicionais. É o que se passa com os instigantes e criativos Direito do Trabalho e Direito de Seguridade Social, despontados, revolucionariamente, em fins do século XIX e início do século XX, os quais foram seguidos, décadas depois, após a Segunda Guerra Mundial, pelo Direito do Consumidor e pelo Direito Ambiental.

A primeira inovação decisiva, apta a deflagrar um significativo processo de mudança no caráter e papéis de todo o Direito, residuiu no surgimento do Direito do Trabalho e, ao seu lado, o Direito de Seguridade Social (este, inicialmente como simples Direito Previdenciário), a partir dos finais do século XIX. A afirmação da Democracia que esses dois ramos expressam seria dinâmica de largo impacto em toda a realidade jurídica existente.

A segunda inovação decisiva iria ocorrer, logo em seguida, com o Direito Constitucional. De fato, nesse contexto de democratização do Direito, importante mudança ocorreu no Direito Constitucional ao longo

do século XX. Dois momentos fundamentais destacaram-se no tocante a essa mudança.

Em um primeiro instante, ao superar o paradigma liberalista, patrimonial e individualista, que foi preponderante em seu nascimento em fins do século XVIII, durante as chamadas *revoluções burguesas*. Tal superação verificou-se por meio da inevitável incorporação das dimensões sociais do mundo jurídico, fenômeno ocorrido a partir de finais da segunda década do século XX. De fato, notáveis textos constitucionais surgidos nessa época, como a Constituição do México de 1917 e a Constituição da Alemanha de 1919, trouxeram para dentro do Direito Constitucional os ramos jurídicos trabalhista e de seguridade social, rompendo com a natureza excludente, patrimonial, individualista e elitista das matrizes constitucionais vindas do século XVIII.

Em um segundo instante, demarcado a partir de fins da Segunda Guerra Mundial e décadas subsequentes, com a criação de *novo paradigma constitucional* do Estado Democrático de Direito, em cujo núcleo passa a ocupar posição central a pessoa humana e sua dignidade, subordinando a sociedade civil, inclusive o mercado econômico, e a sociedade política a tal direção preponderante.

A terceira inovação decisiva ocorreria com o subsequente surgimento de dois novos segmentos jurídicos claramente inspirados na matriz aberta pelo Direito do Trabalho. Trata-se do Direito do Consumidor e do Direito Ambiental, os quais formam, capitaneados pelo Direito do Trabalho, o importante gênero da efetiva modernidade no mundo contemporâneo, o Direito Social.

A quarta inovação decisiva despontada desenvolveu-se no núcleo dos próprios ramos jurídicos tradicionais, fenômeno que iria se demarcar ao longo das décadas finais do século XX e início do século XXI. Induzidos pelo novo paradigma do Estado Democrático de Direito, ramos jurídicos tradicionais iriam sofrer notáveis modificações, em direção a uma visão mais social da normatividade jurídica e respeito mais manifesto à pessoa humana e sua dignidade.

É o que se nota, hoje, claramente, no âmbito do Direito Civil, do Direito Penal e do Direito Empresarial, por exemplo.”²⁰

20 DELGADO, Mauricio Godinho. Funções do direito do trabalho no capitalismo e na democracia. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *Constituição da República e direitos fundamentais – dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 77-79 (grifos no original).

DOCTRINA

Nesse quadro evolutivo em que o Direito se afasta de seu padrão de instrumento de exclusão, segregação e sedimentação da desigualdade entre as pessoas humanas e os grupos sociais – padrão que tanto o caracterizou, infelizmente, por milênios e séculos –, em direção a uma concepção mais inclusiva, igualitária, humanista e social do Direito, é que se forma o novo paradigma do constitucionalismo, o constitucionalismo humanista e social de após a Segunda Guerra Mundial no ocidente europeu e, desde 1988, até mesmo no Brasil.

É característica, portanto, da matriz constitucional de 1988 no país a *concepção de Direito como instrumento de civilização*, ao invés da antiga e renitente concepção de Direito como mecanismo de desigualdade, exclusão e segregação entre pessoas e grupos sociais.

Em síntese, essa é a matriz da Constituição de 1988 que deve servir de parâmetro para a análise da reforma trabalhista estipulada no Brasil pela recente Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.

HÁ PROGRESSIVIDADE E NÃO RETROCESSO NOS DIREITOS HUMANOS SOCIAIS NO BRASIL?

Roberto de F. Caldas*

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é explanar sobre os princípios da progressividade dos direitos sociais e da vedação ao retrocesso social, particularmente aquele consubstanciado na recém-aprovada reforma trabalhista (Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017). Abordarei esta reforma a partir de uma perspectiva de direitos humanos, com ingredientes jurídicos tais como a justiça social, a pobreza, a desigualdade e a dignidade humana, e demonstrarei como ela viola uma série de obrigações internacionais soberanamente contraídas pelo Brasil no campo dos direitos humanos e do desenvolvimento sustentável.

O sentido de “direitos humanos” adotado nesta análise é holístico, quer dizer, ele conecta todos os direitos humanos em um sistema unificado, rejeitando distinções tradicionais, hierárquicas e vergastadas entre direitos civis e políticos, de um lado, e direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA¹) de outro, assim como questiona a postura que afirma endossar os direitos humanos em geral ao mesmo tempo em que ignora categorias específicas de direitos, como os direitos das minorias sociais, de participação democrática, ou os direitos econômicos e sociais². Uma abordagem holística ressalta a universalidade, a interdependência e a igualdade de *status* de todos os direitos humanos. Ela reconhece que todas as categorias de direitos incluem componentes negativos

* *Juiz Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; eleito Presidente da Corte para o biênio 2016-2017, Vice-Presidente para o biênio 2014-2015, juiz desde 2013.*

- 1 Na esteira da evolução conceitual e da importância que o Direito Ambiental tem assumido dentro dos direitos humanos, o termo “ambiental” passou a ser considerado, discutido, para se somar ao bloco dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e à sua consequente sigla, “DESC”, que passaria a ser chamado “Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais”, ou simplesmente “DESCA”. Diante do fluido diálogo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), e tendo em vista a recente criação pela CIDH, da Relatoria Especial de Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (REDESCA), que passou a funcionar a partir do mês passado, agosto de 2017, passamos a adotar a sigla DESCa em nossos trabalhos.
- 2 MACNAUGHTON, Gillian; FREY, Diane F. Decent work for all: a holistic human rights approach. *American University International Law Review*, 26 (2), 2011, p. 451.

e positivos, demandam recursos para sua implementação e são essenciais à dignidade humana.

Neste sentido, e tendo em vista o meu foco na reforma trabalhista de 2017, na primeira parte do artigo, examinarei as duas faces do trabalho no campo dos direitos humanos, que são o direito humano ao trabalho e os direitos humanos no trabalho. Em seguida, tratarei dos instrumentos normativos no campo do direito internacional que protegem esses direitos, ressaltando as normas mais relevantes para a análise da reforma trabalhista de 2017. Uma vez feita essa apresentação de caráter mais geral, passarei à questão específica da vedação ao retrocesso social, examinando esse princípio juntamente com o princípio da implementação progressiva dos direitos sociais, haja vista a relação de complementariedade existente entre os dois. Dessa argumentação decorre a premissa fundamental: é uma obrigação internacional do Estado brasileiro garantir a implementação progressiva dos direitos sociais, portanto, do direito ao trabalho e no trabalho, e não adotar medidas que importem retrocesso social. Com apoio nessa premissa, ilustrarei, com alguns exemplos, como a reforma trabalhista de 2017 viola essa obrigação. E, finalmente, concluirei ressaltando a importância de que operadores e operadoras de justiça no Brasil se apropriem dos tratados e convenções de direitos humanos dos quais o país é signatário e que os utilizem nas mais diferentes instâncias e atividades para confrontar o retrocesso social decorrente de reformas que vêm sendo impostas ao já esquelético sistema de proteção social nacional.

O DIREITO HUMANO AO TRABALHO E OS DIREITOS HUMANOS NO TRABALHO

O direito ao trabalho tem sido reconhecido, nos diversos instrumentos internacionais e nos textos constitucionais contemporâneos, como um dos elementos primordiais para a plena fruição dos direitos humanos, em suas duas dimensões: aquela dos chamados *direitos civis e políticos* e a dos *direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais*, dimensões essas que são complementares e não opostas, como muitas vezes se tenta fazer parecer. Como elemento indispensável de integração social e pressuposto material para a existência desses direitos, o trabalho deve ser, ele próprio, inserido na lógica normativa dos direitos humanos, por meio de instrumentos de regulação capazes de garantir a existência digna àquelas pessoas cujas vidas são mais afetadas pela estrutura produtiva da sociedade: trabalhadores e trabalhadoras. Conforme ressaltado no Comentário Geral nº 18 do Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas (ONU): “o direito ao trabalho é

essencial para a realização dos outros direitos humanos e constitui uma parte inseparável e inerente da dignidade humana. Todo indivíduo tem o direito de ser capaz de trabalhar, e de modo que lhe garanta viver com dignidade. O direito ao trabalho contribui ao mesmo tempo para a sobrevivência do indivíduo e da sua família, e, conquanto seja o trabalho livremente escolhido ou aceito, para o seu desenvolvimento e reconhecimento dentro de sua comunidade”³.

Nesse sentido, fala-se de um direito humano ao trabalho decente, como um direito autônomo, mas também como um dos mecanismos que permitem a fruição dos demais direitos. E o “direito ao trabalho” (*right to work*), para que se efetive, demanda, por seu turno, um extenso leque de outros direitos, que podemos tratar, em seu conjunto, como “direitos no trabalho” (*rights at work*). Aqui estamos falando dos direitos humanos como um conjunto de garantias universais centradas na dignidade humana, que se estendem também ao mundo do trabalho.

As pessoas trabalhadoras estão sujeitas às mais variadas formas de violações de direitos humanos: jornadas exaustivas em condições precárias e inseguras, tratamento degradante, salários injustos, carência de seguridade social, discriminação por identidade de gênero ou orientação sexual são alguns exemplos. Por isso, a ideia do trabalho como direito humano implica, necessariamente, a garantia de uma série de direitos humanos no trabalho: não basta apenas garantir acesso ao trabalho, é necessário que se tenha acesso a trabalho com direitos. Essa ideia é sintetizada na noção de trabalho decente, “uma ideia-chave que articula, ao mesmo tempo, a noção do direito ao trabalho, a proteção de direitos básicos, a equidade no trabalho, segurança social, uma representação dos interesses dos trabalhadores e, ainda, que o trabalho esteja envolto num meio ambiente social e político adequado à noção de liberdade e dignidade humana”⁴.

E quando falamos de direitos humanos no trabalho, estamos falando de direitos garantidos por instrumentos normativos nacionais e internacionais, que têm as seguintes características: i) são universais – todas as pessoas são deles titulares, a todo tempo, pelo simples fato de serem pessoas humanas; ii) são inalienáveis – ninguém pode voluntariamente ou involuntariamente abrir mão dos seus direitos humanos ou dos direitos humanos de outrem; iii) são inter-relacionados, interdependentes e indivisíveis – ou seja, são intrinsecamente conectados, a realização de um direito reforça a realização de outro e eles

3 UNITED NATIONS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *The Right to Work. General Comment n. 18*, adopted on 24 November 2005. E/C.12/GC/18. Tradução nossa.

4 CRIVELLI, Ericson. *Direito internacional do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2010. p. 175.

fazem parte de uma estrutura indissociável, em que o valor de cada direito é significativamente ampliado pela presença de outros⁵.

A estrutura do conjunto de direitos humanos, vale ressaltar, não é estática. A historicidade dos direitos humanos implica uma dinâmica própria, e a sua universalização não é alcançada sem as devidas adaptações regionais. Malcom Shaw chama atenção para uma interessante evolução: a de que os Estados de Terceiro Mundo foram os que melhor maneжaram uma combinação das diferentes perspectivas dos direitos humanos, contribuindo para a formulação de sua indivisibilidade⁶. A visão tradicional de direitos humanos civis do mundo ocidental perdeu força e cedeu espaço também aos direitos sociais, gerando um terceiro modo de convivência entre esses direitos indivisíveis. Como ensina Comparato, “com base no princípio da solidariedade, passaram a ser reconhecidos como direitos humanos os chamados direitos sociais, que se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente”⁷.

