

VOLUME 4 - NÚMERO 3  
SET/DEZ 2018

# REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS



Vol.4 / N.3





**REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E  
TRABALHISTAS**

**Periódico Científico do Curso de Direito do Centro Universitário do  
Distrito Federal – UDF**

**ISSN 2446-8908**

**Volume IV,  
Número 3  
Setembro/Dezembro 2018**

**REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS**  
**Periódico Científico do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito**  
**Federal – UDF**

**Conselho Editorial**

- Prof. Dr. Wolfgang Däubler (Universidade de Bremen, Alemanha)
- Prof. Dr. Stein Kuhnle (Universidade de Bergen, Noruega, e Hertie School of Governance, Alemanha)
- Prof. Dr. Fernando Valdez Dal-Ré (Universidade Complutense de Madrid, Espanha)
- Prof. Dr. José Luiz Tortuero Plaza (Universidade Complutense de Madrid, Espanha)
- Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Francisca Moreno Romero (Universidade Complutense de Madrid, Espanha)
- Prof. Dr. Antonio Fernando Baylos Grau (Universidade Castilla La Mancha, Espanha)
- Prof. Dr. Antonio Ojeda Avilés (Universidade de Sevilha, Espanha)
- Prof. Dr. Jean-Claude Javillier (Universidade Paris II, França)
- Prof. Dr. Giancarlo Perone (Universidade de Roma Tor Vergata, Itália)
- Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Roberta Bortone (Universidade de Roma La Sapienza, Itália)
- Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Maria do Rosário Palma Ramalho (Universidade de Lisboa, Portugal)
- Prof. Dr. João Leal Amado (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal)
- Prof. Dr. Adrián Goldin (Universidade de San Andrés, Argentina)
- Prof. Dr. Mario Ackerman (Universidade de Buenos Ayres, Argentina)
- Prof. Dr. Oscar Zas (Universidade de La Plata, Argentina)
- Prof. Dr. Hugo Barretto Ghione (Universidade da República, Uruguai)
- Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Rosina Rossi Albert (Universidade da República, Uruguai)
- Prof. Dr. Luiz Otávio Linhares Renault (PUC Minas)
- Prof. Dr. Márcio Túlio Viana (UFMG e PUC Minas)
- Prof. Dr. Everaldo Gaspar Lopes de Andrade (UFPE)
- Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira (UFPE)
- Prof. Dr. Fábio Túlio Barroso (UFPE)
- Prof. Dr. Ivan Simões Garcia (UFRJ e UERJ)
- Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Sayonara Grillo Leonaldo da Silva (UFRJ)
- Prof. Dr. Jorge Luiz Souto Maior (USP)
- Prof. Dr. Ronaldo Lima dos Santos (USP)
- Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Zélia Luiza Pierdoná (Universidade Mackenzie - SP)

Prof. Dr. Tiago Figueiredo Gonçalves (UFES)

**REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS**  
**Periódico Científico do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito**  
**Federal – UDF**

***Double Blind Review - Rol de Avaliadores***

Prof. Dra. Adriana Letícia Saraiva Lamounier Rodrigues (Universidade Federal de Minas Gerais)

Prof. Dr. Amauri César Alves (Universidade Federal de Ouro Preto)

Prof. Dr. Américo Bedê Freire Júnior (Faculdade de Direito de Vitória)

Prof. Dr. Antônio Leal de Oliveira (Universidade Vila Velha)

Prof. Dra. Ariete Pontes de Oliveira (Rede Doctum)

Profa. Dra. Carolina Pereira Lins Mesquita (Universidade Federal do Rio de Janeiro)

Profa. Dra. Graciane Rafisa Saliba (Universidade Santa Úrsula)

Prof. Dr. José Cláudio Monteiro de Brito Filho (Centro Universitário do Estado do Pará)

Profa. Dr. Lívia Mendes Moreira Miraglia (Universidade Federal de Minas Gerais)

Prof. Dr. Platon Teixeira de Azevedo Neto (Universidade Federal de Goiás)

Profa. Dra. Raquel Betty de Castro Pimenta (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Prof. Dr. Thiago Fabres de Carvalho (Universidade Federal do Espírito Santo)

Prof. Dr. Tiago Figueiredo Gonçalves (Universidade Federal do Espírito Santo)

Profa. Dra. Valdete Souto Severo (Universidade de São Paulo)

Profa. Dra. Vanessa Rocha Ferreira (Universidade da Amazônia)

Profa. Dra. Wânia Guimarães Rabêllo Almeida (Faculdades Milton Campos)

**REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS**  
**Periódico Científico do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal –**  
**UDF**

**Equipe Editorial**

Editor Acadêmico: Dr. Mauricio Godinho Delgado (Professor Titular UDF)

Editor Executivo: Dr. Cláudio Jannotti da Rocha (Professor Titular UDF)

Coeditor Acadêmico: Ricardo José Macêdo de Britto Pereira (Professor Titular UDF)

Coeditora Acadêmica: Dra. Lorena Vasconcelos Porto (Professora Titular UDF)

Coeditor Acadêmico: Dr. Gustavo Filipe Barbosa Garcia (Professor Titular UDF)

Coeditora Acadêmica: Dra. Renata de Assis Calsing (Professora Titular UDF)

Coeditora Acadêmica: Rúbia Zanotelli de Alvarenga (Professora Titular UDF)

Coeditor Acadêmico: Dr. Marcelo Borsio (Professor Titular UDF)

Coeditor Acadêmico: Dr. Marcus Firmino Santiago (Professor Titular UDF)

Mestranda pesquisadora: Luíza Baleeiro Coelho Souza (UDF)

Mestranda pesquisadora: Carolina Silva Silvino Assunção (UDF)

**Contatos**

[www.udf.edu.br](http://www.udf.edu.br)

[claudiojannotti@hotmail.com](mailto:claudiojannotti@hotmail.com)

[claudio.rocha@udf.edu.br](mailto:claudio.rocha@udf.edu.br)

[revistamestradoudf@hotmail.com](mailto:revistamestradoudf@hotmail.com)

Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas / Centro Universitário do Distrito Federal. – Vol. IV, Nº 3 (Setembro/Dezembro 2018). Brasília, DF, 2018 [on-line].

Quadrimestral.

ISSN: 2446-8908

1. Direito do Trabalho. 2. Relações Trabalhistas. Relações Sociais. I. Centro Universitário do Distrito Federal.

CDU: 349.2:331.1

## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO..... 0

### Artigo 1

PARA ALÉM DO EMPREGO: Os caminhos de uma verdadeira reforma do direito do trabalho..... 00

Beyond the employment: The ways of a real reform of labour law

Prof. Dr. Alain Supiot

### Artigo 2

A REGRA DA PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO NA PERSPECTIVA DA REFORMA TRABALHISTA: rumo à mutação genética do direito do trabalho no Brasil..... 00

The rule of collective agreement's prevalence on legislation in the perspective of labor reform: toward genetic mutation of labor law in Brazil

Prof. Dr. Cleber Lúcio de Almeida

### Artigo 3

LA MULTIPERIODALIDAD DE LA JORNADA DE TRABAJO: Un enfoque italiano y su aplicabilidad a la problemática del trabajo en horas extras en el Perú..... 00

The multiperiodality of the working time: an italian approach and its applicability to the overtime work problem in Peru

Prof. Dr. Irving Aldo Rojas Valentino

### Artigo 4

RÉSEAUX D'ENTREPRISES ET CO-EMPLOI: La discipline italienne a l'épreuve du droit comparé ..... 00

Business networks and co-employment: the italian discipline in the test of comparative law

Prof. Dr. Luca Ratti

## Artigo 5

Right to disconnect: french and italian proposals for a global issue..... 00

Direito à desconexão: propostas francesas e italianas para um problema global

Prof. Dr. Matteo Avogaro

## Artigo 6

REFORMA TRABALHISTA E MOVIMENTOS DE REESTRUTURAÇÃO, PRECARIZAÇÃO E REDUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL..... 00

Labor reform and movements of restructuring, precarisation and reduction of labor law in Brazil

Prof. Dr. Amauri Cesar Alves e Prof. Thiago Henrique Lopes de Castro

## Artigo 7

IN THE SPIRIT OF FLEXIBILITY: an overview of Renzi's reforms (the so-called jobs act) to 'improve' the italian labour market..... 00

No espírito da flexibilidade: uma visão geral das reformas de Renzi (o denominado jobs act) para “melhorar” o mercado de trabalho italiano

Profa. Dra. Maria Teresa Carinci

## Artigo 8

LA NUOVA DIRETTIVA EUROPEA SULL'ACQUISIZIONE E SALVAGUARDIA DEI DIRITTI PENSIONISTICI COMPLEMENTARI ALLA PROVA CON IL DIRITTO NAZIONALE ITALIANO..... 00

The new european directive on the acquisition and safeguarding of complementary pension rights in the test of italian national law

Prof. Dr. Michele Squeglia

Artigo 9

COMO MODERNIZAR O DIREITO DO TRABALHO? A novidade é “um paradoxo  
estendido na  
areia” ..... 00

How to modernize the labor law? The novelty is "a paradox extended in the sand"

Profa. Dra. Renata Queiroz Dutra

## APRESENTAÇÃO

A *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* - periódico científico do Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF), de Brasília -, ora apresenta ao público a sua última edição do corrente ano, o Volume IV, Nº 3, relativo ao quadrimestre setembro-dezembro de 2018.

Como já salientado nos numerários anteriores, a *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* é divulgada regularmente em meio digital e com acesso livre (mas com publicação subsequente, em meio impresso, pela importante e prestigiada Editora LTr, de São Paulo). A *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* a cada volume consolida-se como um periódico de referência no meio jurídico e acadêmico nacional e internacional, contemplando estudos de elevada profundidade e temáticas altamente inovadoras nas linhas de pesquisa do Mestrado em Direito do UDF, assim compostas: "Constitucionalismo, Direito do Trabalho e Processo" e "Direitos Humanos Sociais, Seguridade Social e Meio Ambiente do Trabalho".

Publicada desde o primeiro semestre letivo de 2015 (Vol. I, Nº 1), com periodicidade semestral em seus três primeiros anos (dois números por ano), no corrente ano a Revista passou a ser quadrimestral, sendo publicada de maneira sequencial e regular de profícua existência, sempre almejando trazer ao público artigos inéditos de consagrados doutrinadores estrangeiros e brasileiros.

Conforme acima mencionado, desde o Vol. IV, Nº 1 (janeiro-abril de 2018), a Revista se tornou *quadrimestral*, com o mesmo montante de artigos por número (ou seja, nove artigos, como praticado desde o Vol. I, N. 1), com o que totalizará 27 artigos por volume anual, um crescimento significativo em comparação com os três anos

precedentes, ainda mais considerando a elevadíssima qualidade dos textos científicos divulgados em cada número do periódico científico.

Entre as grandes conquistas alcançadas pela *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* do Mestrado em Direito do UDF em 2018 é o relevante fomento da *Fundação de Apoio à Pesquisa do Distrito Federal - FAPDF* -, incremento diferenciado que, inclusive, permitirá a concretização, já no corrente ano, de uma série de aperfeiçoamentos no periódico científico. Entre estes, incluem-se o acréscimo de um número por volume anual publicado (três números por ano) e um site próprio e específico, avanço alcançado mediante êxito no Edital nº 09/2017 da FAPDF – Seleção Pública de Propostas para Apoio Financeiro à Editoração e Publicação de Periódicos Científicos.

Destaca-se o uso do sistema *double blind review* (revisão/avaliação dupla e cega), que é formado por Professores Doutores de Instituições de Ensino Superior públicas e privadas das cinco regiões do Brasil, os quais cordialmente avaliaram os artigos que foram enviados para a Revista. Os textos aprovados encontram-se no bojo deste exemplar, sendo que cada artigo foi objeto de duas avaliações/revisões, realizadas por Avaliadores distintos.

A utilização do sistema *double blind review* oferta à *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* conquistas e avanços ainda mais elevados, uma vez que atende todos os requisitos estabelecidos pela CAPES para que, em um futuro breve, ingresse em alto patamar de classificação no *ranking* estabelecido pelos organismos oficiais competentes. Com isso, sedimenta-se notável espaço acadêmico editado para os campos do Direito do Trabalho, do Direito Processual do Trabalho, do Direito da Seguridade Social e áreas afins a partir da comunidade acadêmica do UDF e do próprio centro-oeste do Brasil.