Pensar, portanto, o direito ao trabalho como um direito humano implica reconhecer esse leque de garantias fundamentais que permitem a sua fruição substantiva, especialmente em contextos de extrema desigualdade social como o Brasil, atualmente classificado como o décimo país mais desigual do mundo⁸. E este é um contexto inexorável e inafastável em que a interpretação jurídica humanista e protetora deve fincar raízes.

NORMAS INTERNACIONAIS QUE PROTEGEM O DIREITO AO TRABALHO E OS DIREITOS NO TRABALHO

Preliminarmente, é importante esclarecer que os tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil são normas vinculantes e de cumprimento obrigatório pelo país. Aquelas ratificadas após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, e uma vez observado o procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, serão equivalentes às emendas constitucionais, portanto, normas da mais alta hierarquia no ordenamento nacional.

5 MACNAUGHTON, Gillian; FREY, Diane F. Decent work for all: a holistic human rights approach. *American University International Law Review*, 26 (2), 2011, p. 455.

6 SHAW, Malcom. *International law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 251.

7 COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 64.

8 UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Human Development Report 2016*. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/2016_human_development_report.pdf>. Acesso em: 26 set. 2017.

Por outro lado, aquelas promulgadas antes da entrada em vigor da referida Emenda têm *status* de supralegalidade, posicionando-se acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição, segundo o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal⁹. Nesse sentido, a tese consagrada pelo Supremo é de que a internalização dos tratados de direitos humanos paralisa a eficácia jurídica de quaisquer normas infraconstitucionais que contrariem seus dispositivos. A grande maioria das normas internacionais a que me refiro a seguir se enquadram nesse segundo caso e, portanto, são não apenas de observância obrigatória pelo Estado e pela sociedade brasileira, mas devem também ter o efeito de paralisar a eficácia jurídica dos dispositivos que contrariam as proteções a direitos humanos nelas contempladas. Demonstraremos que este problema ocorre no que se refere à reforma trabalhista de 2017.

Encontramos no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), fundada ao mesmo tempo em que a Liga das Nações (antecessora da Organização das Nações Unidas), em 1919, no contexto do primeiro pós-guerra, os primordiais instrumentos internacionais de proteção do direito ao trabalho e dos direitos no trabalho. O Preâmbulo da Constituição da OIT estabelece que “só se pode fundar uma paz universal e duradoura com base na justiça social”¹⁰ e o primeiro princípio fundamental sobre o qual se funda a organização, contido na declaração relativa aos seus fins e objetivos, afirma que “o trabalho não é uma mercadoria”¹¹. Assim, a criação da OIT foi fruto da preocupação da sociedade internacional com as condições intoleráveis a que estavam sujeitos trabalhadores e trabalhadoras no início do século XX, explorados sem a devida consideração pela sua saúde, vida familiar ou desenvolvimento humano e impedidos de exercer um trabalho dignificante.

Durante os primeiros quarenta anos da sua existência, a OIT dedicou esforços à elaboração de normas internacionais do trabalho e à garantia da sua aplicação, tendo adotado 67 convenções e 66 recomendações de 1919 a 1939. Inicialmente, as normas visavam regular sobretudo as condições de trabalho, diante da quase completa ausência de regulamentação vigente até então. A primeira convenção, de 1919, por exemplo, regulamentava a duração do trabalho, fixando o dia de trabalho de oito horas e a semana de trabalho de 48 horas¹².

9 Recurso Extraordinário 349.703-1/RS. Relator originário: Ministro Carlos Ayres Britto. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno. DJe 104. Publicação: 05.06.09.

10 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Documentos fundamentais da OIT*. Lisboa: Gabinete para a Cooperação do Ministério do Trabalho e da Solidariedade de Portugal, 2007. p. 5.

11 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Op. cit.* p. 25.

12 O texto completo dessa convenção histórica pode ser consultado aqui: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/conv_1.pdf>.

Em 1944, a preocupação inicial da OIT com o trabalho digno como fundamento de justiça social foi reafirmada e aprofundada na Declaração de Filadélfia, e se mostra mais relevante que nunca na atual época de globalização e retorno de políticas neoliberais. Esta Declaração antecipou e serviu de modelo à Carta das Nações Unidas e à Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Aprovada em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos garante que “toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego” (artigo 23.1). Também dispõe a Declaração que “toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito à igual remuneração por igual trabalho” (artigo 23.2), assim como “a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social” (artigo 23.3). Frise-se, de passagem, o assento explícito do direito laboral como direito humano.

Como é possível verificar nesses dispositivos, a liberdade da pessoa trabalhadora e a garantia de iguais e dignas condições de trabalho são imperativas e devem ser levadas em consideração quando da materialização, em âmbito nacional, dos direitos dos trabalhadores e trabalhadoras. O direito do trabalho como um direito humano reconhecido pelo texto da Declaração Universal é uma ferramenta essencial que assegura uma melhor distribuição de renda, condições justas e favoráveis de trabalho e proteção contra o desemprego. Esse ponto fica evidente quando examinamos outros dispositivos da Declaração que, lidos de forma inter-relacionada com o que protege o direito ao trabalho, garantem o que antes chamei de “direitos no trabalho”: o direito ao trabalho (artigo 23) e o direito a limites razoáveis de horas de trabalho estão relacionados com o direito à seguridade social (artigo 22), que por seu turno, está articulado com o direito a um adequado padrão de vida e segurança em caso de desemprego, doença ou incapacidade (artigo 25). A proibição do trabalho escravo (artigo 4), por outro lado, está ligada ao direito de escolher livremente o emprego (artigo 23.1); o direito de livre associação (artigo 20), por sua vez, está conectado ao direito de formar e integrar sindicatos (artigo 23.4); e o direito à igual remuneração para igual trabalho (artigo 23.3) está vinculado à proibição contra discriminação (artigo 2) e à igualdade entre homens e mulheres (artigo 3). Finalmente, a remuneração que garanta a dignidade humana do trabalhador e de sua família (artigo 23.3) deve ser interpretada em conjunção com todos os demais direitos que protegem a família e seus integrantes (artigo 16.3 e 25.1).

Como se vê, já na Declaração Universal de Direitos Humanos se encontra um intrincado arcabouço protetivo do direito ao trabalho e dos direitos no trabalho que foi, ao longo das décadas, aprimorado com a agenda do “trabalho decente” da OIT. O trabalho decente “é o ponto de convergência dos quatro objetivos estratégicos da OIT: o respeito aos direitos no trabalho (em especial aqueles definidos como fundamentais pela Declaração Relativa aos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho e seu seguimento adotada em 1998: (i) liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; (ii) eliminação de todas as formas de trabalho forçado; (iii) abolição efetiva do trabalho infantil; (iv) eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação), a promoção do emprego produtivo e de qualidade, a extensão da proteção social e o fortalecimento do diálogo social”¹³. Assim, o trabalho decente se caracteriza como um trabalho produtivo e de qualidade, exercido em condições de equidade, segurança e dignidade humana, e constitui uma das condições fundamentais para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável.

Nessa mesma linha, é importante ainda mencionar o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), um tratado multilateral adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1966 e em vigor desde janeiro de 1976. Foi ratificado pelo Brasil em janeiro de 1992 (Decreto nº 591/92). Segundo o artigo 6 do PIDESC, o trabalho decente é aquele “que respeita os direitos fundamentais da pessoa humana assim como os direitos dos trabalhadores em termos de condições de segurança no trabalho e remuneração”. Ele inclui, portanto, o direito a uma renda digna, o direito de acesso ao emprego e o direito de não ser injustamente privado do emprego. Mas o PIDESC vai além, sendo considerado o mais compreensivo tratado internacional sobre direitos relacionados ao trabalho, conforme se verifica da lista ilustrativa de preceitos abaixo:

– Artigo 6: Direito ao trabalho – Direitos a escolher livremente o trabalho, a garantir a subsistência através do trabalho, a orientação e treinamento técnico e vocacional, a um emprego integral e produtivo e direito a condições de liberdades políticas e econômicas;

– Artigo 7: Direito a condições justas e favoráveis de trabalho – Direitos a salários justos; a igual remuneração por trabalho de igual valor; direito das mulheres a não serem submetidas a condições inferiores as dos homens,

13 Organização Internacional do Trabalho. Trabalho Decente no Brasil. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-decente/lang-pt/index.htm>>. Acesso em: 18 set. 2017.

direito à vida decente para o trabalhador e sua família, direito a condições de trabalho seguras e saudáveis, direito a igual oportunidade à promoção baseada na antiguidade ou competência, direito ao descanso e lazer, direito à limitação razoável das horas de trabalho e direito a férias remuneradas periódicas;

– Artigo 8: Direitos sindicais – Direito a formar e associar-se a sindicatos, direitos dos sindicatos a formar federações nacionais e internacionais e a funcionarem livremente, e direito de greve;

– Artigo 9: Direito à seguridade social;

– Artigo 10: Direitos da família – Direitos à proteção da família, especialmente enquanto for responsável pela educação e cuidado das crianças, das mulheres a especial proteção antes e após a gravidez, das mães trabalhadoras a licença remunerada ou licença com benefício social, das crianças e jovens a serem protegidos da exploração econômica e social;

– Artigo 11: Direito a um padrão de vida adequado – Direito a um padrão de vida adequado para o/a trabalhador/a e sua família, o que inclui alimentação, vestuário e moradia adequada, e direito à melhoria contínua do padrão de vida;

– Artigo 12: Direito à saúde – Direito à higiene no trabalho e à prevenção e tratamento e controle de doenças ocupacionais.

Como se vê, o PIDESC articula o direito ao trabalho em suas dimensões individual e coletiva, sendo explícito ainda quanto ao papel central que devem desempenhar os Estados na garantia e implementação desse direito que se caracteriza como verdadeiro amálgama de múltiplas proteções. Em seu Comentário Geral nº 18, já antes referido, o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, órgão, por excelência, intérprete do PIDESC, explicitou que o trabalho de que trata o artigo 6 do referido Pacto deve ser trabalho decente. Ainda, ressaltou a importância de se garantirem condições de trabalho seguras e remuneração digna e capaz de garantir a subsistência da família, de se respeitarem os direitos das mulheres e pessoa jovens, de se abolir o trabalho infantil e de se proteger, de modo geral, o direito ao trabalho, por meio da adoção de legislações e outras medidas que possibilitem a ampliação e melhoramento desse direito, e não sua precarização e desproteção¹⁴. Especificamente sobre medidas de privatização ou de flexibilização dos mercados de trabalho, referido Comentário assim se posiciona:

14 UNITED NATIONS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *The Right to Work. General Comment n. 18*, adopted on 24 November 2005. E/C.12/GC/18. Tradução nossa.

“25. As obrigações de *proteger* o direito ao trabalho incluem, *inter alia*, os deveres dos Estados Partes de adotar legislação ou tomar outras medidas para assegurar a igualdade de acesso ao trabalho e à formação e garantir que as medidas de privatização não prejudiquem os direitos dos trabalhadores. Medidas específicas para aumentar a flexibilidade dos mercados de trabalho não devem tornar o trabalho menos estável ou reduzir a proteção social do trabalhador. A obrigação de proteger o direito ao trabalho inclui a responsabilidade dos Estados Partes em proibir o trabalho forçado ou compulsório por atores não estatais.

26. Os Estados Partes são obrigados a *cumprir (fornecer)* o direito ao trabalho quando pessoas ou grupos, por razões que estão fora do seu controle, não conseguem realizar esse direito pelos meios de que disponham. Esta obrigação inclui, *inter alia*, a obrigação de reconhecer o direito ao trabalho nos sistemas jurídicos nacionais e de adotar uma política nacional sobre o direito ao trabalho, bem como um plano detalhado para sua realização. O direito ao trabalho exige a formulação e a implementação pelos Estados Partes de uma política de emprego com o objetivo de “estimular o crescimento econômico e o desenvolvimento, aumentar o nível de vida, atender às necessidades de mão de obra e superar o desemprego e o subemprego”. É neste contexto que medidas eficazes para aumentar os recursos alocados para reduzir a taxa de desemprego, em particular entre as mulheres, pessoas desfavorecidas e marginalizadas, devem ser tomadas pelos Estados Partes. O Comitê sublinha a necessidade de estabelecer um mecanismo de compensação em caso de perda de emprego, bem como a obrigação de tomar as medidas adequadas para estabelecer agências de emprego (públicas ou privadas) nos níveis nacional e local. Além disso, a obrigação para cumprir (fornecer) o direito ao trabalho inclui a implementação pelos Estados Partes de planos para combater o desemprego.

27. A obrigação de *cumprir (facilitar)* o direito ao trabalho exige que os Estados Partes, *inter alia*, tomem medidas positivas para habilitar e auxiliar os indivíduos a gozar do direito ao trabalho e para implementar planos de educação técnica e vocacional para facilitar o acesso ao emprego.

28. A obrigação de *cumprir* (*promover*) o direito ao trabalho exige que os Estados Partes adotem, por exemplo, programas educacionais e informativos para sensibilizar o público sobre o direito ao trabalho.”¹⁵

Também no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, há uma proteção específica ao trabalho digno, exercido em condições de igual consideração e respeito aos trabalhadores e trabalhadoras. A relevância dessa proteção é evidente, haja vista a desigualdade endêmica de que sofre a América Latina, a baixa consolidação das instituições democráticas, a crescente tendência à privatização do Estado social de direito e a corrupção nos espaços públicos e privados. Em um contexto como esse, a garantia de proteções formais aos direitos sociais e, em particular, o direito ao trabalho, em âmbito regional, ganha particular relevância, assim como adquire centralidade a atuação de órgãos como a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse sentido, a Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem (*sic*, para significar “humano”) determina que toda pessoa tem direito ao trabalho em condições dignas (artigo XIV). Da mesma forma, a Carta da Organização dos Estados Americanos, em seu artigo 45, *b*, prevê que o trabalho deve ser exercido em condições que assegurem “a vida, a saúde e um nível econômico digno ao trabalhador e sua família, tanto durante os anos de atividade como na velhice, ou quando qualquer circunstância o prive da possibilidade de trabalhar”¹⁶. Mais recentemente, ainda no âmbito regional, o conceito de trabalho decente foi adotado quando da aprovação, unânime, da Carta Social das Américas pela OEA, em 2012. A Carta reconhece a relação intrínseca entre o trabalho decente e o desenvolvimento sustentável, ao dispor, em seu artigo 8, que “a promoção do trabalho decente, a redução do desemprego e do subemprego e a atenção aos desafios do trabalho informal são elementos essenciais para que se alcance o desenvolvimento econômico com igualdade”¹⁷. Ou seja, a Carta Social faz evidente que o desenvolvimento econômico não pode ser utilizado como escusa para a violação ao trabalho decente, tampouco pode-se admitir um modelo de desenvolvimento que, em lugar de promover a igualdade, produza pobreza, marginalidade e aprofunde os níveis de desigualdade social já existentes.

15 UNITED NATIONS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *The Right to Work. General Comment n. 18*, adopted on 24 November 2005. E/C.12/GC/18. Tradução nossa.

16 Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/q.Carta.OEA.htm>>. Acesso em: 18 set. 2017.

17 Para mais informações sobre a Carta e acesso ao documento integral, consulte: <http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-206/12>.

Com efeito, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, adotada pela ONU em 1986, enfatiza que esse direito contempla três dimensões centrais, que não podem ser negligenciadas: a justiça social, a participação e *accountability*, e a cooperação internacional. Como explicita Flávia Piovesan, “para a Declaração do Direito ao Desenvolvimento, o desenvolvimento compreende um processo econômico, social, cultural e político, com o objetivo de assegurar a constante melhoria do bem-estar da população e dos indivíduos, com base em sua ativa, livre e significativa participação neste processo, orientada pela justa distribuição dos benefícios dele resultantes. (...) Na promoção do desenvolvimento, igual consideração deve ser conferida à implementação, promoção e proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais”¹⁸.

Sobre esse nexo entre desenvolvimento sustentável e trabalho decente, a Agenda 2030, adotada em setembro de 2015, e seus 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), também da ONU, é particularmente elucidativa. Esse documento, acordado por quase 200 países, inclusive o Brasil, afirma que os governos devem alcançar um desenvolvimento “sustentável nas suas três dimensões – econômica, social e ambiental – de forma equilibrada e integrada”, com a eliminação da fome, da miséria e diminuição da pobreza até 2030. Da Agenda, devo destacar o Objetivo nº 8¹⁹, que consiste em “Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos”. Particularmente importante nesse Objetivo é o item 8.8: “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”. Além disso, deve-se ter em conta o papel do trabalho na redução das desigualdades sociais, tal como assentado no Objetivo nº 10: “Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles”, adotando “políticas, especialmente fiscal, salarial e de proteção social, e alcança[ndo] progressivamente uma maior igualdade” (10.4).

É certo que, no Brasil, as condições para o cumprimento dos compromissos assumidos na Agenda 2030 se deterioraram muito desde 2016, quando, por meio da Emenda Constitucional nº 95, impôs-se ao país uma política de austeridade fiscal sem precedentes no mundo, com um duro teto para gastos sociais, cortes orçamentários de mais de cinquenta por cento em diversos órgãos e reformas que, a um só tempo, aprofundam a exclusão social e ampliam as desigualdades. Relevante ressaltar que, diferentemente do discurso de austeri-

18 PIOVESAN, Flávia. Direito ao trabalho decente e a proteção internacional dos direitos sociais. In: VIANA, Márcio Túlio; ROCHA, Cláudio Jannotti da. *Como aplicar a CLT à luz da Constituição: alternativas para os que militam no foro trabalhista*. São Paulo: LTr, 2016. p. 172.

19 Para acesso ao documento integral, consulte: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>.

dade apregoado e utilizado para justificar as reformas, o governo federal vem acelerando o endividamento público, porém em uma direção não distributiva, ao revés: acumuladora.

Isso se vê com absoluta clareza na tabela a seguir, elaborada pelo consultor do Senado Federal Petrônio Portella Nunes Filho²⁰, que demonstra que houve aumento explosivo (e não retração) da dívida líquida do Governo Federal após o impeachment. A tabela cita dados oficiais publicados pelo Banco Central na Internet²¹. Em um ano e meio, majoritariamente sob o atual governo Temer e apenas quatro meses sobre o de Dilma já sob processo de impeachment, a dívida cresceu 76%, mais do que o dobro do crescimento nos cinco anos sob o governo de Dilma Rousseff (31%) e quase o mesmo percentual dos oito anos do governo Lula (79%).

Dívida Líquida de Governo Federal e Banco Central por Presidente da República – Após o Plano Real

<i>Início do Plano Real (1994)</i>			
<i>Ano</i>	<i>Dívida líquida federal (R\$ milhões)</i>	<i>Varição nominal acumulada</i>	<i>Como % do PIB</i>
1994	65.836	n.d.	18,9%
<i>Governo FHC (1995 a 2002)</i>			
<i>Ano</i>	<i>Dívida líquida federal (R\$ milhões)</i>	<i>Varição nominal acumulada (%)</i>	<i>Como % do PIB</i>
1995	90.406	37%	12,8%
1996	128.413	95%	15,0%
1997	167.742	155%	17,6%
1998	231.268	251%	23,1%
1999	316.222	380%	29,1%
2000	532.967	436%	29,4%
2001	411.772	525%	31,3%
2002	560.829	752%	37,7%
<i>Governo Lula (2003 a 2010)</i>			
<i>Ano</i>	<i>Dívida líquida federal (R\$ milhões)</i>	<i>Varição nominal acumulada (%)</i>	<i>Como % do PIB</i>
2003	578.748	3%	33,7%
2004	601.478	7%	30,7%
2005	664.224	18%	30,6%
2006	735.800	31%	30,5%

20 Autor do Texto para Discussão nº 217. “A PEC do teto dos gastos públicos é necessária? – Estudo do endividamento federal após o Plano Real”. Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa. Brasília, novembro de 2016. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td217>>. Acesso em: 26 set. 2017.

21 Os dados do Banco Central podem ser acessados em: <<https://www3.bcb.gov.br/sgspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries>>. In: “Finanças Públicas/Dívida Líquida do Setor Público e Dívida do Governo Geral”.

DOCTRINA

2007	816.681	46%	30,0%
2008	728.327	30%	23,4%
2009	932.535	66%	28,0%
2010	1.001.117	79%	25,8%
<i>Governo Dilma (2011 a 2015)</i>			
<i>Ano</i>	<i>Dívida líquida federal (R\$ milhões)</i>	<i>Variação nominal acumulada (%)</i>	<i>Como % do PIB</i>
2011	1.009.192	1%	23,1%
2012	1.002.205	0%	20,9%
2013	1.025.358	2%	19,3%
2014	1.200.680	20%	21,1%
2015	1.312.962	31%	22,2%
<i>Governo Temer (2016 em diante)</i>			
<i>Ano</i>	<i>Dívida líquida federal (R\$ milhões)</i>	<i>Variação nominal acumulada (%)</i>	<i>Como % do PIB</i>
2016	2.090.133	59%	33,4%
2017 (jun.)	2.308.536	76%	36,1%

Fonte dos dados primários: Banco Central, DEPEC.

A tabela mostra também que o endividamento líquido federal como proporção do Produto Interno Bruto (PIB) diminuiu de 37,7% do PIB no final de 2002 (final do governo FHC) para 22,2% do PIB em dezembro de 2015 (véspera do processo de impeachment), e nestes últimos dois anos de Temer voltou a aumentar chegando em junho a 36,1%. Não se trata de entrar em debate de natureza econômica, mas os dados oficiais do Banco Central trazem dados evidentes e singelos. O que importa demonstrar, para os fins deste trabalho, é a ausência de justificativa econômica plausível para realizar uma política de retrocesso de direitos sociais, que poderia ser justificada na exceção do art. 26 da Convenção Americana, ante a falta de recursos disponíveis. O que está sucedendo é a diminuição de gastos com direitos sociais, de um lado, e, de outro, a ampliação de desoneração fiscal empresarial, a aprovação de emendas financeiras parlamentares muitas vezes perdulárias, ou aplicações em áreas desimportantes para a maioria da cidadania que necessita, e muito, da presença protetora do Estado e do direito do trabalho. A recém-aprovada reforma trabalhista merece, então, ser examinada à luz dos princípios do desenvolvimento progressivo e da vedação ao retrocesso social, para que se constate ser ineludivelmente violadora destes princípios.

OS PRINCÍPIOS DO DESENVOLVIMENTO PROGRESSIVO DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS, CULTURAIS E AMBIENTAIS E DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

O quadro sociopolítico vivido pelo Brasil desde meados de 2016 até o presente, com a formulação e aprovação de normas constitucionais e infracons-

titucionais que retiram e/ou limitam direitos sociais historicamente assegurados, nos remete a um outro ponto de grande importância ressaltado pelo arcabouço do direito internacional dos direitos humanos: o princípio da progressividade que rege os direitos sociais e implica na consequente vedação do retrocesso social. Nesse sentido, na Proclamação de Teerã, de 1968, editada por ocasião dos vinte anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os Estados reconheceram que “a realização de um progresso duradouro na aplicação dos direitos humanos depende de boas e eficientes políticas internacionais de desenvolvimento econômico e social”. Esse documento, resultado da Conferência Internacional de Direitos Humanos, que se reuniu para avaliar os progressos alcançados desde a promulgação da Declaração Universal, reconheceu, dentre outros fatos importantes como as dívidas do colonialismo e a opressão do *apartheid* na África do Sul, que “como os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta impossível”²².