Se não bastasse, o presente Vol. IV, Nº 3, do periódico científico colhe e firma o notável contato que vem estabelecendo o Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas com a comunidade acadêmica brasileira e estrangeira. Tal contato foi aprofundado, significativamente, mediante o *Congresso Internacional de Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social*, realizado em novembro de 2017 no UDF, em Brasília, bem como pelo *Seminário Internacional: O Direito do Trabalho e seus*

*Desafios Contemporâneos*, realizado em 01 de novembro, também no UDF, em Brasília. Por meio desse contato e relação com diversos e seletos Professores Doutores, o Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal vem se consolidando como um dos principais centros de pesquisa, reflexão e produção acadêmica no segmento dos direitos sociais trabalhistas e previdenciários característicos do Constitucionalismo Humanista e Social inaugurado na Europa logo em seguida à Segunda Grande Guerra e, no Brasil, com a Constituição da República de 1988.

O presente Nº 3 do Vol. IV do periódico científico preserva o seu já tradicional elevado nível e excelência de qualidade, divulgando nove artigos jurídicos e científicos, sendo seis de Professores Doutores estrangeiros e três de Professores Doutores brasileiros. Com isso, a Revista demonstra e consolida o seu processo de internacionalização e, ao mesmo tempo, uma relação constante e próxima com importantes Instituições Universitárias brasileiras.

A consolidação da *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* é também fruto das atividades e esforços dos docentes do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF, que habitualmente estão participando de diversos Congressos, Seminários, Simpósios, Colóquios realizados no Brasil e no exterior, bem como lançando livros, artigos em obras coletivas ou em revistas acadêmicas. Aprofundam-se, assim, laços de pesquisa e reflexão acadêmica com importantes Professores e Instituições Universitárias.

Reafirmando o caminho percorrido nos números anteriores, esta edição é integrada por nove artigos, sendo que seis são de Professores Doutores estrangeiros, de Universidades de três importantes países (Espanha, França, Itália). Três artigos são da lavra de Professores Doutores brasileiros (Universidade Federal da Bahia - UFBA; Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP e Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC MINAS). Todos os textos, portanto, se originam de Instituições de Ensino Superior diversas do UDF e situadas fora do âmbito do Distrito Federal. Essa formação heterogênea fomenta uma verdadeira dialética entre o Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF e outros importantes Programas de Pós-Graduação em Direito de dentro e de fora do Brasil.

A presente edição traz consigo artigos referentes a temas integrados e concatenados às duas linhas de pesquisa do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas, acima indicadas, demonstrando uma real simbiose entre o que é analisado e estudado em sala de aula, a par de pesquisado em artigos, livros e Dissertações, com o que é publicado no periódico científico.

A Revista é composta exclusivamente por artigos inéditos capitaneados por Professores Doutores estrangeiros e brasileiros. Trata-se dos seguintes trabalhos: 1) "Para além do emprego: Os caminhos de uma verdadeira reforma do direito do trabalho", da lavra do Prof. Dr. Alain Supiot; 2) "A regra da prevalência do negociado sobre o legislado na perspectiva da reforma trabalhista: rumo à mutação genética do direito do trabalho no Brasil", de autoria do Prof. Dr. Cléber Lúcio de Almeida; 3) "La multiperiodalidad de la jornada de trabajo: un enfoque italiano y su aplicabilidad a la problemática del trabajo em horas extras em el Perú, do Prof. Dr. Irving Aldo Rojas Valentino; 4) "Réseaux d'entreprises et co-emploi: la discipline italienne à l'épreuve du droit comparé", de autoria do Prof. Dr. Luca Ratti.

Logo em seguida, despontam mais três artigos: 5) "Right to disconnect: french and italian proposals for a global issue", da lavra do Prof. Dr. Matteo Avogaro; 6) "Reforma Trabalhista e movimentos de reestruturação, precarização e redução do direito do trabalho no Brasil", de autoria do Prof. Dr. Amauri César Alves e do Prof. Thiago Henrique Lopes de Castro; 7) "In the spirit of flexibility: an overview of Renzi's reforms (the so-called jobs act) to 'improve' the italian labour market, da lavra da Profa. Dra. Maria Teresa Carinci.

Fecham a Revista dois artigos: 8) La nuova direttiva europea sull'acquisizione e salvaguardia dei diritti pensionistici complementari alla prova con il diritto nazionale italiano", de autoria do Prof. Dr. Michele Squeglia e; 9) "Como modernizar o Direito do Trabalho? A novidade é um paradoxo estendido na areia", da lavra da Profa. Dra. Renata Queiroz Dutra.

Diante do aqui explanado, constata-se que os artigos que integram este N° 3 do Vol. IV da *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, abrangendo o terceiro quadrimestre de 2018, conectam-se estruturalmente à linha editorial do periódico

científico jurídico e aos estudos e pesquisas realizados no interior do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF.

E assim, aqui encerramos nosso calendário acadêmico, desejando à comunidade acadêmica e jurídica uma prazerosa, uma enriquecedora leitura e um feliz final de ano.

Brasília, novembro de 2018.

Equipe Editorial

## PARA ALÉM DO EMPREGO: Os caminhos de uma verdadeira reforma do direito do trabalho<sup>1</sup>

### BEYOND THE EMPLOYMENT: The ways of a real reform of labour law

Alain Supiot<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente estudo visa a demonstrar que uma verdadeira reforma do Direito do Trabalho é necessária, tendo como norte, não as expectativas dos mercados financeiros, mas a implementação em escala global de um regime de trabalho realmente humano. Tal regime é imprescindível para que haja qualidade dos produtos, preservação do meio ambiente, liberdade no trabalho e realização do ser humano ao máximo na execução de tarefas úteis a seus semelhantes. Nesse sentido, criticam-se as reformas do Direito do Trabalho que vêm sendo implementadas, as quais visam à adaptação dos homens às necessidades do mercado, traduzindo-se em verdadeira desregulamentação, inspirada na doutrina ultraliberal. Criticam-se, ainda, as políticas da Comissão Europeia e do Banco Central Europeu e as decisões da Corte de Justiça da União Europeia, que incorporam a ideologia ultraliberal e preconizam a chamada flexissegurança. Propõe-se a implementação do chamado “estado profissional da pessoa”, que vai além do emprego e engloba todas as formas de trabalho, desde a formação inicial até a aposentadoria, tendo como linha de horizonte a humanização do trabalho. A esse estado profissional, baseado nas noções de liberdade, justiça social e solidariedade, corresponderiam os direitos sociais, que asseguram aos trabalhadores a continuidade de seu estatuto social, independentemente da diversidade de tarefas exercidas ao longo da vida profissional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito do Trabalho. Reforma. Direitos sociais. Solidariedade. Estado profissional da pessoa.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A desintegração da Europa social. 3. A “nova Europa”. 4. O defeito do euro. 5. A finança soberana. 6. A corrida global (*global race*). 7. O Direito do Trabalho entre transformismo e reformismo. 8. O que significa “reformular”? 9. Os impasses da flexibilização. 10. O esgotamento do modelo industrial de emprego. 11. O estatuto do trabalho além do emprego. 12. Mercado contra solidariedade. 13. As lições de um conflito.

**ABSTRACT:** This paper aims to demonstrate that a real reform of Labour Law is necessary, having as a goal, not the expectations of financial markets, but the implementation worldwide of a work regime really human. Such a regime is essential for quality of products, preservation of the environment, freedom in work and maximum realization of human being in the accomplishment of tasks useful to his fellowmen. In this sense, we criticize the reforms of Labour Law that have been introduced, which aim to adapt men to the needs of the market, translating into true deregulation, inspired by ultraliberal doctrine. The policies of the European Commission and the European Central Bank and the judgements of the Court of Justice of the European Union, which incorporate ultraliberal ideology and advocate so-called flexicurity, are also criticized. We propose the implementation of the so-called "professional status of the person", which goes beyond employment and encompasses all forms of work, from initial training to retirement, with the humanization of work as a goal. To this professional state, based on the notions of freedom, social justice and solidarity, would social rights

---

Artigo recebido em: 12/10/2018.

Artigo aprovado em: \_\_/\_\_/\_\_.

1 O presente artigo consiste na apresentação (“Avant-propos”) escrita pelo Professor Doutor Alain Supiot para a segunda edição do livro “Au-delà de l’emploi. Les voies d’une vraie réforme du droit du travail”, coordenado pelo referido professor e publicado em 2016 pela Editora Flammarion. A tradução do francês para o português foi feita pela Prof. Dra. Lorena Vasconcelos Porto, que é Professora Titular do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário UDF.

2 Alain Supiot é Professor Titular no “Collège de France”, onde ocupa a cátedra “Estado social e globalização: análise jurídica das solidariedades” (“État social et mondialisation: analyse juridique des solidarités”).

RDRST, Brasília, Volume IV, n. 03, 2018, p 17-52, Set-Dez/2018

correspond, which assure to the workers the continuity of their social status, regardless of the diversity of tasks carried out during the professional life.

**KEYWORDS:** Labour Law. Reform. Social rights. Solidarity. Professional status of people.

**SUMMARY:** 1. Introduction. 2. The disintegration of social Europe. 3. The "new Europe". 4. The defect of the euro. 5. The sovereign finance. 6. The global race. 7. Labor Law between transformism and reformism. 8. What does "reform" mean? 9. The impasses of flexibility. 10. The exhaustion of the industrial model of employment. 11. The status of work beyond employment. 12. Market against solidarity. 13. The lessons of a conflict.

## 1 INTRODUÇÃO

Quando há vinte anos a Comissão Europeia me pediu para presidir a elaboração de um relatório dedicado às “transformações do trabalho e ao futuro do direito do trabalho”, a União Europeia estava ainda rica da promessa de um futuro melhor. Certamente, a instalação de um desemprego massivo e o crescimento da precarização assinalavam já os perigos daquilo que os espíritos lúcidos denominavam então na França de “fratura social”<sup>3</sup> e nos Estados Unidos de “a revolta das elites e a traição da democracia”<sup>4</sup>. Mas a implosão recente do império soviético tinha acabado de mostrar que a opressão das pessoas não tinha nada de inevitável, ao mesmo tempo que ela possibilitava à construção europeia perspectivas e responsabilidades novas.

Foi nesse contexto que a Direção de Assuntos Sociais da Comissão Europeia tomou a iniciativa de uma reflexão prospectiva sobre o Direito do Trabalho e constituiu para esse fim um grupo de pesquisa transnacional e multidisciplinar. Foi-nos pedido para traçar os caminhos de uma reforma do Direito do Trabalho que ao mesmo tempo leve em consideração as mudanças profundas na organização econômica e social e vá no sentido de uma Europa mais “social”.

A União Europeia possuía à época apenas quinze membros e a perspectiva de sua ampliação próxima aos antigos países comunistas oferecia uma ocasião histórica de refundá-la com base na solidariedade entre as pessoas e de conferir, assim, um novo estímulo a seu modelo social. Não era, portanto, totalmente absurdo se esperar que ela se dotasse enfim de bases democráticas sólidas e de uma cabeça política pensante, e pudesse se tornar o laboratório de primeira grandeza de uma solidariedade nova entre países “ricos” e países

---

3 Criada por Marcel Gauchet, (**Peurs et valeurs. Les mauvaises surprises d’une oubliée: la lutte des classes**, Le Débat, n. 60, maio-agosto 1990, p. 257-266), esta expressão foi retomada em 1995 por Jacques Chirac como tema de sua campanha eleitoral para a presidência da República.

4 LASCH, C. **The Revolt of the Elites and the Betrayal of Democracy**. New York: Norton & Co, 1995. Esta obra foi traduzida para o francês como **La Révolte des élites et la trahison de la démocratie**. Climats, 1996. Nas páginas 269 e 58 dessa obra, Lasch diagnosticava “a fratura profunda e que vai aumentando entre o mundo

“pobres” e de uma melhoria geral das condições de vida e de trabalho. O que pressupõe, em verdade, uma reforma profunda de suas instituições, bem como um projeto de sociedade suscetível de restaurar a sua legitimidade junto à massa crescente de perdedores da “concorrência livre e não falseada”. Nosso relatório é uma contribuição para a elaboração desse projeto. Nós o republicamos atualmente em sua versão original, pois ele (infelizmente) não perdeu nada de sua atualidade e pode esclarecer o debate atual travado na França sobre a reforma do Direito do Trabalho.