A realização progressiva significa que os Estados, independentemente do seu nível de desenvolvimento econômico ou da quantidade de recursos materiais de que dispõem, devem adotar medidas imediatas e futuras que permitam progressivamente a integral efetivação dos DESCAs. Vários documentos internacionais, dentre eles os Princípios de Limburgo sobre a Aplicação do PIDESC²³ e o Comentário Geral nº 3 do Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, identificaram medidas que devem ser tomadas de forma imediata para qualquer nível de recursos disponíveis. Nesse sentido, referido Comentário determina que “enquanto a completa realização de direitos relevantes pode ser alcançada progressivamente, providências em direção ao objetivo devem ser tomadas dentro de um tempo razoavelmente curto depois da entrada em vigor do Pacto para os Estados envolvidos. Tais providências devem ser deliberadas, concretas e dirigidas às metas tão claramente quanto possível em direção à realização da obrigação reconhecida no Pacto”²⁴. A observância do princípio da realização progressiva implica, portanto, que o Estado deve priorizar programas que assegurem os DESCAs da população, e, ao mesmo tempo, que o acesso a tais programas seja ampliado progressivamente, tanto em termos de seu escopo, para abarcar um leque cada vez mais amplo de direitos, quanto

22 Organização das Nações Unidas. *Proclamação de Teerã*. 1968. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Confer%C3%A2ncias-de-C%C3%BApula-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-sobre-Direitos-Humanos/proclamacao-de-teera.html>>. Acesso em: 25 set. 2017.

23 O documento contendo os princípios pode ser encontrado aqui: <http://www.derechos.org/ve/pw/wp-content/uploads/desc_07.pdf>.

24 UNITED NATIONS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *The nature of States parties' obligations*. *General Comment n. 3*, 1990. E/1991/23. Tradução nossa.

em termos de cidadãos e cidadãs contemplados, cujo número deve ser continuamente maior. Nas palavras de Heiner Steiner, segundo sua interpretação da orientação dada pelo Comitê:

“Como o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais deixou claro sobre as obrigações do Estado sob esse Pacto, a noção de realização progressiva de modo algum invalida ou compromete a ideia de obrigação do Estado. A obrigação é tomar medidas, tão amplas e frequentes quanto sejam plausíveis, pode-se dizer, em direção ao objetivo. Como o Comitê afirmou, os passos que fazem parte da realização progressiva ‘devem ser tomadas dentro de um tempo razoavelmente curto’ após a ratificação. Eles devem ser ‘deliberados, concretos e direcionados’ para cumprir as obrigações do Estado.”²⁵

Miguel Carbonell e Eduardo Ferrer Mac-Gregor, apoiando-se no trabalho de Abramovich e Courtis, explicam que “a obrigação de progressividade constitui um parâmetro para julgar as medidas adotadas pelos poderes legislativo e executivo em relação aos direitos sociais, é dizer, se trata de uma forma de caráter substantivo através da qual os tribunais podem chegar a determinar a instituição de certas medidas (ou ao menos sua ilegitimidade à luz do Pacto)”²⁶.

Mas não apenas o sistema universal de direitos humanos, como vimos, impõe a progressividade dos direitos sociais, pois encontramos proteção semelhante no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A Carta da Organização dos Estados Americanos, ratificada pelo Brasil em 1950, tem em seu núcleo a justiça social vinculada à efetivação dos DESCAs. Em seus propósitos essenciais também se encontram a erradicação da pobreza e a promoção do desenvolvimento econômico, social e cultural (artigo 2º, alíneas *f* e *g*)²⁷. Institui, ainda, explicitamente, como deveres dos Estados, a união de esforços para consolidar o acesso da população ao trabalho digno, educação, serviços de saúde e desenvolvimento cultural, entre outros. Ao longo do capítulo VII, que trata do desenvolvimento integral, fica evidente a abordagem holística dos direitos humanos pretendida pelo documento, que reafirma as garantias dos direitos civis e políticos como pressupostos para a fruição dos DESCAs, ressaltando sua interdependência.

25 STEINER, Heiner. International protection of human rights. In: EVANS, Malcom (Org.). *International Law*, p. 757 a 787. New York: Oxford University Press, 2003, p. 780. Tradução nossa.

26 CARBONELL, Miguel; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*. México: Editorial Flores, 2014. p. 47. Tradução nossa.

27 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Carta da Organização dos Estados Americanos*. 1967. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/tratados_A41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm>. Acesso em: 30 nov. 2016.

Por outro lado, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (promulgada pelo Decreto nº 678/92) estabelece, em seu artigo 26, o dever de os Estados progressivamente assegurarem “a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura” constantes da Carta da OEA, entre os quais se inclui o direito ao trabalho em condições dignas. Trata-se de uma obrigação imposta ao Estado, que repercute sobre toda sua população, e não apenas às partes de um caso concreto, como asseverou a Corte Interamericana, no Caso Cinco Pensionistas vs. Peru, julgado em 2003. Tal caso tratou da situação de cinco pensionistas do setor público que gozavam de um sistema que progressivamente igualava a sua pensão ao salário recebido por alguém ocupando posição semelhante ou função parecida no órgão público a que eles eram vinculados. Contudo, um decreto de 1992 alterou abruptamente esse sistema de pensão, reduzindo os ganhos mensais em aproximadamente 78%. A Corte examinou o caso à luz do direito de propriedade, previsto no artigo 21 da Convenção Americana, conferindo-lhe contornos marcadamente inovadores. Isso porque entendeu que o direito dos pensionistas ao esquema de aposentadoria em que originalmente se encontravam fazia parte do seu patrimônio, e enquanto tal, não poderia ser violado. Assim, a Corte demonstrou como a seguridade social está intrinsecamente relacionada com o direito de propriedade, apontando, mais uma vez, para a inter-relação característica dos direitos humanos. Por outro lado, acerca do dever contido no artigo 26 da Convenção Americana, a Corte assim o definiu:

“Os direitos econômicos, sociais e culturais têm uma dimensão tanto individual como coletiva. Seu desenvolvimento progressivo, sobre o qual já se pronunciou o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, se deve medir, no critério deste Tribunal, em função da crescente cobertura dos direitos econômicos, sociais e culturais em geral, e do direito à previdência social e à aposentadoria em particular, sobre o conjunto da população, tendo presentes os imperativos da equidade social, e não em função das circunstâncias de um grupo muito limitado de aposentados não necessariamente representativos da situação geral prevalente.”²⁸

Nesse sentido, o dever expresso no artigo 26 da Convenção deve ser interpretado de forma harmônica com as demais normas do próprio Pacto de São José da Costa Rica, conforme não apenas as regras de interpretação

28 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de fevereiro de 2003, parágrafo 147.

nele contidas, mas também as disposições gerais de hermenêutica do direito internacional. Esse processo interpretativo é assim sintetizado pela doutrina:

“(...) una interpretación sobre los derechos económicos, sociales y culturales en el Pacto de San José conforme al artículo 29 y al objeto y fin de la Convención Americana, de acuerdo a los principios *pro persona* y *pro sociedad*, nos lleva a las siguientes conclusiones:

a) Las obligaciones de respetar y garantizar los derechos y las libertades, y de adoptar las disposiciones de derecho interno, alcanzan tanto a los derechos civiles y políticos como a los derechos económicos, sociales y culturales, de acuerdo con el alcance del artículo 26 de la Convención Americana.

b) Es plenamente exigible la toma de medidas (y la abstención de adoptar medidas que generen el efecto contrario), para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

c) Un Estado debe utilizar sus recursos disponibles de manera compatible con las previsiones sobre derechos económicos, sociales y culturales establecidas en la Convención Americana, para no incurrir en violaciones al artículo 26 del Pacto de San José.

d) El artículo 43 del Pacto de San José refuerza el deber de garantía del artículo 1 de la Convención Americana, al establecer la obligatoriedad de asegurar su aplicación efectiva en relación con todos los derechos humanos consagrados.

Un Estado, finalmente, incurrirá en responsabilidad internacional por violación al artículo 26 del Pacto de San José, si:

e) En la medida de sus recursos disponibles no adopta medidas progresivas que tengan por resultado un mejor disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales que el existente antes de adoptar dichas medidas.

f) Adopta medidas que además de no mejorar el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, generan el efecto contrario, es decir, deterioran el goce de los mismos.

g) Se demuestra que con los recursos disponibles podían tomarse medidas que otorgaran mejores resultados, o iguales resultados con menos recursos disponibles.”²⁹

No Caso *Acevedo Buendia e outros vs. Peru*³⁰, em que se discutia o direito à remuneração de aposentados e pensionistas, a Corte determinou uma obrigação de fazer ao Estado, reconhecendo a necessidade de implantação progressiva de medidas que respondessem às exigências de efetividade dos direitos sociais. Pronunciando-se sobre a norma contida no artigo 26 da Convenção, a Corte assinalou que esse dispositivo contém direitos econômicos, sociais e culturais que são exigíveis e aos quais são aplicáveis as obrigações de respeito e garantia, previstas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana. Esse ponto é de extrema importância para a justiciabilidade dos DESCAs, pois a Corte estabeleceu ser “pertinente recordar a interdependência existente entre os direitos civis e políticos e os econômicos, sociais e culturais, já que devem ser entendidos integralmente como direitos humanos, sem hierarquia entre si e exigíveis em todos os casos perante aquelas autoridades que sejam competentes para tanto”³¹.

E, indo mais adiante, a Corte declarou que do princípio da progressividade dos DESCAs se depreende um dever de não regressividade, nos seguintes termos:

“102. (...) o Estado terá essencialmente, ainda que não exclusivamente, uma obrigação de fazer, ou seja, de adotar providências e disponibilizar os meios e elementos necessários para responder às exigências de efetividade dos direitos envolvidos, sempre na medida dos recursos econômicos e financeiros de que disponha para o cumprimento do respectivo compromisso internacional adquirido. Assim, a implementação progressiva destas medidas poderá ser objeto de prestação de contas e, se for o caso, o cumprimento do respectivo compromisso adquirido pelo Estado poderá ser exigido perante as instâncias convocadas a resolver eventuais violações aos direitos humanos.

103. Como corolário do anterior, observa-se um dever – embora condicionado – de não regressividade, que nem sempre deverá ser entendido como uma proibição de medidas que restrinjam o exercício de

29 SALVIOLI, Fabián. La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos. *Revista IIDH* 39, 2004, p. 112-113.

30 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Acevedo Buendia e outros vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1º. de julho de 2009.

31 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Acevedo Buendia e outros vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. par. 101.

um direito. A esse respeito, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas afirmou que ‘as medidas de caráter deliberadamente regressivo neste aspecto requererão a consideração mais cuidadosa e deverão ser justificadas plenamente por referência à totalidade dos direitos previstos no Pacto [Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais] e no contexto do aproveitamento pleno do máximo dos recursos de que [o Estado] disponha’. Na mesma linha, a Comissão Interamericana considerou que, para avaliar se uma medida regressiva é compatível com a Convenção Americana, deverá ser ‘determinado se está justificada por razões de peso suficiente’. Por todo o exposto, cabe afirmar que a regressividade é protegida (justificável) quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais.”³²

Importante esclarecer, neste ponto, que não é necessário ingressar com um caso no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos para usufruir dos ditames das sentenças da Corte Interamericana, haja vista o caráter amplamente reconhecido de vinculatoriedade dessas sentenças, seja para o Estado-parte em um caso particular (vinculação direta), seja para os demais Estados que ratificaram a Convenção Americana (vinculação indireta, haja vista a obrigatoriedade de atender aos preceitos da Convenção segundo interpretada pela Corte).

O princípio da não regressão, que encontra guarida tanto no sistema universal quanto no regional de direitos humanos, significa que quaisquer medidas que restrinjam ou retirem DESCAs já assegurados encontram-se em contradição com o princípio da realização progressiva e constituem uma violação desses direitos, a menos que estejam devidamente justificadas e sopesadas em relação à fruição de outros DESCAs. Medidas regressivas incluem todos os atos de omissão ou comissão do Estado que privem as pessoas de direitos que elas antes costumavam gozar. Como ensina Canotilho, o princípio do não retrocesso social, também designado de “proibição de ‘contrarrevolução social’ ou da ‘evolução reacionária’” significa que “os direitos sociais e econômicos (ex.: direitos dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido em determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjectivo*. (...) Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captado em termos ideológicos ou formulado em termos

32 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Acevedo Buendia e outros vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. par. 102 e 103.

gerais ou de garantir em abstracto um *status quo* social, mas de proteger direitos fundamentais sociais sobretudo no seu núcleo essencial”³³.

Comentando a questão em relação ao PIDESC, Miguel Carbonell e Eduardo Ferrer Mac-Gregor ensinam que “da obrigação de progressividade se depreende também a proibição de regressividade, é dizer, a proibição de que os Estados Parte deem marcha ré nos níveis alcançados de satisfação dos direitos; por isso se pode afirmar que a obrigação dos Estados Parte em relação aos direitos estabelecidos no Pacto é de carácter ampliatório, ‘de modo que a derrogação ou redução dos direitos vigentes contradiz claramente o compromisso internacional assumidos’”³⁴. A vedação do retrocesso social encontra ainda guarida na Constituição da OIT, que estabelece que “em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-Membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que *assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação*”. Ou seja, o Estado jamais poderá retirar direitos das pessoas trabalhadoras por meio da adoção de normas internacionais que possam substanciar um retrocesso social em razão do dever de aplicação de legislação interna mais favorável.

De tudo quanto se expôs até esse ponto, depreende-se o dever de o Estado não retroceder em matéria de direitos sociais, isto é, não retirar ou reduzir garantias sociais antes usufruídas por cidadãos e cidadãs. Normas que retiram direitos antes assegurados no âmbito do trabalho, afetando a garantia de vida, de saúde e de um nível econômico da pessoa trabalhadora e sua família, consistem, de modo evidente, em violação ao referido dever e devem, portanto, ser examinadas por essa ótica, o que farei, a título de ilustração, com alguns dos dispositivos contidos na reforma trabalhista de 2017 na seção seguinte.

ALGUMAS DAS VIOLAÇÕES CONTIDAS NA REFORMA TRABALHISTA

De forma geral, e diante das várias obrigações internacionais assumidas pelo Brasil elencadas na seção anterior, deve-se reconhecer nulidades na reforma trabalhista como um todo.

33 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 338-340.

34 CARBONELL, Miguel; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*. México: Editorial Flores, 2014. p. 46. Tradução nossa.

Examinando questões específicas, a primeira contrariedade às obrigações internacionais contraídas pelo Brasil já se verifica no modo como foi conduzida a produção e promulgação da reforma trabalhista. As Convenções ns. 144 e 154 da OIT, ambas incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, respectivamente, pelos Decretos Legislativos ns. 6/89 e 22/92, estabelecem a necessidade da promoção de um amplo diálogo social para a introdução de modificações no direito do trabalho, com a participação de todos os atores sociais do mundo do trabalho. Deve haver o que se chama de consulta tripartite, o que obviamente não ocorreu.

A reforma foi pensada unilateralmente por um governo de vice-presidente que, ao assumir em lugar da presidenta da República eleita, após seu *impeachment*, abandonou o programa de governo escolhido pelo voto popular. Então, enviou o projeto de reforma trabalhista ao Poder Legislativo sem que houvesse um debate adequado e profundo com a sociedade e, especialmente, a classe trabalhadora que por ela será afetada. Trata-se, portanto, de medida imposta por maioria legislativa, mas sem respaldo popular, contrariando o dever do diálogo social decorrente das mencionadas convenções da OIT, e os mínimos procedimentos democráticos. Como mencionei anteriormente, um dos componentes essenciais do direito ao desenvolvimento é o debate democrático. Assim, o Estado deve “encorajar a participação popular em todas as esferas como um importante fator ao direito ao desenvolvimento e à plena realização dos direitos humanos. Estados devem promover e assegurar a livre, significativa e ativa participação de indivíduos e grupos na elaboração, implementação e monitoramento de políticas de desenvolvimento. Neste contexto, os princípios de participação e da *accountability* são centrais ao direito ao desenvolvimento”³⁵.

Além desse aspecto procedimental, do ponto de vista substantivo, a reforma trabalhista vai de encontro ao dever de promoção do trabalho decente e do desenvolvimento sustentável, contido em tratados e convenções mencionados anteriormente. A reforma implica a precarização do trabalho por meio da retirada ou diminuição de direitos antes garantidos pela Consolidação das Leis do Trabalho e por leis complementares. Assim, as medidas consistentes na prevalência do negociado sobre o legislado; na permissão de contratos precários e trabalho intermitente; na prevalência dos direitos individuais e fragilização dos direitos coletivos; na redução do papel da justiça do trabalho e nos obstáculos impostos ao acesso da pessoa trabalhadora à justiça consistem em violações

35 PIOVESAN, Flávia. *Op cit.* p. 172.

frontais ao PIDESC, às Convenções ns. 98 e 154 da OIT³⁶ e ao artigo 26 da Convenção Americana.

Quero chamar atenção para a implantada prevalência de convenções e acordos coletivos sobre a legislação. A orientação da OIT é no sentido de que o negociado só prevalece para ampliar direitos. Esse entendimento é também uma decorrência lógica do princípio do não retrocesso. Ora, se a reforma pretendesse valorizar a autonomia coletiva, não precisaria dizer o óbvio: as negociações coletivas sempre foram importante fonte do Direito do Trabalho, tendo, porém, como limite, os preceitos legais vigentes. As partes podem e devem negociar condições de trabalho, desde que observem o que comanda o *caput* do art. 7º da Constituição Federal, ou seja, desde que “visem à melhoria de sua condição social”.

Além disso, é importante considerar a grave permissão da terceirização irrestrita, que implica a completa desregulamentação do mundo do trabalho e da rede de proteção e assistência social. Os impactos negativos da terceirização sobre o mundo do trabalho e, particularmente, sobre as condições de vida dos trabalhadores e trabalhadoras terceirizados já foram catalogados: existem inúmeros estudos que demonstram uma diferença substancial entre o salário percebido pelo terceirizado e aquele pago ao trabalhador diretamente vinculado à empresa que se beneficia de sua mão de obra. Dados oficiais do Ministério do Trabalho (RAIS/CAGED) indicam que essa diferença pode chegar a quase um quarto do salário. Na Espanha, país que acumula alguns anos de experiência em terceirização, a diferença entre os salários fixados nos convênios entre as prestadoras de serviços e os terceirizados, e as remunerações constantes dos instrumentos coletivos dos empregados clássicos, é, em média, de 31% a menos para os primeiros³⁷.

Ou seja, existe uma relação direta entre terceirização e redução dos salários, e isso se explica, dentre outros elementos, especialmente pela perda do poder de barganha das pessoas trabalhadoras terceirizadas: elas prestam o serviço para a empresa A, mas seus salários são negociados e fixados pela empresa B. Ora, se decidem fazer uma greve para pressionar por melhores salários ou mesmo condições de trabalho, a empresa A pode simplesmente rescindir o contrato com a empresa B que, por sua vez, haja vista a enorme massa de desempregados, pode demitir os terceirizados grevistas e contratar outros. Os custos da demissão são drasticamente reduzidos para empregadores/

36 Incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, respectivamente, pelos Decretos Legislativos ns. 49/52 e 22/92.

37 Disponível em: <<http://www.ugt.es>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

contratadores e os custos da mobilização e reivindicação são ampliados para a classe trabalhadora, que se vê sem saída. Ou melhor, a saída é a aceitação de um salário diminuto, que não apenas é incapaz de assegurar todos os direitos previstos no art. 7º, IV, da Constituição Federal (moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social), mas que contribui para a concentração de renda em um país que já é o 10º entre os mais desiguais do mundo³⁸.

E mais: segundo pesquisa conduzida pelo Núcleo de Estudos Conjunturais da Faculdade de Economia da Universidade Federal da Bahia, atualizada com dados até maio de 2017, 75% de casos de trabalho análogo ao de escravo estão relacionados com a terceirização³⁹. Diante disso, é necessário também rememorar os instrumentos de proteção aos trabalhadores nessas condições, especialmente a Convenção nº 29 da OIT. O protocolo relativo àquela convenção faz menção expressa à necessidade de proteção às pessoas trabalhadoras que possuem maior risco de submissão a tais condições.

Vem a propósito recordar que o Estado brasileiro foi condenado recentemente, em outubro de 2016, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, por escravidão e tráfico de pessoas, quando a Corte foi explícita em analisar o contexto geral de discriminação de pobres no país, que redundava em, observe-se a gravidade, uma “discriminação estrutural histórica em razão da posição econômica” de trabalhadores. E transcreveu excerto de contexto descrito pela OIT:

“Quanto piores as condições de vida, mais dispostos estarão os trabalhadores a correrem os riscos do trabalho longe de casa. A pobreza, nesse sentido, é o principal fator da escravidão contemporânea no Brasil, por aumentar a vulnerabilidade de significativa parcela da população, tornando-a presa fácil dos aliciadores para o trabalho escravo.”⁴⁰

Em seguida na mesma sentença, a Corte continua (parágrafo 342) no sentido de que o Brasil não atuou “com a devida diligência requerida para pre-

38 Segundo matéria veiculada no jornal *O Globo*, intitulada “Brasil é o 10º país mais desigual do mundo”, publicada em 21.03.2017, disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/brasil-o-10-pais-mais-desigual-do-mundo-21094828>>. A matéria baseia-se na análise dos Índices de Gini contidos no Relatório de Desenvolvimento Humano 2016 das Nações Unidas, produzido pelo PNUD, referência: UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. Human Development Report 2016. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/2016_human_development_report.pdf>. Acesso em: 26 set. 2017.

39 Disponível em: <<http://www.prt5.mpt.mp.br/19-noticias/886-estudo-da-ufba-aponta-relacao-entre-terceirizacao-e-trabalho-escravo>>. Acesso em: 25 set. 2009.

40 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de outubro de 2016. Parágrafo 340.

venir adequadamente a forma contemporânea de escravidão” e nem “para pôr fim a esse tipo de violação”. Prossegue asseverando que “este *descumprimento do dever de garantia é particularmente sério* devido ao contexto conhecido pelo Estado e às obrigações impostas em virtude do artigo 6.1 da Convenção Americana e, em particular, derivadas do caráter de *jus cogens desta proibição*”. Portanto, o Estado foi considerado responsável internacionalmente por violação à Convenção Americana no “marco de uma situação de discriminação estrutural histórica, em razão da posição econômica” das vítimas, razão pela qual o Brasil tem a obrigação internacional de implementar ações positivas no sentido de reduzir a pobreza, de melhor proteger os vulneráveis, jamais de legislar em sentido contrário, como no caso da reforma laboral de 2017 e da legislação relativa à terceirização.

Outro problema com a permissão e permissividade da terceirização é o seu impacto na frágil rede de proteção e assistência social do país. Há um custo econômico que será suportado pela seguridade social. Por um lado, a redução salarial significa que também será reduzida a base de cálculo da contribuição da pessoa trabalhadora terceirizada para o Regime Geral de Proteção Social (RGPS), ou seja, recebendo menos, ela automaticamente contribuirá menos.

Adicionalmente, estudos evidenciam que há uma alta rotatividade entre terceirizados: eles não apenas permanecem menos tempo no emprego, como também trocam de emprego com muito mais frequência que os trabalhadores diretos. Dados do Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) e da Central Única dos Trabalhadores (CUT) indicam que, enquanto o tempo médio de permanência de terceirizados no trabalho é de 2,6 anos, entre os trabalhadores diretos, esse número é elevado a 5,8 anos. Isso significa não apenas que eles contribuirão por menos tempo para o RGPS, a Previdência Social e o FGTS, mas que também estarão mais dependentes do regime por meio do seguro-desemprego. De modo bastante simples, o trabalhador terceirizado fornece menos recursos à rede de assistência e seguridade social, ao passo que dela depende mais.