## **2 A DESINTEGRAÇÃO DA EUROPA SOCIAL**

Como se sabe, as oportunidades que pareciam ainda se abrirem à Europa na virada do século não obtiveram êxito. A União Europeia continuou a se centrar em sua corrente descendente mais forte: a de uma “integração negativa”<sup>5</sup>, capaz de dismantelar as solidariedades nacionais em nome das liberdades econômicas, mas incapaz, por outro lado, de edificar um projeto político e social comum, que federalizasse as pessoas em torno de novas solidariedades. Durante estes últimos vinte anos, três fatores se conjugaram no sentido dessa desintegração da Europa social: a ampliação aos antigos países comunistas, a implementação do euro e a crise financeira internacional.

## **3 A “NOVA EUROPA”**

Sem ter sido concebida como uma verdadeira reunificação, a ampliação da União Europeia aos países pós-comunistas serviu para atizar a corrida social ladeira abaixo e a trair a promessa “da equalização no progresso” das condições de vida e de trabalho, embora contida no Tratado de Roma<sup>6</sup>. No final dos anos 1990, quando nosso relatório foi elaborado, a Europa se pretendia ainda “social” e a posição ultraliberal inglesa era minoritária em seu âmbito. Essa ambição desapareceu com a entrada na União de países saídos da dominação soviética. Sem

---

político e os membros mais humildes da sociedade”, aos olhos dos quais “uma Europa governada da Bruxelas será cada vez menos sensível ao controle das pessoas”.

<sup>5</sup> Esta noção se deve a SCHARPF, Fritz. **Gouverner l’Europe**. Paris: Presses de Sciences Po, 2000. p. 58 e ss.

<sup>6</sup> Atribuído aos Estados-membros pelo artigo 117 do Tratado de Roma, esse objetivo consta ainda no artigo 151 do atual Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

ter sido concebida como uma verdadeira reunificação da Europa, implicando um novo pacto fundador da União, essa ampliação selou o casamento do capitalismo e do comunismo<sup>7</sup>.

Essa virada é especialmente visível na jurisprudência da Corte de Justiça europeia<sup>8</sup>. Consciente da fragilidade de sua legitimidade, essa Corte se mostrou muito prudente até a virada do século e tinha contribuído para dar corpo à “dimensão social” da construção europeia.

Composta de um juiz por Estado-membro, a Corte escapa às regras de ponderação demográfica que regem o Parlamento ou o Conselho europeu. A ampliação modificou seus equilíbrios internos e ela se tornou, a favor da aliança ideológica dos países da “Nova Europa” (países pós-comunistas e ultraliberais), uma alavanca especialmente poderosa de desestabilização dos modelos sociais nacionais. Se desviando do objetivo “de equalização no progresso” que inspirava sua jurisprudência anterior, ela passa doravante a permitir que as empresas instaladas nos países de baixos salários e fraca proteção social utilizem plenamente essa “vantagem comparativa”.

Para esse fim, a Corte isentou essas empresas do respeito aos pisos salariais fixados pelas convenções coletivas<sup>9</sup>, bem como das leis que indexam os salários ao custo de vida<sup>10</sup>; ela afastou as presunções de existência de relação de emprego previstas pelas ordens jurídicas dos países estrangeiros onde elas operam<sup>11</sup>; ela afastou a aplicação dos dispositivos que permitem aos Estados onde operam as empresas de fiscalizarem eficazmente o respeito aos direitos dos trabalhadores que elas empregam<sup>12</sup>; ela afirmou que o recurso aos pavilhões de conveniência derivava do princípio da livre iniciativa<sup>13</sup>; ela proibiu em princípio as greves contra as transferências das empresas<sup>14</sup>; ela decidiu que os objetivos de proteção do poder de compra dos trabalhadores e de paz social não constituíam um motivo de ordem pública suficiente para justificar uma derrogação à livre prestação de serviços<sup>15</sup>; ela impôs aos sindicatos do setor público recorrerem ao mercado de seguros para gerir os sistemas de

---

7 Sobre esse processo de hibridação, veja as obras de SUPIOT, Alain. **L’Esprit de Philadelphie**. Paris: Seuil, 2010, cap. I, p. 229 e ss.; e **La Gouvernance par les nombres**. Paris: Fayard, 2015. p. 169-172.

8 Sobre o papel determinante dessa jurisdição no caminho tomado pela construção europeia, veja a forte demonstração de GRIMM, D. **L’Europe par le droit: jusqu’où?** Les limites de la dépolitisation. *Le Débat*, n. 187, p. 99-113, nov./dez. 2015.

9 Corte de Justiça da Comunidade Europeia (CJCE), 18 de dezembro de 2007, decisão C-341/05, *Laval*; 3 de abril de 2008, decisão C-346/06, *Rüffert*, a qual permite pagar aos trabalhadores estrangeiros transferidos para um país-membro da União Europeia a metade do piso salarial das convenções coletivas aplicáveis nesse país.

10 CJCE, 19 de junho de 2008, decisão C-319/06, *Comissão x Grão Ducado de Luxemburgo*.

11 CJCE, 15 de junho de 2006, decisão C-255/04, *Comissão x França*,

12 CJCE, 19 de junho de 2008, decisão C-319/06, *Comissão x Grão Ducado de Luxemburgo*.

13 CJCE, 6 de dezembro de 2007, decisão C-438/05, *Viking*.

14 CJCE, 6 de dezembro de 2007, decisão C-438/05, *Viking*.

15 CJCE, 19 de junho de 2008, decisão C-319/06, *Comissão x Grão Ducado de Luxemburgo*, veja o § 53.

aposentadoria complementar<sup>16</sup>; ela privou de qualquer efeito normativo as disposições da Carta de Nice relativas ao direito à informação e consulta dos trabalhadores<sup>17</sup>. Na mais recente dessa longa ladainha de decisões, ela estendeu o campo de aplicação da Diretiva sobre transferência de trabalhadores a simples operações de empréstimo internacional de mão de obra, abrindo, assim, as portas à *marchandage* do trabalho humano em nível europeu<sup>18</sup>. Sua política jurisprudencial encontra-se especialmente bem evidenciada em uma decisão recente, relativa ao Direito alemão de sucessão dos mercados públicos. Essas disposições estendiam aos sucessores estabelecidos em outro Estado-membro da União Europeia a obrigação de respeitar o salário mínimo aplicável às empresas alemãs. Essa regulamentação, segundo a Corte, “privaria os sucessores estabelecidos no referido Estado-membro de obterem uma vantagem concorrencial a partir das diferenças existentes entre os pisos salariais respectivos”<sup>19</sup>. Não é possível encorajar mais claramente a corrida ladeira abaixo social. Esta caminha junto com a corrida ladeira abaixo fiscal, a qual destrói as bases financeiras do Estado Social e não poderia encontrar símbolo melhor do que a nomeação em 2014, para a chefia da Comissão Europeia, do Sr. Jean-Claude Juncker, conhecido por ter feito de Luxemburgo um dos paraísos fiscais mais prósperos do mundo.

Esta colocação em xeque dos direitos sociais pela Corte de Justiça da União Europeia foi criticada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT). Ciente da incidência da jurisprudência *Viking* sobre o exercício do direito de greve no Reino Unido, a Comissão de Peritos da OIT “opina que a ameaça onipresente de uma ação de indenização implica o risco de levar o sindicato à falência, eventualidade fortemente plausível hoje em dia, considerando as jurisprudências *Viking* e *Laval*, cria uma situação na qual o exercício dos direitos previstos pela Convenção (n. 87 sobre a liberdade sindical e a proteção do direito sindical) torna-se impossível”<sup>20</sup>.

Ao Governo britânico, alegando que esse impacto será na prática limitado às hipóteses em que o conflito coletivo tem uma dimensão internacional, a OIT respondeu que “no contexto atual da globalização, tais situações podem se tornar mais frequentes, notadamente em determinados setores de emprego, como o dos transportes aéreos, de modo que uma

---

16 Corte de Justiça da União Europeia (CJUE) (Pleno), 15 de julho de 2010, decisão C-271/08, *Comissão x República Federal da Alemanha*, em **Droit social**, 2010, p. 1233, comentada por Francis Kessler.

17 CJUE, 15 de janeiro de 2014, decisão C-176/12, Associação de mediação social. Veja RODIÈRE, P. **Un droit, un principe, finalement rien?** Sur l’arrêt de la CJUE du 15 janvier 2014. *Semaine sociale Lamy*, n. 1618, p. 11-14, 17 de fevereiro de 2014.

18 CJUE, 18 de junho de 2015, decisão C-586/13.

19 CJUE, 18 de setembro de 2014, *Bundesdruckerei*, decisão C-549/13, § 34.

20 Conferência Internacional do Trabalho, 99ª sessão, Relatório III (1A) da Comissão de Peritos na Aplicação das Convenções e Recomendações, 2010, p. 211.

derrogação da possibilidade de os trabalhadores desses setores negociarem realmente com seus empregadores sobre as questões que afetam as suas condições de emprego poderia certamente se mostrar devastadora. Assim, a Comissão de Peritos considera que a doutrina utilizada nesses julgamentos da CJUE é suscetível de ter um efeito restritivo quanto ao exercício do direito de greve na prática, de uma maneira contrária à Convenção”<sup>21</sup>.

#### 4 O DEFEITO DO EURO

A esse primeiro fator de desintegração da “Europa social” vieram a ser acrescentados os efeitos do defeito do euro hoje evidente<sup>22</sup>. No momento em que foi redigido nosso relatório, o euro ainda não estava em circulação, mas nós não deixamos de assinalar que era grande o risco de que ele não deixasse aos Estados outro instrumento de política econômica que não a desvalorização do trabalho. “A moeda comum, escrevíamos nós, gera o risco de um crescimento da concorrência baseada em uma redução dos custos trabalhistas e fiscais. (...). Tais práticas poderiam colocar em xeque a coesão social e minar a dinâmica de integração europeia. Esse perigo procederia sobretudo do fato de que, em uma União monetária, um Estado membro não poderá mais utilizar a desvalorização para proceder aos ajustes necessários; ele não poderá mais contar com a mobilidade dos trabalhadores como nos Estados Unidos, nem com o orçamento comunitário que não é aquele de um Estado federal; o risco é então que a flexibilização, principalmente dos salários, seja o único fator de ajuste”<sup>23</sup>.

Infelizmente os acontecimentos desses últimos anos confirmaram a veracidade do nosso prognóstico. Os negociadores do Tratado de Maastricht tinham acreditado ser possível estender a toda zona do euro o modelo ordoliberal que havia obtido êxito na Alemanha<sup>24</sup>. Sem levar em conta o fato de que esse modelo não é puramente monetário, que ele é uma faceta do modelo social alemão, que ele está ligado a uma história e a uma cultura diferente daquelas da França, da Itália ou da Grécia. Essa escolha estratégica conduziu à criação de um Sistema europeu de bancos centrais totalmente independente, politicamente irresponsável e que – contrariamente Reserva federal americana – não tem nem o direito de sustentar diretamente as

---

21 *Idem.* p. 211.

22 Vide LORDON, Frédéric. **La Malfaçon. Monnaie européenne et souveraineté démocratique**. Paris: Les Liens qui libèrent, 2014, 296 p.

23 Vide *infra*. p. 197.

24 Vide DAHAN, S. **A Path-Dependent Deadlock: Institutional Causes of the Euro Crisis**. New York University School of Law, JMWP 13/15. p. 74.

finanças públicas<sup>25</sup>, nem o dever de sustentar o emprego<sup>26</sup>. Essa escolha ordoliberal também levou a sujeitar os Estados à realização de objetivos numéricos fixados pelo tratado. Como esse dispositivo nunca funcionou, não se cessou – há vinte anos –, não de se interrogar sobre a sua validade –, mas de o endurecer. Primeiramente, em 1997, por meio da adoção do “pacto de estabilidade e de crescimento” e, posteriormente, em 2012, por meio daquele do Tratado sobre a estabilidade, a coordenação e a governança no âmbito da União econômica e monetária, que previa um mecanismo de correção “ativado automaticamente” no caso da falta de realização desses objetivos<sup>27</sup>.