A terceirização de atividade-fim significa justamente o abandono do vínculo entre a pessoa trabalhadora e a atividade econômica, transformando-a em apenas uma engrenagem do processo produtivo, uma mercadoria à disposição dos contratos comerciais entre a tomadora de serviços e a prestadora de serviços. Ou seja, ela é a negação explícita e direta do direito ao trabalho decente.

Para mencionar apenas outras duas mudanças que ferem de morte o direito ao trabalho decente, chamo atenção para a jornada de trabalho de 12 horas – que contraria a primeira normativa da OIT, editada logo após sua

fundação há quase cem anos, e a permissão do trabalho em ambiente insalubre para mulheres gestantes ou lactantes, que além de diversos dispositivos contidos na Declaração Universal de Direitos Humanos e no PIDESC, afronta também a Convenção nº 103 da OIT. Referida Convenção, em vigor no Brasil desde 1996 (Decreto nº 58.520/96), estabelece um rol de medidas protetivas específicas para a maternidade, reconhecendo a necessidade de amparo dessa fase especialíssima da vida das mulheres.

Como se verifica a partir do exame dessa lista apenas ilustrativa de retrocessos consubstanciados nas normas da reforma trabalhista de 2017, eles implicam explícita desobediência a dois princípios fundamentais do direito internacional, reconhecidos pelo Brasil a partir de sua adesão a tratados e convenções que os regulam: a implementação progressiva dos direitos sociais e a vedação do retrocesso social.

Finalmente, há também que se reconhecer que o descumprimento dessas normas internacionais não fere apenas os direitos e as garantias da população brasileira, como igualmente viola o dever de cooperação e de concorrência de boa-fé com a comunidade internacional, especialmente aquela com quem o Brasil mantém vínculos formais, como o Mercado Comum do Sul (Mercosul). Nesse sentido, em agosto de 2017, cerca de um mês após a aprovação da reforma trabalhista pelo Congresso brasileiro, o Ministro do Trabalho e Seguridade Social do Uruguai, Ernesto Murro, e o Chanceler daquele país, Rodolfo Nin Novoa, se manifestaram aberta e diretamente contrários à reforma e enviaram uma nota à Presidência do Mercosul para exigir que seus órgãos sociolaborais examinem o impacto da nova regulamentação⁴¹ na economia regional. Os ministros uruguaios entendem que o texto da legislação brasileira viola a Declaração Sociolaboral do Mercosul⁴², assinada pelos Estados Partes no Rio de Janeiro, em 10 de dezembro de 1998 (Dia Internacional dos Direitos Humanos, diga-se de passagem), assim como consubstancia verdadeiro *dumping* social.

Para Ernesto Murro, o Mercosul impõe aos Estados Partes uma obrigação de respeitar os direitos sociais e trabalhistas. O ministro uruguai questionou, de modo específico, a prevalência do negociado sobre o legislado, ao apontar

41 A cobertura oficial das declarações dos ministros uruguaios pode ser vista na página oficial da Presidência do Uruguai: <<https://www.presidencia.gub.uy/sala-de-medios/audios/audios-breves/murro-reforma-brasilena-mercosur>>; <<https://www.presidencia.gub.uy/sala-de-medios/videos/nin-novoa-se-refirio-la-reforma-laboral-de-brasil?presentationtemplate=embeber-video>>; <<https://www.presidencia.gub.uy/comunicacion/comunicacionnoticias/uruguay-no-transitara-camino-brasil-reforma-laboral-derechos-murro>>; <<https://www.presidencia.gub.uy/comunicacion/comunicacionnoticias/murro-trabajo-uruguay-brasil-mercosur>>. Acesso em: 22 set. 2017.

42 O documento integral está disponível aqui: <<http://www.mercosur.int/innovaportal/v/7748/3/innova.front/declarac%C3%A3o-sociolaboral-do-mercosul>>. Acesso em: 22 set. 2017.

que “si vale más un acuerdo individual entre un empleado y un patrón que una ley o que un convenio, retrocedimos dos o tres siglos, y eso no será solo para los brasileños”⁴³. Em sua manifestação, assim como na nota enviada ao órgão regional, o Uruguai demonstrou preocupação acerca do impacto que a reforma brasileira pode ter também sobre trabalhadores e empresários uruguaios, ao produzir condições de concorrência extremamente desiguais resultantes dos baixos salários que terão trabalhadores e trabalhadoras brasileiros. Também a Ministra da Indústria, Energia e Mineração daquele país, Carolina Cosse, assinalou o caráter de retrocesso social que tem a nova regulação trabalhista brasileira, ao apontar que “pensar en una reforma similar a la de Brasil sería dar un gran paso atrás”⁴⁴. Todas as autoridades uruguaias foram unânimes em apontar que o exemplo brasileiro não deve ser seguido, pois ele consubstancia a desproteção da classe trabalhadora, desmanchando todo o avanço social observado na região nas últimas décadas.

CONCLUSÃO

Diante de tão evidentes violações aos direitos coletivos sociais mais básicos das pessoas trabalhadoras, é fundamental que os operadores e as operadoras de justiça se apercebam da existência de meios internacionais e complementares de proteção dos direitos humanos, como o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e também da necessidade de aplicar internamente suas decisões, bem como de se observar os documentos de direitos humanos ratificados pelo Brasil, como a Convenção Americana, o Protocolo de San Salvador, o PIDESC, a Agenda 2030, para mencionar apenas alguns. É indispensável, ainda, que as pessoas trabalhadoras e suas entidades representativas tenham conhecimento dos instrumentos internacionais que asseguram seus direitos humanos e da possibilidade de reivindicá-los perante o sistema internacional de direitos humanos quando o Poder Judiciário nacional não for suficiente para garantir a sua efetividade.

Na análise dos casos individuais, é imperioso verificar eventuais violações aos direitos elementares de todos os trabalhadores e trabalhadoras estipulados nas normas internacionais que apresentei ao longo deste texto. A desproteção trabalhista é um caminho perigoso, que afronta garantias fundamentais há muito consagradas em diversos mecanismos de proteção internacional e pode levar

43 Disponível em: <<https://www.presidencia.gub.uy/comunicacion/comunicacionnoticias/trabajo-murro-reforma-laboral-brasil-mercosur-nota-impacto-trabajadores-empresarios>>. Acesso em: 22 set. 2017.

44 Disponível em: <<https://www.presidencia.gub.uy/comunicacion/comunicacionnoticias/uruguay-no-transitara-camino-brasil-reforma-laboral-derechos-murro>>. Acesso em: 22 set. 2017.

a uma situação de exploração incompatível com um estado de direito que se pretenda democrático.

Tobias Barreto nos ensinou que, “de todos os modos possíveis de coexistência humana, o direito é o melhor modo”⁴⁵. Mas para ser o melhor modo, o direito deve assegurar a todos e todas as condições necessárias para uma existência digna. Em razão disso, para que prevaleça o melhor direito, o enfrentamento da reforma trabalhista de 2017 no Brasil se faz necessário. Ele consiste na recuperação de um sentido emancipatório ao direito do trabalho, para que este mantenha e aprimore o reconhecimento jurídico das demandas por igualdade, liberdade e solidariedade homenageadas pela Constituição brasileira de 1988, pela Convenção Americana de Direitos Humanos e por várias normas de direito internacional.

45 BARRETO, Tobias. *Discursos*. Sergipe: ECE, 1926. p. 176.

A REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA COMPARADA DAS REFORMAS NA UNIÃO EUROPEIA

Sidnei Machado*

INTRODUÇÃO

É lugar comum assinalar que as reformas no Direito do Trabalho estão associadas a fatores distintos que movem questões centrais da economia e da sociedade e são oriundos da organização do capital e das formas de exploração do trabalho, num contexto de financeirização da economia no ambiente da globalização neoliberal.

As reformas no Direito do Trabalho no panorama europeu se apresentam como mutações que se localizam no panorama amplo de “reformas” do Estado Social que está na ordem do dia desde os anos 1980, movimento que se dá em várias ondas. A última vaga reformista tem como referência a crise de 2008 e é verificada nos países da Europa central, assim como na América do Norte e na América Latina.

Com suas motivações de enfrentamento do desemprego, de modernizar as leis do trabalho ou, ainda, de medidas para enfrentar as crises, as tendências de reformas guardam grandes similaridades entre os diversos países. Porém, no plano mais teórico das ideias sobre o Direito do Trabalho, há muitas bifurcações e as instituições do trabalho de cada país são distintas em trajetórias e reações.

As últimas reformas do Direito do Trabalho no cenário europeu se apresentam dentro da perspectiva de reformas em tempos de crise econômica, com a adoção de medidas de forte flexibilidade e desregulação de direitos, com rupturas centrais da regulação do trabalho. Há similaridades também nos programas adotados do ponto de vista de seus conteúdos, mas em todos os países se caracterizam por uma forte onda de desregulação orientada por uma política econômica ultraliberal.

* *Professor de Direito do Trabalho e Seguridade Social na Universidade Federal do Paraná; mestre e doutor em Direito; advogado.*

O contexto geral de democratização da sociedade brasileira, dimensionado pelo componente global e transnacional de mudanças na perspectiva de um sistema ou ordenamento de direito do trabalho, é fundamental para compreender as tendências reformistas do Direito do Trabalho nos últimos anos no panorama europeu a partir da crise de 2008. A análise comparada dessas reformas pode aportar os elementos teóricos mais críticos para pensar o movimento da reforma trabalhista no Brasil e refletir sobre os impactos do novo paradigma normativo.

A reforma brasileira de 2017, concretizada com a aprovação da Lei nº 13.476, de 13 de julho de 2017, tem naturalmente singularidades pela conjuntura política e institucional em que foi gestada, oriunda da pauta das forças políticas e de um governo que chegou ao poder com o então Vice-Presidente da República *Michel Temer*, via contestado processo de *impeachment* da Presidente *Dilma Rousseff*, em 2016. Todavia, a reforma brasileira não está dissociada desse movimento mais amplo de tendência reformista no Direito do Trabalho. E, nesse sentido, a explicitação do sentido da reforma trabalhista brasileira de 2017 pode ser compreendida também pelo panorama das ideias de reforma do Direito do Trabalho e pelas experiências de reformas institucionais comparadas mais recentes de países da Europa central.

I – A CRISE DO MODELO SOCIAL EUROPEU

A primeira questão crucial desse debate é explicitar o significado desse reformismo do Direito do Trabalho ou do mercado de trabalho na perspectiva europeia de ideia de crise de seu modelo social.

Do ponto de vista realista do Direito do Trabalho, observamos que é a prática das empresas que se instituem, se instalam e pouco a pouco se institucionalizam, de sorte que vão encorajando os Estados a promoverem o trabalho precário, os contratos atípicos em forma de prazo determinado, parcial, independentes ou mais ou menos independentes, a terceirização, o trabalho intermitente, dentre múltiplas formas que se criam fora do contrato padrão.

Por outro lado, as dificuldades das empresas em criar empregos são tributadas a um direito do trabalho complexo, excessivamente protetor. Assim, os defensores das reformas elegem como inimigo comum a lei trabalhista como primeiro responsável pelo desemprego, ou seja, o Estado e seu intervencionismo nas relações de trabalho.

Dessa prática e dessa racionalidade se construíram as palavras de ordem de “modernização das relações de trabalho”, “reformas estruturais”, “redução do custo do trabalho” e “luta contra a rigidez do mercado de trabalho”.

Portanto, para esses reformistas, reformar o Direito do Trabalho significa simplificá-lo, flexibilizá-lo, desregulá-lo, já que não está presente na ideia da

reforma enfrentar a complexidade das transformações do trabalho no mundo contemporâneo.

Desse ponto de vista, a reforma, mais do que uma tendência, é uma estratégia de desregulação e de desjuridicização do Direito do Trabalho com a ampliação e a extensão do espaço da contratualização e da individualização da relação de trabalho, tendência que se harmoniza com um Direito do Trabalho ajustado aos imperativos da competitividade da empresa e do livre-mercado. Esse é basicamente o panorama de base da reforma nos países da União Europeia.

O Direito do Trabalho como instituição é produto do século XX, um direito que nasce na Europa, modelo tipicamente eurocêntrico. O desenvolvimento econômico e o aumento da proteção social edificaram o modelo social europeu, que se deu entre 1945 a 1975, promovendo o valor social do trabalho como centro da cidadania e de dignidade humana no modo de produção capitalista, mediado pelo Estado Social e pela representação sindical¹. Esse modelo de Direito do Trabalho na Europa nasce da derrota dos regimes autoritários e se impõe como resultante de um compromisso com a ideia de um capitalismo de versão democrática.

A mudança substantiva ocorre nos anos de 1980, com a chegada ao poder de Margaret Thatcher, no Reino Unido, e de Ronald Reagan, nos EUA, pois marcam uma profunda mudança no compromisso fordista-keynesiano, provocando uma reorientação massiva do sistema financeiro e monetário, nacional e internacional, pois a financeirização substitui a economia real. A segunda etapa desse processo é a relação de trabalho por meio das firmas, uma vez que o poder do sistema financeiro se instalou nas empresas numa situação estrutural de dependência para alinhar a administração aos interesses financeiros dos acionistas. A ruptura com a aliança que se havia construído no compromisso fordista provocou duas grandes mudanças na gestão do trabalho assalariado nas empresas: a flexibilidade e a precariedade.

A flexibilidade se deu sob a firma de individualização da remuneração e um alívio na pressão contra a despedida. A precarização se dá via o aparecimento de múltiplas formas de emprego, que criam um segmento autônomo no mercado de trabalho. Do mesmo modo que o administrador é um agente do acionista, o trabalhador é um agente do administrador. Ao lado da financeirização, o conteúdo concreto do trabalho se diversificou. Ao lado da dimensão de capacidade de produção, se adicionou a capacidade de obediência e de aprendizagem.

A era Thatcher e Reagan, depois do evento da queda do muro de Berlim, abriu caminho para a emergência de políticas neoliberais, embora nos anos de

1 APARICIO, Joaquín. *Introducción al derecho social de la Unión Europea*. Albacete: Bomarzo, 2005.

1980 e 1990 tenha se tentado conciliar crescimento econômico com direitos sociais. O momento de viragem na União Europeia é simbolizado com o aparecimento do *Livro Verde sobre a Modernização do Direito do Trabalho* (2006), publicado pela Comissão Europeia, uma carta de intenções quase normativas sobre a cidadania na Europa. É o *Livro Verde* que lança o pecado original de que o Direito do Trabalho deve atender às políticas de emprego, e, na sequência, abriu espaço para a promoção da ideia de flexisseguridade, também objeto de um documento da Comissão Europeia denominado *Princípios da Flexisseguridade: Mais e Melhor Emprego mediante a Flexibilidade e a Seguridade* (2006)².

Há, nesse momento, uma dimensão de forte ruptura, na medida em que se busca refundar o Direito do Trabalho como um “direito do mercado de trabalho”, abandonando-se a sua matriz que tinha como pacto fundador o seu sentido democrático presente nas Constituições de proteger o emprego. *Alain Supiot* tem afirmado que a utopia do mercado total quer promover uma governança pelos números, em substituição à governança das leis³.

Por outro lado, o Direito do Trabalho foi objeto de uma eficiente narrativa que o elegeram como o grande obstáculo à realização do direito ao trabalho, e a resposta única que apresentam é a sua radical desregulação. As reformas nacionais no Direito do Trabalho, no contexto da crise de 2008 nos Estados-membros da União Europeia, foram apresentadas como medidas de resposta à crise, com políticas direcionadas e impostas pela *troika*, como medidas de austeridade sobre os Estados-membros da comunidade, num contexto de déficit democrático⁴. Um bom exemplo é o caso francês em particular, que está diretamente articulado com o processo e as diretrizes de reformas do modelo clássico de proteção do Direito do Trabalho, acusado pelas políticas do Estado neoliberal como obstáculo à competitividade, ao crescimento e ao enfrentamento do desemprego massivo, impulsionados pelo que *Alain Supiot* denominou de utopia do mercado total pela governança corporativa⁵.

2 Ver: PABLO LANDA, Juan (Dir.). *Estudios sobre la estrategia europea de la flexisseguridade: una aproximación crítica*. Albacete: Bomarzo, 2009; e LUIS MONEREO, José. La política europea de “modernización” del derecho del trabajo. La reforma social desde el garantismo flexible frente a la opción neoliberalizadora. *Revista de Derecho Social*, n. 48, 2009.

3 SUPIOT, Alain. *La gouvernance par les nombres*. Cours au Collège de France 2012-2014. Paris: Fayard, 2015; e SUPIOT, Alain. *L'esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total*. Paris: Seuil, 2010.

4 CASIMIRO FERREIRA, António. *Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção*. Vida Económica, 2012.

5 Nos últimos cursos do College France, *Alain Supiot* afirma que a utopia do mercado total quer promover uma governança pelos números, em substituição a uma governança das leis (*L'esprit de la Philadelphie: la justice sociale face au marché total*. Paris: Seuil, 2010).

Com isso, o reformismo na União Europeia se dirige à busca de uma adaptação do Direito do Trabalho às políticas de emprego e, gradativamente, é conduzido para a flexibilidade, a precariedade e, conseqüentemente, a erosão de seu arranjo institucional e político que tinha como premissa a sua grande articulação entre Direito do Trabalho, democracia e liberdade contratual. É uma ruptura com a aliança que se havia construído no compromisso fordista na gestão do trabalho assalariado nas empresas.

II – A “MODERNIZAÇÃO” DO DIREITO DO TRABALHO NA UNIÃO EUROPEIA DEPOIS DA CRISE DE 2008

No cenário europeu, a reforma do Direito do Trabalho para fins didáticos tem dois grandes momentos ou dois movimentos massivos: o primeiro a partir da década de 1980 (1980 a 2007); e o segundo, mais recente, a partir de 2008 (2008-2017), que coincide com a crise econômica recente, agravada pelo debilitamento das democracias. Nessa perspectiva, diversos países europeus promoveram reformas de Direito do Trabalho no curso dos últimos anos para enfrentar a crise econômica e de equilíbrio de déficit das contas públicas, com o discurso de “modernizar” o Direito do Trabalho.

A maioria das reformas que se deu no contexto da crise de 2008 na União Europeia, política de flexisseguridade, que serviu de instrumento do que preconizam como “modernização” do mercado de trabalho, correspondem a um conjunto de reformas nacionais adotadas após a crise como medida e como o argumento de acelerar o ritmo das reformas, de reduzir a segmentação do mercado de trabalho, favorecer a igualdade entre homens e mulheres e de possibilitar uma transição positiva.

A flexibilidade tem sido a palavra de ordem nesses países europeus para responder à crise e em nome da competitividade e melhoria da eficácia perante a crise. Os organismos da União Europeia, representados pela *troika* (Banco Central Europeu, Comissão Europeia e Fundo Monetário Internacional – FMI), por meio de suas recomendações, fizeram coro na defesa de um mercado de trabalho flexível como resposta à crise econômica na Europa, como medida necessária para a retomada do emprego, redução da pobreza e da desigualdade, bem como a retomada do crescimento econômico. Deriva dessas políticas de flexibilidade o conteúdo de inúmeras reformas levadas a cabo, com medidas de reformas de negociação coletiva, desregulamentação de tempo de trabalho, de promoção de contratos atípicos e flexibilização da despedida.

Os programas de reformas da legislação do trabalho na Europa guardam significativas diferenças em diferentes países. Há aqueles impostos de forma bastante clara e publicamente como parte dos protocolos de recuperação econômica da *troika*, que são os casos de Irlanda, Grécia, Portugal e Chipre. Mas há aquelas reformas realizadas sem grandes alardes para preservar a estabilidade macroeconômica e financeira, as quais se impõe a redução do déficit global, colocando em marcha reformas, em especial reformas do Direito do Trabalho. Nestes casos, o Fundo Monetário Internacional também exerce forte pressão para liberalizar seus mercados de trabalho. O programa econômico que acompanhou a entrada da Croácia na União Europeia, em 2013, por exemplo, foi condicionado à flexibilidade e à liberalização do mercado de trabalho com a adoção pelo país de simplificação de seus processos de despedimento coletivo, ampliação do leque de atividades autorizadas de trabalho temporário e abolição do limite mensal de horas extras.

III – OS CONTEÚDOS DAS REFORMAS NA UNIÃO EUROPEIA

Quanto ao objeto das reformas, ele constitui alterações substantivas nos institutos e modelos de relações individuais e de relações coletivas de trabalho, com um sentido de segmentar o mercado de trabalho por meio da flexibilidade no contrato e desregulação de direitos. Mas, de modo ambíguo, a *troika* afirmou que as reformas têm por objetivo combater a segmentação do mercado do trabalho e o crescimento do recurso ao contrato de prazo indeterminado.

Do ponto de vista dos conteúdos, as reformas podem ser agrupadas em quatro grandes temáticas: a) tempo de trabalho; b) modalidades de despedida; c) contratos de trabalhos atípicos (contrato de prazo determinado, tempo parcial e contrato intermitente); e d) negociação coletiva e representação coletiva.

a) Jornada de trabalho

A reorganização do tempo de trabalho, com redefinição do tempo de trabalho, jornada, e horas extras, ocupa o centro de grande parte das reformas na União Europeia. Muitos países ampliaram as possibilidades de realização de horas extras. Em linhas gerais, foi ampliada a flexibilização e a liberdade para as empresas disporem da organização do tempo de trabalho de seus trabalhadores, com ampliação da jornada de trabalho e das formas de compensação das horas extraordinárias.

Na República Tcheca foi autorizada a prestação de 416 horas extras no ano, o que estava limitado a 150 horas. Na Hungria o número de horas extras passou de 200 para 300 horas por ano. Em Portugal, a *troika* impôs pelo pro-

toocolo do acordo reduzir o percentual das horas extras a 50% na primeira hora e 75% na demais.

Outra tendência muito importante nesse tema é a desjuridicização da regulação da organização do trabalho em prol da negociação coletiva, em regra por empresa. É o exemplo do caso francês, que foi um dos temas centrais da reforma de outubro de 2016. A duração do trabalho na França continua com as 35 horas semanais, com um máximo de 48 horas, ou seja, 10 horas diárias, e o acordo coletivo por empresa pode permitir 12 horas diárias e 60 semanais. Além disso, a lei permite que nas empresas com menos de 50 empregados, o acordo coletivo derogue o limite de 35 horas semanais e também pode reduzir o valor da remuneração das horas extras de 25% a 10%.

Portanto, há um novo movimento de flexibilização do tempo de trabalho no panorama das reformas europeias, cuja tendência é o significativo aumento da jornada de trabalho, com impactos negativo nas condições de trabalho e na saúde dos trabalhadores.

b) Contratos atípicos

A mudança de regras dos contratos atípicos é também uma tendência marcante em muitos países, apesar de existir uma diretiva da comunidade europeia destinada a evitar o uso abusivo do contrato de prazo determinado. A tendência é a proliferação dos contratos de prazo determinado, contratos temporários e de tempo parcial, além da criação de novas modalidades contratuais de empregos precários, a exemplo do contrato de trabalho intermitente.

Em Portugal, a duração máxima do contrato de prazo determinado era de seis meses e passou a ser de três anos com a reforma. Na Romênia, o contrato de prazo determinado pode ser renovado por outras duas vezes de 12 meses cada, totalizando 36 meses.

O programa de contrato de tempo parcial também sofreu renovação. Na Espanha, por exemplo, a reforma de 2012, por meio da reforma do artigo 12.4 do Estatuto dos Trabalhadores, aboliu a regra que proibia horas extras em trabalho de tempo parcial⁶.

O trabalho intermitente foi objeto de regulação nova na Bélgica, na Estônia, na República Tcheca, na República de Malta, na Noruega, na Grécia, na Romênia e no Reino Unido. O contrato intermitente é um contrato de “zero

6 Real Decreto-Lei 3/2012, de 10 de fevereiro, alterado pelo Real Decreto-Lei 16/2013, de 20 de dezembro.

hora” e “zero salário”. É uma modalidade de flexibilidade absoluta, que faz o empregado trabalhar sob demanda, em função da necessidade da empresa.