Esse sonho cibernético de uma governança da Europa pelos números permitiu às instâncias não eleitas reunidas na Troika (o Banco Central Europeu, a Comissão Europeia e o Fundo Monetário Internacional – FMI) ditar aos Estados em dificuldade financeira políticas de desmantelamento do Estado Social, consistentes em privatização ou pauperização dos serviços públicos, redução dos seguros sociais ou de desregulamentação do mercado de trabalho. Sem respeito aos limites de competência da União Europeia (que não tem, em princípio, nenhuma competência nesses domínios), a Troika impôs, assim, a determinados Estados políticas que os conduziu a violar normas sociais europeias ou internacionais ratificadas por esses Estados. Nesse contexto, o próprio Parlamento europeu se calou a respeito<sup>28</sup>.

Essas violações foram denunciadas pelo Comitê Europeu de Direitos Sociais (CEDS), que é o guardião da Carta Social do Conselho da Europa. Considerando o lugar dos direitos sociais na ordem jurídica da União Europeia e os procedimentos de elaboração do direito deles derivado, esse Comitê considera que não se pode presumir a conformidade do direito da União Europeia às exigências da Carta Social Europeia<sup>29</sup>. A Carta Social Europeia e a legislação da União Europeia “são dois sistemas jurídicos” diferentes e o respeito à Carta exclui atribuir às liberdades econômicas “um valor maior do que aos direitos essenciais dos

---

25 Vide o Tratado Fundamental da União Europeia (TFUE), artigo 123. Para evitar a queda da zona euro, o Banco Central Europeu contornou essa proibição procedendo a amortizações nos mercados secundários, isto é, por meio de um financiamento massivo dos bancos privados titulares de obrigações emitidas pelos Estados. Essas “operações monetárias com títulos” (Outright Monetary Transaction ou OMT) foram avalizadas pela Corte de Justiça (CJUE, 16 de junho 2015, caso C-62/14 Gauweiler e.a.).

26 Vide o TFUE (artigo 127) e o Federal Reserve Act (section 2A).

27 Tratado sobre a estabilidade, a coordenação e a governança no âmbito da União econômica e monetária, artigo 3-e.

28 Vide a Resolução do Parlamento Europeu sobre o relatório de pesquisa relativo ao papel e às atividades da Troika, de 13 de março de 2014 (2013/2277 INI).

29 Decisão 55-2009, de 23 de junho de 2010, caso CGT contra França.

trabalhadores, neles compreendido o direito de recorrer a uma ação coletiva<sup>30</sup>. A essa condenação implícita da jurisprudência da CJUE se acrescenta a condenação pelo Comitê Europeu de um determinado número de medidas adotadas pela Grécia para satisfazer às demandas da Troika, medidas que ele julgou contrárias aos direitos sociais fundamentais garantidos pela Carta Social Europeia<sup>31</sup>.

As políticas impostas à Grécia pela Troika geraram uma alta vertiginosa do desemprego, a começar por aquele dos jovens<sup>32</sup>, uma pauperização de parcelas inteiras da população, bem como uma degradação considerável dos serviços de educação e de saúde<sup>33</sup>.

Exemplo entre outros da esquizofrenia na qual essas políticas de quebra social mergulham atualmente a União Europeia: aquele do contencioso relativo à duração do trabalho nos hospitais gregos<sup>34</sup>. Para satisfazer às exigências da Troika, a Grécia reduziu suas despesas de saúde em cerca de 35% desde 2010 e suprimiu 15.000 postos e 10.000 leitos nos hospitais públicos, cuja frequência, ao mesmo tempo, aumentou em 25%<sup>35</sup>. Daí uma prorrogação desmesurada do tempo de trabalho dos empregados dos hospitais que escaparam das dispensas, cuja duração oscila entre 60 e 93 horas por semana, e pode atingir 32 horas contínuas. Como esses horários absurdos ultrapassam os limites máximos autorizados pela diretiva europeia sobre a duração do trabalho<sup>36</sup>, a Corte de Justiça condenou a Grécia a pedido...da Comissão Europeia, membro da Troika, cujas ordens estão na origem dessa desagregação do serviço público hospitalar<sup>37</sup>. Nesse clima esquizofrênico, se compreende a popularidade recente desta citação de Bossuet, que escrevia exatamente isto: “Deus ri das preces que lhe são feitas para se evitarem as desgraças públicas, quando um não se opõe

---

30 CEDS, decisão 85-2012, de 3 de julho de 2013, Confederação Geral do Trabalho (LO) e Confederação Geral dos Executivos, Funcionários e Empregados (TCO) contra Suécia.

31 CEDS, decisão n. 65 e 66/2011, de 19 de outubro de 2012, Federação Geral dos Empregados das Companhias Públicas de Eletricidade (GENOP-DEI) e Confederação dos Sindicatos dos Funcionários Públicos (ADEDY) contra Grécia.

32 Em 2015, a taxa de desemprego dos jovens atingiu 48,8 % na Espanha, 48,3 % na Grécia, 40,7 % na Itália, 31,8 % em Portugal e 24,5 % na França (Eurostat, outubro de 2015).

33 Sobre essas consequências sanitárias, vide STUCKLER, D.; BASU, S. **The Body Economic: Why Austerity Kills**. London: Basi Books & Allen Lane, 2013. Tradução francesa: **Quand l’austérité tue. Épidémies, dépressions, suicides: l’économie inhumaine**. Paris: Autrement, 2014. 334 p.

34 Diretiva 93/104/CE do Conselho da União Europeia, de 23 de novembro de 1993, relativa a determinados aspectos da organização da duração do trabalho.

35 Vide CHARREL, M. **Le système de santé grec à l’agonie**. Le Monde, 17 de junho de 2015.

36 Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 04 de novembro de 2003, relativa a determinados aspectos da organização da duração do trabalho.

37 CJUE, 23 de dezembro de 2015, caso C-180/14, Comissão Europeia contra Grécia, aplicando a Diretiva 2003/88, de 23 de novembro de 1993, relativa a determinados aspectos da organização da duração do trabalho.

àquilo que é feito para provocá-las. O que eu posso dizer? Quando um a aprova e um a subscreve, ainda que com repugnância”<sup>38</sup>.

## 5 A FINANÇA SOBERANA

Esse auto de fé da “Europa social” por fim foi intensificado pela implosão dos mercados financeiros ocorrida em 2008. Anunciada pelos autores aos quais ninguém jamais sonhou em atribuir o prêmio dito “Nobel de economia”<sup>39</sup>, essa catástrofe deveria motivar os Estados a colocarem sob tutela os bancos sistêmicos e os mercados financeiros. Mas é o contrário que se produziu: ela permitiu a esses bancos e aos mercados financeiros de reforçarem a sua tutela sobre os Estados que os haviam salvado. Em outras palavras, a crise permitiu aos bancos sistêmicos na origem da crise de afirmarem a sua potência soberana sobre os governos eleitos<sup>40</sup>. Essa mudança espetacular se traduziu na Europa por meio da instalação em diversos postos de comando de antigos executivos diretores do Goldman Sachs, o banco que tinha ajudado a Grécia a maquiagem as suas contas para entrar na zona euro<sup>41</sup>. É assim que, após ter presidido as atividades do Goldman Sachs na Europa, o Sr. Mario Draghi foi nomeado presidente do Banco Central Europeu. Assim que assumiu a função, ele declarou que o modelo social europeu tinha acabado e que o dever dos Estados-membros era doravante o de tornar os mercados de trabalho ainda mais flexíveis<sup>42</sup>. É necessário notar o jogo de cartas político que consistiu em fazer esquecer que essa crise era devida à desregulamentação dos mercados financeiros para imputá-la ao excesso de regulamentação dos mercados de trabalho

---

38 BOSSUET, J.-B. **Histoire des variations des églises protestantes (1688)**, Livre IV. Paris: Garnier, tomo I, 1921, p. 163-164.

39 Vide GRÉAU, J.-L. **L'Économie malade de la finance**. Paris: Gallimard, 1998, e **L'Avenir du capitalisme**, Paris, Gallimard, 2005; JORION, P. **L'Implosion**. La crise du capitalisme américain. Paris: La Découverte, 2007; MORIN, F. **Le Nouveau Mur de l'argent**. Essai sur la finance globalisée. Paris: Seuil, 2006.

40 Vide MORIN, F. **L'Hydre mondiale**. L'oligopole bancaire. Montréal: Lux, 2015. 164 p.

41 Esse era o caso dos Srs. Mario Monti e Lucas Papademos, que assumiram a chefia dos governos italiano e grego. Sobre as responsabilidades desse banco de negócios no desencadeamento da crise financeira e na maquiagem das contas da Grécia, vide ROCHE, M. **La Banque**. Comment Goldman Sachs dirige le monde. Paris: Albin Michel, 2010, e o testemunho de um de seus antigos executivos (SMITH, Gerg. **Why I Am Leaving Goldman Sachs**. The New York Times, 14 de março de 2012).

42 “Europe’s Banker Talks Tough. Draghi Says Continent’s Social Model Is ‘Gone’, Won’t Backtrack on Austerity”, entrevista publicada no Wall Street Journal de 24 de fevereiro de 2012. Sobre esse abandono do projeto da Europa social e os meios de o remediar, vide COUNTOURIS, Nicola; FREEDLAND, Mark (org.). **Resocialising Europe in a Time of Crisis**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. 525 p.

e às proteções excessivas de que gozariam os trabalhadores e os desempregados na Europa. Esse truque de mão explica por que o Direito do Trabalho é considerado apenas em termos de rigidez ou complexidades nocivas ao emprego, e não mais em termos de projeto político, portador de mais justiça social no mundo do século XXI.

## 6 A CORRIDA GLOBAL (*GLOBAL RACE*)

Todos os países europeus estão, assim, engajados naquilo que o Primeiro-Ministro britânico, Sr. David Cameron, chamou recentemente de uma *global race*, uma corrida mortal em que os mais fracos restarão no ladrilho<sup>43</sup>. Essa *global race* é a vestimenta nova da “mobilização total”, na qual Ernst Jünger tinha visto o principal legado da Primeira Guerra Mundial na organização das sociedades em tempos de paz<sup>44</sup>. A diferença é que o engajamento de todos “os recursos humanos” na “guerra da competitividade” não serve a um Estado total, mas sim um mercado total, que se estende a todos os aspectos da vida em todos os países do mundo. Na Europa, sua influência se traduziu em um questionamento do princípio democrático. Esse questionamento foi frontal no caso da Grécia, convocada a jurar lealdade ao Eurogrupo. Nos termos da Declaração prévia a todo acordo que ela teve que avalizar em 12 de julho de 2015, a Grécia faz ato de penitência de suas escolhas eleitorais de janeiro e confessa que as “sérias dívidas que pairam sobre o caráter sustentável da dívida grega” são inteiramente imputáveis ao “relaxamento político dos últimos doze meses”<sup>45</sup>. Confissão surrealista quando se sabe a história da dívida grega e a responsabilidade de todos aqueles que concorreram ou fecharam os olhos para a maquiagem das contas públicas que permitiu a entrada da Grécia na zona do euro (governos gregos anteriores, Goldman Sachs e Comissão Europeia). A Grécia concorda, por fim, unilateralmente nessa mesma Declaração com as políticas impostas por seus credores em domínios que escapam completamente das competências da União Europeia, tais como a privatização do setor de energia, o direito de

---

43 “A verdade é que nós estamos atualmente em uma *global race*. E para um país como o nosso esta soa a hora das contas. Afundar ou nadar (...). Nós somos testados. Como sair ganhando? Isso não é complicado. Trabalho duro”, David Cameron, discurso no Congresso do Partido Conservador., The Telegraph, 9 de outubro de 2012.

44 Vide JÜNGER, E. Die totale Mobilmachung (1930). Tradução francesa da obra: *L'État universel*. La Mobilisation totale. Paris: Gallimard, 1990. p. 154.