Há também iniciativas de criação de novos tipos de contratos, com menor proteção, a exemplo do contrato de trabalho de jovens menores de 25 anos na Grécia, com salário inferior a 20% em relação ao primeiro emprego. A Espanha criou um contrato de formação e alternância para jovens não qualificados de 25 a 30 anos, com possibilidade de até 34 anos.

c) Modalidades de despedida

A tendência é simplificar, facilitar e reduzir os valores das indenizações das demissões, já que eliminar os empregos é uma eficaz forma de reduzir os custos salariais das empresas. O que tem se instituído se dá dentro de um panorama de: i) redefinição do conceito de demissão coletiva e, em especial, a definição da demissão por razões econômicas (é o caso de Portugal, Espanha e Reino Unido); ii) simplificação do processo de demissão, como redução de aviso prévio de 30 dias para duas a três semanas (no caso do Reino Unido, se impôs restrições de acesso à justiça, com o fim da gratuidade do processo); e iii) redução dos valores da indenização da dispensa ou de proibição de reintegração dos demitidos abusivamente (na Inglaterra, uma medida aparentemente indireta de redução do custo das despedidas, foi a introdução do fim da gratuidade do acesso à Justiça Especializada).

d) Descentralização da negociação coletiva e representação na empresa

Uma nova política tem se dado com reformas no direito coletivo de trabalho, com a promoção da ampla descentralização da negociação coletiva dos níveis nacionais, setoriais até a empresa. Há um deliberado objetivo de fornecer às empresas liberdade de regulação do trabalho. A descentralização da negociação coletiva foi implantada na Grécia, na Itália, em Portugal, na Espanha e na França.

Uma questão de central preocupação é que a negociação por empresa tende a desregular a convenção coletiva, por vezes o contrato de trabalho e até mesmo a lei, ou seja, por uma possibilidade de acordo coletivo *in pejus* ou derogatório. Em alguns países se passou a permitir a negociação *in pejus* em matéria de tempo de trabalho e salário, a exemplo do que ocorre na França, na Itália e na Grécia. A tendência é uma rearticulação entre os níveis de negociação e também da negociação com o contrato de trabalho.

Outra tendência é a modificação da representação na negociação coletiva na empresa, conferindo a outros atores a prerrogativa que antes era somente do

sindicato (Grécia, Hungria, Itália, Países Baixos, Portugal, Reino Unido, Eslováquia e Espanha). Essas reformas no direito coletivo do trabalho fragilizaram a ação sindical e a representação coletiva na negociação.

IV – A JUDICIALIZAÇÃO DAS REFORMAS NA UNIÃO EUROPEIA

O problema é que essas reformas se processam num contexto de alarmante déficit democrático na União Europeia, fato que contribuiu para a multiplicidade de recursos jurisdicionais contra as reformas e medidas anticrise, sobretudo recursos que invocam os limites constitucionais. No âmbito da resistência às reformas na União Europeia, teve destaque o recurso à judicialização. Na Grécia, em Portugal e na Irlanda, as instituições nacionais não tiveram grande margem de manobra para negociar o protocolo do acordo oferecido pela *troika* para se beneficiar das medidas de salvamento.

As medidas anticrise provocaram a judicialização das políticas em diversos países, que colocaram em questão a validade das medidas de exceção diante dos sistemas constitucionais que albergam modelos e princípios do Estado Social. Na Grécia, na Romênia, na Letônia, na Lituânia, na Espanha e na Eslovênia, os Tribunais Constitucionais foram acionados para pronunciar-se sobre a constitucionalidade de cortes anunciados nas pensões ou nos salários de servidores públicos. Na Espanha e na Eslovênia, os Tribunais Constitucionais referendaram as medidas de austeridade tomadas pelos respectivos governos. Em Portugal, a Corte Constitucional considerou inconstitucional uma das medidas do protocolo que determinava a redução salarial do setor público e de aposentadorias, sob o fundamento de violação do princípio da igualdade e da não discriminação⁷.

O Comitê de Liberdade Sindical da OIT examinou na 316^a sessão, em 2012, uma reclamação sindical da Grécia que denunciava uma das medidas da *troika*. Considerou o comitê que a derrogação *in pejus* da convenção coletiva constituiu violação das Convenções ns. 87 e 98 da OIT.

O Comitê Europeu de Direitos Sociais também reconheceu que o protocolo da Grécia violou diversos direitos fundamentais da carta social europeia: direito a remuneração equitativa, direito à proteção da criança e do adolescente, direito à formação profissional, direito à seguridade social.

Em tempos de austeridade, os padrões normativos de controle são significativamente alterados tanto pelo texto constitucional quanto pelo contexto político-institucional.

7 Acórdão 353/2012, de 5 de julho.

V – A REFORMA BRASILEIRA DIANTE DO CONTEXTO EUROPEU

As tendências de reformas institucionais no Direito do Trabalho na Europa são fundamentais para compreensão da reforma brasileira. Apesar das notórias diferenças econômicas entre Brasil e países europeus, o panorama de tendência revela os vetores desse processo e experiências de modelos de regulação. O balanço das reformas do Direito do Trabalho em tempos de crise na Europa revela um impacto enorme nos patamares mínimos dos Direitos Fundamentais.

A ideia de reforma trabalhista no Brasil está em maturação desde meados da década de 1990, quando se dá uma inflexão ideológica no Direito do Trabalho. O Brasil é um país com muitas singularidades institucionais e jurídicas do presente e paradoxos de um passado, além da problemática de as velhas e novas desigualdades estarem crescendo no país nos últimos anos. O nível de flexibilidade de fato na relação de trabalho é muito elevado e a proteção ao emprego é muito baixa. A década de 1990 no Brasil capta e exprime precisamente o momento de inflexão e ganha terreno a ideia de “reforma” do Direito do Trabalho para adaptá-lo à economia moderna, às exigências de eficácia econômica, cujo discurso da flexibilidade emerge como única saída para enfrentar o desemprego.

As reformas dos anos 1990 se deram dentro de um panorama de empregabilidade, nos últimos anos se avança por uma inspiração fraca nos modelos de flexibilidade à maneira das reformas levadas a cabo em países da Europa Central (Itália, Espanha, França e Portugal). Há um discurso de redução de direitos com ênfase num direito do trabalho a serviço da competitividade da empresa, e frágil debate sobre contrapartidas de proteção no mercado de trabalho.

Uma peculiaridade, no caso brasileiro, esse movimento produz a forte tensão com o sentido e o projeto da Constituição de 1988. O modelo brasileiro é a Constituição de 1988, que representa o resultado dos anseios do projeto de democratização da sociedade brasileira, expressão de seu pluralismo político e que, neste sentido, apresenta-se como crucial para compreender o papel dos sujeitos coletivos, o modelo de intervencionismo judicial e a relação entre autonomia individual e coletiva. Aqui há resistência da Constituição brasileira de 1988 em tempo de transformações no mundo do trabalho, diante da confrontação do Direito do Trabalho e razão econômica que, no limite, conduz a um esvaziamento do valor central que gozava o trabalho na Constituição nos planos econômico, político e cultural.

A reforma do governo Michel Temer (Lei nº 13.476) promove uma estratégia de desjuridicização do Direito do Trabalho com a ampliação e a extensão

do espaço da negociação coletiva e da contratualização individual. A retórica do enfrentamento ao desemprego serve para fazer avançar a reforma do direito do trabalho de modo semelhante ao que se dá no contexto das reformas da Europa. Quanto ao núcleo ideológico também é semelhante, pois há a inclinação por um Direito do Trabalho não produzido pelo legislador, mas pelos atores sociais, preferencialmente no espaço da empresa. De resto é uma reforma anacrônica e contraditória, que visa a uma profunda desregulação do Direito do Trabalho.

A Lei nº 13.476 representa a ruptura com o pacto constituinte de 1988 em termos de democratização das relações de trabalho. O acordo coletivo de trabalho, por exemplo, pode tornar-se a nova lei do trabalho no Brasil e permitir a pretensão de refundar o Direito do Trabalho, na medida em que podemos ter “uma CLT para cada empresa”. Aos poucos, a empresa vai se tornando o espaço de definição do salário, jornada e representação coletiva.

A propósito da modernização, o que se pretende por esse mecanismo manipulatório-chave e instrumental é um ajuste neoliberal substancial da disciplina do Direito do Trabalho para promover maior liberdade de empreender do empregador, com maior poder unilateral, remercantilizar a relação salarial e fragilizar a negociação coletiva e a ação sindical.

A limitação da jurisprudência com o controle do Judiciário, sob o discurso de segurança jurídica, em essência, se pretende ignorar que uma das principais funções do Direito do Trabalho é justamente racionalizar o poder. Esse frenesi sobre a insegurança jurídica, sob a qualificação de excesso de ativismo judicial, é uma reação, em parte, ao papel de garantia judicial de direitos pela Justiça do Trabalho, sobretudo da interpretação do sentido material do conteúdo da Constituição em temas como a reparação integral de danos.

VI – VALORAÇÃO FINAL

Em suma, nesse panorama entre cenário europeu e brasileiro, se evidencia a tendência e uma ambição comum de construir um “Direito do Mercado de Trabalho”. Nesse sentido, pode-se dizer que as reformas europeias serviram naturalmente de inspiração para a reforma brasileira, pois os conteúdos e os programas são muito similares.

É difícil um balanço final e preciso da experiência europeia, mas já está demonstrado o impacto negativo dessas reformas no Direito do Trabalho, ante os efeitos negativos na redução salarial e no aumento da pobreza e das formas precárias de trabalho, com aumento da desigualdade salarial. Há também um impacto democrático das medidas que foram levadas a cabo sem legitimidade.

No entanto, a reforma brasileira tem a característica de localizar-se numa etapa diversa das reformas impulsionadas a partir de 2008 na União Europeia. No Brasil, a reforma emerge como política de flexibilidade e liberalização do mercado de trabalho, mas num contexto político-institucional de derrota de um governo que tinha uma perspectiva de políticas de inclusão social e que tinha colocado um freio nas fracassadas políticas de flexibilidade da primeira onda de reformas nos anos 1990. Outra destacada característica são as diferenças das instituições entre Europa e Brasil e, claro, as desigualdades de condições de trabalho. O impacto no Brasil do novo panorama normativo pode ser mais profundo, dado que a legislação do trabalho tem uma trajetória garantista, centrada na relação individual do trabalho e no recurso judicial aos Tribunais do Trabalho, modelos que são debilitados com a reforma de 2017.

De todo modo, as reformas do Direito do Trabalho na Europa e no Brasil têm um sentido geral comum de ruptura com os modelos normativos constitucionalizados, por uma onda de desregulação, orientado por uma política econômica ultraliberal, com regressão de direitos e ameaça aos direitos fundamentais e ao modelo democrático de relações de trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APARICIO, Joaquín. *Introducción al derecho social de la Unión Europea*. Albacete: Bomarzo, 2005.

BAYLOS, Antonio; CASTELLI, Nunzi; TRILLO, Francisco. *Negociar en crisis, negociación colectiva en los países del Sur*. Albacete: Bomarzo, 2014.

BOYER, Robert. *La flexibilité du travail en Europe*. Paris: La Découverte, 1986.

FERREIRA, António Casimiro. *A sociedade de austeridade e o direito do trabalho de exceção*. Porto: Vida Económica, 2012.

LEITE, Jorge. A reforma laboral em Portugal. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 34, 2013.

LIVRE VERT. *Moderniser le droit du travail pour relever les défis du xx^e siècle*, COM 708 final, Commission des communautés européennes, Bruxelles, 22 novembre, 2006.

SUPIOT, Alain (Dir.). *Au-delà de l'emploi: transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*. Paris: Flammarion, 1999.

_____. *L'esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marche total*. Paris: Le Seuil, 2010.