45 Vide Declaração da cimeira da zona do euro, Bruxelas, 15 de julho de 2015, p. 6.

dispensa, o regime das convenções coletivas ou – verdadeiro mantra das “reformas estruturais” – a abertura das lojas no domingo. Em outros países, menos vulneráveis, as Cortes Constitucionais resistiram à brutalidade com a qual é conduzida essa política de destruição do Estado Social. O Tribunal Constitucional português invalidou em diversas oportunidades as medidas de austeridade tomadas pelo governo em aplicação das diretivas da Troika. Ele condenou, assim, em nome dos princípios da igualdade, da proporcionalidade e da segurança jurídica, os efeitos das medidas de austeridade sobre os trabalhadores do setor público<sup>46</sup>. Foi, por exemplo, julgada contrária ao “princípio da confiança” mútua que deve reinar entre o Estado e seus agentes públicos, a redução em quase 10% das aposentadorias dos funcionários acima de 600 euros<sup>47</sup>. A Corte Constitucional italiana também aplicou o princípio da igualdade de tratamento para censurar medidas de bloqueio da atualização monetária dos proventos de aposentadoria<sup>48</sup>. E ela se referiu ao art.28 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e à Convenção n. 151 da OIT para censurar a proibição de negociação coletiva no setor público<sup>49</sup>.

Esse questionamento da democracia, com efeito, afeta todos os países da União Europeia, de modo que o julgou com muita lucidez a Corte Constitucional alemã (Bundesverfassungsgericht) em sua importante decisão relativa à ratificação do Tratado de Lisboa<sup>50</sup>. Segundo o Bundesverfassungsgericht, “a integração europeia não poderá conduzir o sistema de poder democrático na Alemanha ao esvaziamento de sua substância e o poder público supranacional, enquanto tal, não poderá desconhecer as exigências democráticas fundamentais” (§ 244). Com efeito, no momento em que “o direito a uma participação livre e igual ao poder público é ancorado na dignidade humana” (§ 211), “o princípio democrático não pode ser pesado contra outros valores; ele é intangível (§ 216). Ora, a União Europeia não preenche nenhuma das exigências democráticas que ela impõe a seus membros. “Em uma democracia, o povo deve poder designar o governo e o poder legislativo pelo sufrágio livre e

---

46 Decisões n. 353/2012, de 3 de julho de 2012; n. 187/2013, de 5 de abril de 2013; n. 474/2013, de 17 de setembro de 2013; n. 862/13, de 19 de dezembro de 2013; n. 574/2014, de 14 de agosto de 2014. Essas decisões podem ser consultadas em português no site da Corte ([www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)). Sobre essa jurisprudência, vide MONTEIRO, A. **Le droit du travail au centre de la crise: un arrêt de la Cour constitutionnelle portugaise**. *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2015/1, p. 48; GUERRA MARTINS, A. M. **The Portuguese Constitutional Court as Guardian of Social Rights in Times of Crisis** (a ser publicada no *European Journal of Human Rights*, 2016).

47 Decisão n. 474/2013, de 29 de agosto de 2013.

48 Decisão n. 70/2015, de 10 de março de 2015 (consultável em italiano no site [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)). Vide GAROFALO, D. **La perequazione delle pensioni**: dalla Corte costituzionale, n. 70 del 2015 al D.L. n. 65 del 2015. *Lavoro nella giurisprudenza*, 7/2015, p. 680.

49 Decisão n. 178/2015, de 23 de junho de 2015.

50 Decisão 2 BvE 2/08, de 30 de junho de 2009, consultável no site do Bundesverfassungsgericht (com traduções inglesa e francesa).

igual. Esse núcleo duro pode ser completado pela possibilidade de referendos sobre questões de fundo (...). Na democracia, a decisão do povo é no centro da formação e da afirmação do poder político: todo governo democrático conhece o temor de perder o poder no caso de não reeleição” (§ 270). Nada disso na União Europeia: sem voto ou eleições que permitam a uma oposição de se estruturar e de ascender ao poder com um programa de governo (§ 213). No geral, a Alemanha é sem dúvida o país onde o questionamento pela União Europeia da democracia<sup>51</sup> e do Estado Social<sup>52</sup> suscitou o debate mais rico e mais bem argumentado. Infelizmente, as discussões sobre o futuro da Europa permanecem separadas por país, pela falta de um espaço público europeu que tornaria possível a estruturação de um verdadeiro debate democrático nesse âmbito.

## 7 O DIREITO DO TRABALHO ENTRE TRANSFORMISMO E REFORMISMO

Nesse contexto darwiniano de *global race* e de “guerra da competitividade”, o Direito do Trabalho é denunciado em todos os países europeus como o único obstáculo à realização do direito ao trabalho. Como na imagem do presidente Mao guiando o Grande Salto para Frente<sup>53</sup>, a classe dirigente pensa ser o agente histórico de um mundo novo, no qual o futuro inelutável exige da população o sacrifício de todas as seguranças adquiridas. Essa fuga para frente é desesperada nos governos dos países da zona do euro.

Estando privados de todos os outros instrumentos de política pública suscetíveis de pesar sobre a atividade econômica, eles se agarram à única alavanca que lhes resta: aquela da desregulamentação do Direito do Trabalho. Agarramento tão frenético que eles se encontram doravante sob a ameaça de sanções previstas pelos tratados, mas também e, sobretudo, da perda de confiança dos mercados financeiros. A Comissão Europeia e do Banco Central Europeu os pressiona para efetuarem as “reformas estruturais necessárias”, codinome da “redução do custo do trabalho” e da “luta contra a rigidez do mercado de trabalho”<sup>54</sup>.

---

51 Vide notadamente as reflexões de D. Grimm, antigo juiz constitucional, **Die Stärke der EU liegt in einer klugen Begrenzung** (Frankfurter Allgemeine Zeitung, 11 de agosto de 2014, p. 11), desenvolvidas em uma entrevista com Olivier Baud: **Les insuffisances de la démocratie européenne**. Esprit, julho de 2015, p. 83-94.

52 Vide STREECK, W. **Gekaufte Zeit. Die vertagte Krise des demokratischen Kapitalismus** (2012). Tradução francesa: Du temps acheté. La crise sans cesse ajournée du capitalisme démocratique. Paris, Gallimard, 2014. 378 p.

53 Imposta por Mao nos anos 1950 para alcançar o nível de desenvolvimento dos países industrializados, essa política econômica cega às realidades causou uma das maiores fomes da história, causando a morte de mais de 30 milhões de pessoas segundo as estimativas atuais (vide JISHENG, Yang. **Stèles**. La Grande famine en Chine, 1958-1961. Paris: Seuil, 2012, 660 p.).

54 Vide as “Recomendações da Comissão Europeia relativas ao programa nacional de reforma da França”, publicadas em 13 de maio de 2015, COM (2015) 260 final; e no mesmo sentido, M. Draghi “Reformas estruturais, inflação e política monetária”, discurso de abertura do Presidente do Banco Central Europeu, no

Reproduzido quotidianamente nos meios de comunicação pelas *talking classes*<sup>55</sup>, o apelo a essas “reformas corajosas” é uma palavra de ordem tão repetida há quarenta anos, que um quase se esqueceria da obscenidade do espetáculo fornecido por aqueles que, cumulando invariavelmente, eles mesmos, as seguranças do público e as vantagens do privado, denunciam em nome dos excluídos (*outsiders*) as vantagens exageradas das quais gozariam os incluídos (*insiders*) e não cessam de opor os desempregados às pessoas que recebem o salário mínimo, os precários aos titulares de um emprego estável, os assalariados aos funcionários, os ativos aos aposentados, os imigrantes aos nativos, etc.

## 8 O QUE SIGNIFICA “REFORMAR”?

Uma verdadeira reforma do Direito do Trabalho evidentemente não tem nada a ver com os sermões daqueles que reproduzem as ordens de adaptação dos homens às necessidades de um mercado que se fez total. Esses pregadores se inscrevem na linhagem dos “terríveis simplificadores”<sup>56</sup>, dos quais Jacob Burckhardt anunciava a “absoluta brutalidade”<sup>57</sup>. É de fato um abuso de linguagem qualificar de projetos de reforma do Direito do Trabalho os apelos à sua desregulamentação. Esses projetos são para o Direito do Trabalho aquilo que o desmembramento das regiões foi para a reforma territorial francesa decidida em 2014: não a expressão de uma ação política refletida, mas sim sinais destinados a satisfazerem o apelo às “reformas estruturais”; não a fonte de mais simplicidade e democracia, mas, ao contrário, mais complexidade e prebendas. Com efeito, não se pode confundir o *transformismo*, que reduz a política à submissão às restrições do mercado e à evolução dos costumes, com o verdadeiro *reformismo*, que consiste em colocar politicamente em obra a representação de um mundo mais livre e mais justo<sup>58</sup>. Reformar o Direito do Trabalho exige considerar a extrema complexidade e as transformações profundas da divisão do trabalho no mundo contemporâneo, e imaginar, com base nisso, categorias jurídicas novas, próprias para favorecer a liberdade, a segurança e a responsabilidade de todos os trabalhadores. O

---

fórum dedicado à atividade do Banco Central (Sintra, em 22 de maio de 2015), acessível pela internet no site do Banco Central Europeu ([www.ecb.europa.eu](http://www.ecb.europa.eu)).

55 Christopher Lasch denomina assim a “classe tagarela”, onipresente nos meios de comunicação (**La Révolte des élites**. *Op. cit.* p. 89).

56 Em francês no texto de uma carta de Jacob Burckhardt de 24 de julho de 1889, **Briefe an seinen Freund F. von Preen**, 1864-1893. Stuttgart-Berlin: Deutsche Verlag Anhalt, 1922. p. 248.

57 Vide NURDIN, J. **Le Rêve européen des penseurs allemands (1700-1950)**. Lille: Presses universitaires du Septentrion, 2003. 296 p.

58 Vide TRENTIN, B. **La libertà viene prima**. La libertà come posta in gioco nel conflitto sociale. Roma: Editori riuniti, 2004. p. 128.

agravamento vertiginoso das desigualdades, cuja consciência inquieta aflora em todo o mundo<sup>59</sup>, mas também os progressos das novas tecnologias, tornam ainda mais necessária do que há quinze anos atrás essa definição renovada do que a Constituição da Organização Internacional do Trabalho chama de um “regime de trabalho realmente humano”<sup>60</sup>. Necessária antes de tudo para remediar essa explosão de desigualdades e a privação de todo trabalho decente para massas humanas inteiras, uma enormidade de jovens, empurrados, assim, para o desespero ou para a imigração, quando não para a delinquência ou para a violência anômica ou o fanatismo religioso. “Viver trabalhando ou morrer lutando”: forjado no amanhecer dos tempos industriais, o lema dos “canuts”<sup>61</sup> é tão comovente, quanto repleto de ameaça, em tempos nos quais o desemprego em massa anda junto com a impotência da ação política ou sindical. O trabalho é uma escola da razão e, logo, privar dele porções inteiras da juventude é de uma cegueira criminoso. É necessário lembrar que é a experiência das guerras mundiais que conduziu o Tratado de Versalhes, em 1919, e depois a Declaração de Filadélfia, em 1944, a afirmar solenemente que “não há paz duradoura sem justiça social”?

A redefinição do regime de trabalho é, em segundo lugar, necessária para colocar a serviço do progresso social a revolução informática, que traz em si o melhor e o pior. O melhor se a informatização e a robotização são utilizadas para reduzir a pena dos homens e aumentar a autonomia e a realização pessoal no trabalho. O pior caso se pense o homem no modelo no computador ao invés de pensar o computador como um meio de humanizar o trabalho. Sujeito ao tempo instantâneo da informática, absorvido em uma representação virtual do mundo e avaliado a partir de indicadores numéricos de desempenho sem relação com as condições de sua execução, o trabalhador está preso em um sistema de significantes sem significados, que exige dele uma “reatividade” e uma “competividade” sem limite, ao mesmo tempo em que o priva de toda capacidade real de agir livremente, à luz da experiência e no seio de uma comunidade de trabalho unida pelo senso da obra a se cumprir. Há aí novas formas de desumanização do trabalho que concernem também o trabalho independente e o emprego público (nele incluído aquele dos executivos dirigentes, que tinham escapado do taylorismo) e que demandam respostas novas<sup>62</sup>. Todavia, elas não são encaradas que sob o ângulo defensivo das obrigações de preservação da saúde mental que pesam sobre os

---

59 É testemunha disso o sucesso mundial do excelente livro PIKETTY, Thomas. **Le Capital au XXI<sup>e</sup> siècle**. Paris: Seuil, 2013. 970 p.

60 Vide sobre essa noção: SUPIOT, Alain. **La Gouvernance par les nombres**. Cours au Collège de France 2012-2014, Paris, Fayard, 2015, cáp. XII, p. 325 e ss.

61 NT: A revolta dos “canuts” (“révolte des canuts”) foi a insurreição dos operários da seda (“canuts”) em Lion em 1831. Provocada pela insuficiência dos salários, foi duramente reprimida pelo Governo Casimir-Perier.

62 Pode-se encontrar este ponto desenvolvido em **Gouvernance par les nombres**, *op. cit.*, p. 329-333.

empregadores, ao passo que elas abrem também uma via ofensiva para reinserir a questão do conteúdo e do sentido do trabalho no perímetro da negociação coletiva.

Esse novo Direito do Trabalho não sairá da cabeça dos especialistas, mas da ação política e sindical, aberta para a diversidade das configurações históricas e culturais. Se a superação do modelo de emprego, nós escrevíamos, é um dado comum a todos os países europeus, “não se saberia evidentemente prever as formas jurídicas singulares que ele tomará em cada um dos países”. Eis porque nós não pretendemos construir um modelo, mas “definir um quadro conceitual no qual poderia se inscrever essa superação”<sup>63</sup>.

## 9 OS IMPASSES DA FLEXIBILIZAÇÃO

Para avançar nesse sentido, nós partimos de uma constatação e de uma hipótese. A constatação é dupla. Por um lado, aquela do questionamento, no conjunto dos países europeus, do estatuto profissional ligado ao contrato de trabalho por tempo indeterminado e a tempo pleno, o qual, até os anos 1970, implicava garantias salariais e uma proteção social; por outro lado, aquela da inutilidade dos sacrifícios demandados aos trabalhadores pela flexibilização de seu emprego, entendida como instrumento privilegiado da recuperação econômica e do fim do desemprego. No momento em que nós redigíamos nosso relatório, as práticas das empresas, pouco a pouco legalizadas, até mesmo encorajadas pelos Estados, promoviam já há anos o trabalho precário, por tempo determinado, o trabalho a tempo parcial, a colocação por conta própria dos trabalhadores mais ou menos independentes, a pluriatividade, a terceirização, o recurso a trabalhadores destacados, o trabalho intermitente, etc. E há anos já, a dificuldade das empresas de criarem emprego era imputada a um Direito do Trabalho tornado muito protetor e muito complexo. Desde 1984, o Sr. Yvon Gattaz – presidente do CNPF (Conselho Nacional do Patronato Francês) e pai do atual MEDEF (Movimento das Empresas da França) – prometia a contratação de 471.000 trabalhadores por meio da criação de “empregos novos com obrigações reduzidas”. Foi para responder a essa demanda que foi suprimida em 1986 a autorização prévia da dispensa, que não resultou em nenhuma criação de emprego.

---

63 Vide SUPLOT, Alain *et al.* **Au-delà de l'emploi**. Les voies d'une vraie réforme du droit du travail. Paris: Flammarion, 2016. p. 85-86.

O argumento é retomado atualmente pelas organizações patronais, segundo uma marcha tipicamente francesa<sup>64</sup>. O Estado na França é “o inimigo comum, mas também o aliado de todos”<sup>65</sup>. Como os médicos, os agricultores, os universitários ou os motociclistas em cólera, e enfim como tudo o que a França conta de corporações, os dirigentes das empresas imputam sempre as suas dificuldades primeiramente ao Estado ao invés do que a si mesmos. Todos se voltam para a República como para uma “Grande Mãe” (“Big Mother”), da qual se denuncia a invasão, mas requerendo a ajuda<sup>66</sup>. O argumento pôde, assim, ser repetido sem dificuldade em coro pelo mundo político e pelos especialistas de todo tipo: o primeiro responsável pelo desemprego é o Código do Trabalho! O que espera, assim, o governo para reduzir drasticamente o seu volume e ver reflorescer o emprego na França?

É nesse contexto que alguns bons espíritos recentemente declararam terem descoberto um “remédio à mão” na luta contra o desemprego: uma simplificação drástica do Direito do Trabalho, reduzido a cinquenta princípios, os quais seriam as suas “vigas mestras”<sup>67</sup>. Todavia, os melhores especialistas não deixaram de notar que os princípios hoje reconhecidos no Direito francês, como o direito de greve<sup>68</sup> e o salário mínimo<sup>69</sup>, não figurariam nessa lista. Enquanto que, por outro lado, se encontra promovido um “princípio” até aqui desconhecido: o da prescrição trienal dos salários, derogatório do Direito comum e desfavorável aos trabalhadores<sup>70</sup>. O que deixa entrever sob a palha da simplificação o grão da desregulamentação. A publicação dessa obra, de resto, se inscreve em uma “sequência” política coordenada pelo Primeiro-ministro e destinada a responder às ordens europeias de “reforma estrutural” do Direito do Trabalho. Em sua carta de missão de 1º de abril de 2015, o Primeiro-ministro pedia ao Presidente da Seção Social do Conselho de Estado, Sr. Jean-Denis Combexelle, para conduzir uma reflexão sobre “o lugar dos acordos coletivos no Direito do Trabalho e a construção de normas sociais”, indicando-lhe que ele “se beneficiaria ao

---

64 Não se imaginaria o dirigente de uma grande empresa alemã que, perdendo partes do mercado, imputaria a responsabilidade à República alemã (“Bundesrepublik”), ao invés de começar por se interrogar sobre a sua própria responsabilidade. É verdade que os patrões alemães em geral saíram da classe e têm uma cultura industrial que faz falta a seus pares franceses, saídos do molde das grandes escolas e acostumados a passar do público ao privado. Vide JOLY, Hervé (coord.). **Formation des élites en France et en Allemagne**. Paris: CIRAC, 2005. 228 p.; MASSOL, Joël; VALLÉE, Thomas; KOCH, Thomas. **Les élites économiques sont-elles encore si différentes en France et en Allemagne?** Regards sur l'économie allemande, n. 97, 2010, p. 05-14.

65 LEGENDRE, Pierre. **Trésor historique de l'État en France**. 2ª éd. Paris: Fayard, 1992. p. 15.

66 SCHNEIDER, Michel. **Big Mother: Psychopathologie de la vie politique**. Paris: Odile Jacob, 2005. 379 p.

67 Vide, BADINTER, R.; LYON-CAEN, A. **Pour une Déclaration des droits du travail**. Le Monde, 6 de junho de 2015, e a versão um pouco mais longa publicada sob o título **Le Travail et la Loi**. Paris: Fayard, 2015. p. 80.

68 DOCKÈS, E. **Préserveons un système qui protège les employés**. Le Monde, 27 de junho de 2015. p. 15.

69 DUPEYROUX, J.-J. **Faut-il simplifier le Code du travail?** L'Observateur, 27 de agosto de 2015.

70 DUPEYROUX, J.-J. **Faut-il simplifier le Code du travail?**

examinar as contribuições dos think tanks e publicações vindouras”<sup>71</sup>. Foram publicados na sequência, em junho de 2015, a obra dos Srs. Badinter et Lyon-Caen e, em setembro, dois relatórios desses famosos “think tanks”: um do Institut Montaigne, propondo “salvar o diálogo social”, e o outro do Instituto Terra Nova, indicando como “Reformar o Direito do Trabalho”. Encerrando essa sequência, o Sr. Combrexelle pôde entregar, em 9 de setembro de 2015, o seu relatório, cujas conclusões iam no mesmo sentido<sup>72</sup>. Essa publicação abriu uma nova “sequência”, com a nomeação de uma comissão presidida pelo Sr. Badinter, encarregada de definir os “princípios fundamentais do Direito do Trabalho”. Face à “obesidade” do Código, a “reforma” do Direito do Trabalho consistirá em estender consideravelmente o campo da negociação de empresa, reduzindo aquele da ordem pública e limitando a capacidade de resistência eventual que os trabalhadores extraem de seu contrato individual. O que choca mais nesse ressurgimento do velho projeto de “contrato coletivo de empresa” é, inicialmente, o seu caráter desatualizado. É uma velha ideia tomada nas receitas do neoliberalismo, em princípio apresentada pelo Primeiro-ministro Raymond Barre nos anos 1970, depois nos anos 1980 e 1990 sob o nome de “contrato coletivo de empresa”<sup>73</sup>. Ela participa da agenda neoliberal dos anos 1970, a qual já foi largamente implementada e, assim, seria sábio fazer o respectivo balanço ao invés de continuar a obedecê-la cegamente. Com efeito, há trinta anos – contrariamente aos clichês sobre a aversão francesa às reformas – todas as poções do neoliberalismo supostamente de impulso ao crescimento e ao emprego foram administradas em nosso país: a “Corporate Governance”, a “New Public Management”, a desregulamentação dos mercados financeiros, a reforma das normas contábeis, a instituição de uma moeda fora do controle político, a remoção das fronteiras comerciais do mercado europeu...e naturalmente a desconstrução do Direito do Trabalho objeto de intervenções legislativas incessantes e fonte primeira da obesidade (real) do Código do Trabalho. Mas qual é o balanço dessas reformas? A desregulamentação dos mercados financeiros conduziu a sua implosão em 2008, seguida da explosão do desemprego e do endividamento público. A “Corporate Governance”, indexando os interesses dos dirigentes das grandes empresas sobre o rendimento financeiro de curto prazo, precipitou esses últimos em um tempo entrópico incompatível com a ação de empreender, o investimento produtivo e, logo, o emprego. Quanto ao Direito do Trabalho, o recuo da lei em benefício da negociação coletiva já foi

---

71 Vide o texto dessa carta de missão, reproduzida como anexo do relatório de J.-D. Combrexelle, citado abaixo.

72 COMBREXELLE, J.-D. *La Négociation collective, le travail et l'emploi, rapport au Premier ministre*. France Stratégie, setembro de 2015. p. 135.

largamente empregado. Com quais resultados? O Sr. Combrexelle tem o mérito de dizê-lo claramente: “a negociação coletiva não está mais adaptada às exigências de uma economia moderna e globalizada, os atores estão cansados e ultrapassados, os resultados são decepcionantes, resumindo, a negociação coletiva não permite mais obter os resultados conformes ao interesse geral”<sup>74</sup>. Se ele recomenda perseverar nesse caminho, é explicitamente por dever, e não por convicção<sup>75</sup>.

É verdade que o Código do Trabalho tornou-se enorme e complicado. Isso ao menos por duas razões. A primeira, recordada no nosso relatório, conforme se verá adiante, é que o Direito do Trabalho rege atualmente a grande maioria da população ativa; não mais uma classe operário homogênea, mas um mundo do trabalho heterogêneo e complexo. Ora, a função de um direito codificado é reunir em um mesmo codex as regras que respondam a essa complexidade e heterogeneidade. Nos países em que essa legislação está espalhada em textos diversos, a prática traz a necessidade de compilações, cujo volume não tem o que invejar a nosso código. Por exemplo, na Alemanha, a “Arbeitsrechts-Handbuch: Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis”, que possui 3.030 páginas em sua edição de 2015 e pesa mais de 2 kg. E caso se queira comparar aquilo que é realmente comparável, poderíamos comparar com o nosso Código do Trabalho o Código Comercial ou o Código Geral dos Impostos, pois todos se aplicam igualmente às empresas. Caso se peguem as excelentes versões anotadas publicadas em 2015 pela editora Dalloz, constata-se que tais Códigos são tão volumosos (em torno de 3.800 páginas) quanto o Código do Trabalho. Sem que ninguém denuncie o peso esmagador que eles têm sobre os pequenos empresários, nem que ninguém se interrogue sobre o impacto do Direito Comercial ou do Direito Tributário sobre o emprego. Ora, caso se quisesse publicar para as empresas com menos de 11 empregados (ou seja, mais de dois terços das empresas francesas, que empregam um a cada cinco empregados), uma versão do Código do Trabalho restrita apenas aos dispositivos que lhes são aplicáveis, tratar-se-ia de uma obra muito fina e de consulta muito cômoda.

A segunda razão da inflação de leis de Direito do Trabalho é a sujeição dessas últimas ao cálculo econômico. Reduzida à condição de ferramenta de política econômica, a lei se degenera em uma prolixidade normativa obscura e inconstante. Já tendo sido utilizada na

---

73 Vide sobre esse projeto SUPLOT, Alain *et al.* **Au-delà de l'emploi**. p. 170; SUPLOT, Alain. **Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise en droit français**. Droit social, Paris, Éditions Techniques et Économiques, 1989, p. 195-205.

74 COMBEXELLE, J.-D. **La Négociation collective, le travail et l'emploi, rapport au Premier ministre**. France Stratégie, setembro de 2015, p. 48.

75 “Como testemunha a carta de missão do Primeiro-ministro, o governo faz claramente a escolha de [essa] opção”. COMBEXELLE, J.-D. *Op. cit.* p. 49.

planificação soviética, essa instrumentalização da lei é atualmente teorizada pela doutrina “Law and Economics” e praticada pelas “políticas de emprego” e de “fluidificação do mercado de trabalho”, que são hoje a principal fonte da obesidade e da complexidade do Código do Trabalho. Assim, o dismantelamento progressivo da regra clara e simples do repouso aos domingos<sup>76</sup> levou, há cerca de dez anos, a um empilhamento de disposições legislativas, cuja camada mais recente (lei chamada “Macron”, de 7 de agosto de 2015) acrescentou no Código do Trabalho, apenas quanto a esse tópico, quinze artigos de um volume equivalente a cinco páginas cheias do Diário Oficial<sup>77</sup>. Promulgada dez dias depois, a lei “Rebsamen” acrescentou mais 43 páginas, destinadas, segundo sua exposição de motivos, a “simplificar as obrigações de informação, de consulta e de negociação na empresa”.

## 10 O ESGOTAMENTO DO MODELO INDUSTRIAL DE EMPREGO

O processo assim instruído contra o Código do Trabalho oculta as causas profundas da crise do emprego. Essas causas devem ser buscadas na supressão das fronteiras do comércio, na revolução informática e na ditadura dos mercados financeiros, que se conjugam para minar as bases econômicas e territoriais do Estado Social e para colocar os trabalhadores de todo o mundo em concorrência, visando ao estabelecimento daquilo que Friedrich Hayek, um dos pais do ultraliberalismo, chamou de catalaxia, isto é, “a ordem engendrada pelo ajuste mútuo de numerosas economias individuais no mercado”<sup>78</sup>. Quando nós realizamos nossos trabalhos, o fracasso de todas as políticas (seja de direita, seja de esquerda) de flexibilização do emprego para lutar contra o desemprego já saltava aos olhos. O desenvolvimento do trabalho precário sob todas as formas, os diferentes dispositivos “destinados” aos jovens, velhos, desempregados de longa data...tinham mostrado a sua impotência para assegurar a toda a população um trabalho decente, não obstante a redução dos custos sociais e a restrição dos direitos sociais que eles autorizam. Essas medidas tiveram, ao contrário, como efeito a redução do perímetro e do nível da proteção social ligada ao emprego. Elas se inserem, assim, no movimento mais geral de colocar os trabalhadores em concorrência uns contra os outros: europeus contra imigrantes, empregados contra funcionários, titulares de um contrato de trabalho por tempo indeterminado contra precários, jovens contra velhos, franceses ou alemães contra poloneses ou gregos...Essa concorrência destrói a solidariedade necessária

---

76 Código do Trabalho, artigo L.3132-3.

77 Código do Trabalho, artigos L.3132-20 a 3132-27-2.

78 HAYEK, F.A. *Le Mirage de la justice sociale* (1976). Paris: PUF, 1981. p. 131.

para uma ação reivindicativa comum, causa a divisão sindical e atíça os movimentos corporativistas e xenófobos<sup>79</sup>.

A partir dessa constatação, nós partimos da hipótese, já desenvolvida em trabalhos anteriores<sup>80</sup>, do caráter irreversível da crise do modelo de emprego herdado da era “fordista”, isto é, da segunda Revolução Industrial. A reflexão contemporânea sobre o emprego veicula uma noção de “trabalho” que foi construída há um pouco mais de um século e representa apenas uma das fases da longa história do “homo faber”<sup>81</sup>.

Essa construção é o produto de uma definição normativa do trabalho, à qual colaboraram, por um lado, o Direito (constituição do Direito do Trabalho) e, por outro lado, as diversas ciências sociais então nascentes (em particular, e Economia Política e a Sociologia). Separando o trabalho da pessoa do trabalhador (isto é, do sujeito de direito), essa definição permitiu de torna-lo o objeto possível de um mercado especializado: o mercado de trabalho. Consequentemente, como a atividade humana se refere a valores diversos do valor de mercado (por exemplo, a formação de si mesmo, o interesse da família ou da criança, o interesse geral, a liberdade individual), ela se encontrou excluída dessa definição jurídica do trabalho. Essa exclusão é questionada desde a virada dos anos 1980 por um movimento duplo: de penetração do modelo do salariado nas esferas de atividade que lhe escapavam; e de assimilação pelo Direito do Trabalho dos valores que eram do domínio do trabalho não assalariado. Consequentemente, os dispositivos jurídicos fundados no paradigma do emprego herdado da era industrial não têm nenhuma chance de alcançar os objetivos que se lhes atribui, nem em termos de redução do desemprego, nem em termos de melhoria das condições de vida. As transformações profundas dos modos de vida e da organização do trabalho obrigam a romper com uma visão puramente quantitativa e instrumental do trabalho (do tipo daquela que inspirou na França a lei das 35 horas), que ignora a diversidade de suas formas e os problemas postos por sua articulação. Não que a redução do sofrimento dos homens tenha

---

79 De 2006 a 2011, o número de trabalhadores transferidos para a França, com uma declaração formalmente válida, multiplicou por quatro, passando de 37.924 empregados para 144 411. Houve um aumento de 8% apenas no ano de 2014, atingindo 230.000 empregados. O número de transferidos “irregulares” é quase equivalente. A economia para o tomador do serviço é considerável, pois o trabalhador transferido não está sujeito às contribuições sociais do país de destino (na França, um operário polonês no BTP torna-se, assim, 30% menos caso que seu “concorrente” francês ou malês em situação regular). Veja-se o relatório do senador Éric Bocquet feito a pedido da Comissão de Assuntos Europeus, n. 527 (2012-2013), 18 de abril de 2013; Les Échos, 12 de fevereiro de 2015.

80 Veja-se, em especial, SUPIOT, Alain. **Le travail, liberté partagée**. Droit social, 1993, p. 715-724; **Le Travail en perspectives** (org.), Paris: LGDJ, 1998. 640 p.; **Employment, Citizenship, and Services of General Public Interest**, M. Freedland e S. Sciarra, **Public Services and Citizenship in European Law**. Public and Labour Law Perspectives, Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 157-172.

81 Sobre esse conceito de “homo faber”, vide BERGSON, H. **L'Évolution créatrice**. Paris: Alcan, 1908, PUF, Quadriège, 1996, cáp. II, p. 138-140.

deixado de ser um objeto legítimo, mas, ao contrário, os progressos técnicos que a tornam possível devem nos conduzir a retomar do trabalho propriamente humano (isto é, aquele que nenhuma máquina pode realizar) uma visão qualitativa e diversificada.

Embora ele tenha sido formado por especialistas de disciplinas e de sensibilidades políticas as mais variadas, nosso grupo de trabalho chegou a um consenso sobre esse diagnóstico. Desde então, nós nos encarregamos de pesquisar, a partir da observação das transformações já em curso no direito positivo, os princípios de uma nova proteção social baseada na vida de trabalho e na liberdade no trabalho, e não mais apenas no emprego e na subordinação. Se admitimos que o modelo “fordista” de emprego assalariado não pode mais constituir o quadro exclusivo da segurança econômica dos trabalhadores no mundo futuro, somos conduzidos a considerar essa segurança “além do emprego” e a recolocar o trabalho no centro da reflexão e da ação política e sindical. Esta não deve ter um papel de atraso na revolução tecnológica e gerencial inerente ao capitalismo, mas um papel de avanço. Sem isso não poderemos impedir os seus efeitos mais letais e, menos ainda, colocar a economia a serviço dos homens. Daí a urgência sempre atual de se agarrar à questão do trabalho enquanto tal, a seu conteúdo e a seu sentido, que foi negligenciada na era fordista<sup>82</sup>. Isso exige considerar a reforma do Direito do Trabalho como um problema em si, e não sob a sombra das “políticas de emprego”. Atualmente, ainda mais do que há quinze anos, a prioridade deveria ser a de elaborar uma nova política do trabalho<sup>83</sup>, que renove nossa concepção, não apenas da relação de trabalho individual, mas também da empresa e daquilo que Robert Reich denominou de “trabalho das nações”<sup>84</sup>.

Raciocinar, assim, em termos de trabalho ao invés de emprego conduz a conceber um Direito do Trabalho que não seja apenas o Direito do Trabalho assalariado, mas que leve em consideração todas as formas de trabalho que uma mulher ou um homem é suscetível de exercer ao longo de sua vida. O trabalho exercido no âmbito do mercado, seja assalariado ou autônomo<sup>85</sup>, mas também o trabalho dedicado à aquisição ou ao aperfeiçoamento de conhecimentos, o trabalho a serviço do interesse geral realizado na esfera pública<sup>86</sup>, o trabalho associativo e benevolente e mesmo o trabalho exercido no âmbito doméstico<sup>87</sup>, cuja

---

82 Vide TRENTIN, B. *La città del lavoro*. Sinistra e crisi del fordismo. Milão: Feltrinelli, 1997. Tradução em francês: *La Cité du travail*. La gauche et la crise du fordisme. Paris: Fayard, 2012. 444 p.

83 Vide SUPIOT, Alain. *Fragments d’une politique législative du travail*. Droit social, 2011, p. 1151-1161.

84 REICH, Robert. *The Work of Nations*, 1991. Tradução em francês: *L’Économie mondialisée*. Paris: Dunod, 1993. p. 336.

85 Vide a obra pioneira de LYON-CAEN, Gérard. *Le Travail non-salarié*. Paris: Sirey, 1991. 208 p.

86 Vide BODIGUEL, J.-L.; GABAR, Chr.; SUPIOT, A. *Le Travail au service de l’intérêt general*. Paris: PUF, 2000. 290 p.

87 Vide VIELLE, P. *Le Coût indirect des responsabilités familiales*. Bruxelas: Bruylant, 2000. 633 p.

importância crucial é ocultada pelo economicismo envolvente. Isso porque ignorar as relações estreitas entre trabalho no mercado e fora do mercado é ignorar tanto as condições de existência dos homens quanto aquelas do mercado.

A fúria com a qual as maiorias políticas atacam há dez anos o repouso dominical ilustra as causas e os efeitos dessa ignorância, nutrida de promessas mirabolantes de criação de empregos. A destruição de todo ritmo coletivo na sociedade advém de uma visão da civilização que o presidente da Câmara de Comércio de Lyon bem resumiu quando, para justificar o colonialismo, ele afirmou no final do século XIX que “civilizar no sentido moderno do termo significa ensinar às pessoas a trabalhar para poder comprar, trocar e gastar”<sup>88</sup>. Reduzir assim a civilização apenas às atividades econômicas de produção e de consumo só pode evidentemente precipitar o seu retrocesso e abrir as portas para formas inéditas de barbárie. Nós já destacamos em nosso relatório os perigos da supressão dos tempos livres coletivos e da assimilação que dela deriva do tempo livre ao tempo de consumo<sup>89</sup>. Esses perigos são consideravelmente aumentados pela difusão, massiva há quinze anos, das ferramentas informáticas. Trata-se de ferramentas maravilhosas, mas que nós ainda não aprendemos a domesticar. Como a invenção da iluminação artificial a seu tempo, elas nutrem a ilusão de um “recurso humano” disponível vinte e quatro horas, todos os dias do ano. E, da mesma maneira que no século XIX, a sua difusão recorre a regras de concordância dos tempos, suscetíveis de economizar as temporalidades humanas suportáveis, que respeitam as necessidades biológicas e sociais dos trabalhadores<sup>90</sup>. Ao invés de se lutar para dismantelar esse último ritmo coletivo que é o repouso dominical, seria conveniente, como começaram a fazer as partes sociais na Alemanha<sup>91</sup>, impor tempos de desconexão informática, tempos indispensáveis à preservação daquilo que a Convenção Europeia de Direitos Humanos chama de “direito ao respeito da vida privada e familiar”<sup>92</sup>.

Retomar, como nós o preconizamos, uma visão compreensiva do trabalho obrigaria, notadamente os autores dessas leis, a prestar atenção à situação das mulheres de condição

---

88 Citado por WESSELING, H. **Le Partage de l’Afrique**. Paris: Denoël, 1996, reeditado por Gallimard, “Folio”, 2002. p. 169.

89 Vide SUPIOT, Alain *et al.* **Au-delà de l’emploi**. Les voies d’une vraie réforme du droit du travail. Paris: Flammarion, 2016. p. 103-109.

90 Vide SUPIOT, Alain. **Temps de travail**: pour une concordance des temps. Droit social, 1995, p. 947-954.

91 Desde 2011, o grupo Volkswagen decidiu cortar seus servidores de informática das 18:15 às 07:00 horas da manhã. O grupo Daimler instalou um “assistente de ausência”, que apaga as mensagens enviadas aos empregados durante os seus afastamentos e convida o remetente, seja a contatar outra pessoa, seja a esperar o retorno do destinatário para lhe reenviar o correio eletrônico (Le Figaro, 4 de setembro de 2014). A reflexão apenas começou na França (vide METTLING, B. **Transformation numérique et vie au travail**, rapport au ministre du Travail, setembro de 2015, 69 p.).

92 Convenção Europeia de Direitos Humanos, artigo 8.

modesta (que serão as primeiras afetadas), que são obrigadas a escolher entre o serviço dos clientes de domingo e as suas tarefas educativas. E a medir, em relação às muito hipotéticas criações de empregos, o impacto dessa desarticulação dos tempos familiares na educação das crianças das classes populares dos “bairros sensíveis”, entregues a si mesmos e das quais se reclama depois da “falta de referência”, das falhas escolares ou da exposição às derivas ideológicas<sup>93</sup>. Os defensores da generalização do trabalho dominical deveriam meditar sobre a história, contada por Michael Moore em “Tiros em Columbine”<sup>94</sup> desse adolescente assassino de quinze anos que, após ter descarregado em sua vizinha de classe um revólver roubado de seu tio, deixou de ser linchado pela população da cidade de Flint, no Michigan. Privada de assistência social e alistada em um programa de “pleno emprego”, sua mãe solteira se ausentava doze horas por dia, das quais duas horas no transporte, para exercer dois trabalhos em “tempo parcial” diferentes, sem conseguir dinheiro suficiente para pagar uma moradia. Ela também teve que confiar seu filho a seu irmão. Após o assassinato, a imprensa unânime estigmatizou a responsabilidade da mãe, sem indagar acerca de suas condições de vida e, menos ainda, dos efeitos desse regime de trabalho aplicado às mães isoladas. Esse drama, todavia, ilustra melhor do que todos os discursos o que separa uma política baseada no emprego de uma política que leva em consideração todas as formas de trabalho, nelas compreendidas as tarefas educativas.

## 11 O ESTATUTO DO TRABALHO ALÉM DO EMPREGO

Nós tentamos, assim, definir o que poderia ser um “estado profissional da pessoa”, que englobaria todas essas formas de trabalho, desde a formação inicial até a aposentadoria<sup>95</sup>. O estado profissional assim definido não é naturalmente um instrumento tecnicamente neutro. Ele exprime uma vontade política que tem como linha de horizonte a humanização do trabalho, tal como a Declaração de Filadélfia pela primeira vez a fixou em 1944, tornando obrigação dos Estados e das organizações internacionais promover o “emprego dos trabalhadores em ocupações nas quais eles tenham a satisfação de utilizar toda a medida de sua habilidade e de seus conhecimentos e de contribuir ao máximo para o bem-estar comum”. Não se poderia dizer de maneira melhor: trata-se de promover a liberdade no trabalho e de

---

93 Sobre essa dessincronização, veja-se a pesquisa de LESNARD, L. **La Famille désarticulée**. Paris: PUF, 2009. 208 p.

94 Filme documentário, 2002.

95 O desenvolvimento que segue é fruto de uma conversa com Marianne Keller-Lyon-Caen, inicialmente publicada na revista **Droit ouvrier**, outubro de 2015, n. 807, p. 559 e ss.

fazer de tal maneira que todo ser humano possa se realizar ao máximo na execução de tarefas úteis a seus semelhantes. Nós somos longe da “flexissegurança” promovida por inumeráveis relatórios<sup>96</sup>. A flexissegurança parte de imposições do mercado para adaptar a estas os seres humanos ao invés de partir das necessidades e capacidades desses últimos para regulamentar os mercados. A flexissegurança visa a “acompanhar” uma evolução na qual nós não teríamos nenhum papel, como se acompanha uma doença ao fim da vida. Nós somos longe também da postura puramente defensiva, que consiste em ter como único horizonte a manutenção das conquistas de um tempo econômico e social passado. Postura que um dos membros do nosso grupo - Robert Salais - tinha bem resumido com a palavra de ordem “Do futuro façamos tábula rasa!”.

A esse estado profissional nós conectamos um novo tipo de direitos: os direitos sociais. Esse conceito, ao qual eu havia dado uma primeira definição em 1997<sup>97</sup>, permite pensar, de forma unitária, dispositivos jurídicos, cuja análise comparativa nos havia confirmado a emergência no direito positivo. Diferentemente dos direitos à Seguridade Social – que eles são chamados a completar, e não a substituir – os direitos sociais permitem a todo trabalhador exercer determinadas liberdades durante a sua vida profissional. Por exemplo, adquirir novos conhecimentos, ocupar-se de seus filhos ou de seus pais doentes, criar uma empresa, tirar um ano sabático, exercer por um dado tempo um mandato sindical ou político, mudar de profissão, etc. Esses direitos de um tipo novo asseguram aos trabalhadores uma continuidade do seu estatuto social, independentemente da diversidade de tarefas às quais eles se dedicam ao longo da sua vida profissional. Seria um contrassenso reduzi-los à única função de transição profissional, pois eles visam mais amplamente a dar a cada pessoa certa liberdade na condução de sua vida de trabalho, de maneira que esta possa estar presente em todas as formas de trabalho, e não apenas no trabalho subordinado.

Esse esforço para pensar o estatuto do trabalho “além do emprego” precisa de uma mudança de paradigma, que não ocorre sem resistências, como mostram algumas das críticas dirigidas a nosso relatório. Este certamente foi recebido favoravelmente, não apenas em muitos setores de pesquisa<sup>98</sup>, mas também no mundo sindical<sup>99</sup>, no qual ele pôde contribuir

---

96 Vide, entre outros, o relatório da comissão de Virville (2004) “para um Código do Trabalho mais eficaz”; o relatório Cahuc-Kramarz (2005), que inspirou a criação dos contratos de novo emprego (CNE) e de primeiro emprego (CPE), destinado ao naufrágio político e jurídico que se sabe; os relatórios Camdessus (2004) e Attali (2008), que repercutiram na França o apelo das organizações econômicas internacionais a uma “fluidificação” do mercado de trabalho suscetível de “dinamizar” o crescimento.

97 SUPIOT, Alain. **Du bon usage des lois en matière d’emploi**. Droit social, 1997, p. 229-242.

98 Imediatamente traduzido em várias línguas, ele foi objeto de vários colóquios ou seminários, na França e no exterior: na Inglaterra (The Transformation of Work and the Future of the Employment Relationship. On the

para fortalecer as reivindicações de “segurança dos percursos profissionais” ou de “segurança social profissional”. Mas ele nos valeu igualmente algumas críticas doutrinárias virulentas<sup>100</sup>, as mais fortes nos acusando de ter favorecido a finança globalizada e contribuído a “tornar líquida a força de trabalho”<sup>101</sup>. Quando elas estavam de boa-fé (um jurista deve sempre presumir a boa-fé!), essas críticas resultavam de uma leitura inadvertida do conceito de estado profissional das pessoas, o que eu mostrei em escritos posteriores que ele se opõe totalmente àquele de flexissegurança<sup>102</sup>. A flexissegurança visa a fazer o trabalho desaparecer na ordem do mercado, sob as espécies do “capital humano”, isto é, de fato visa a “liquidá-lo”. É exatamente o oposto que nós defendemos: recolocar o trabalho humano no centro da política. A Comissão Europeia não se enganou quanto a isso. Ela se apressou a enterrar nosso relatório, não nos solicitou mais novamente e se dirigiu a outros universitários para elaborar sua comunicação de 2007 sobre “Os princípios comuns de flexissegurança”<sup>103</sup>.

Pensar o trabalho “além do emprego” não é defender o desaparecimento do emprego assalariado. Do mesmo modo que pensar o emprego “além da França” não significa o desaparecimento da França. Mas é levar em consideração, como já convidava Marx, a dinâmica do capitalismo, que “acaba por destruir todas as garantias de vida do trabalhador, sempre ameaçado de se ver privado com o meio de trabalho dos meios de existência”<sup>104</sup>. Incumbe aos juristas do trabalho se esforçar para compreender essa dinâmica e se valer dessas contradições para promover o respeito dos homens e a preservação de seu ecúmeno (pois – volto a dizer – a superexploração dos homens e da natureza são as duas faces da mesma

---

Supiot’s Report, Society for the Advancement of Socio-Economics, London School of Economics, 08 de julho de 2000), na Alemanha (Freiheit, Schutz und Zwang: Die Zukunft der Arbeit und die Rolle des Rechts, Colloque Geschichte und Zukunft der Arbeit, Freie Universität/Humboldt Universität, Berlin, 04-06 de março de 1999), na Itália (Il futuro del lavoro: trasformazioni dell’occupazione e prospettive della regolazione del lavoro in Europa, Fondazione Istituto per il lavoro, Bolonha, 07 de setembro de 1998), nos Estados Unidos (Panel around the Report, The Transformation of Labor and the Future of Labor Law in Europe, conference on “Social Citizenship in a Global Economy”, University of Wisconsin-Madison, 10-11 de novembro de 2000), na Holanda (Sinzheimer Lecture, Amsterdã, 23 de novembro de 2000). Números especiais de revistas lhe foram dedicados: veja-se, notadamente na França, *Droit social*, maio de 1999, com as contribuições de R. Castel, J. De Munck, A. Jeammaud, M.-A. Moreau, J.-E. Ray, R. Salais e B. Trentin; e, nos Estados Unidos, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, vol. 20, n. 4, 1999, p. 621-713: The “Supiot Report” From A Non-European Perspective, com as contribuições de B. Creighton (Austrália), A. Goldin (América Latina), T. Inagami (Japão), A. Verma e S. Slinn (América do Norte).

99 Vide especialmente TRENTIN, B. **Un nouveau contrat de travail**. *Droit Social*, 1999, p. 472.

100 Vide RAMAUX, C. **L’instabilité de l’emploi est-elle une fatalité?**. *Droit Social*, 2000, p. 66.

101 Vide HANNOUN, C. na obra de LYON-CAEN, A.; URBAN, Q. (coord.). **Le Droit du travail à l’épreuve de la globalisation**. Paris: Dalloz, 2008. p. 48-49.

102 Vide SUPIOT, Alain. **La Gouvernance par les nombres**. Cours au Collège de France, 2012-2014, *op. cit.*, p. 344-350.

103 COMISSÃO EUROPEIA. Vers des principes communs de flexicurité: Des emplois plus nombreux et de meilleure qualité en combinant flexibilité et sécurité. COM (2007) 359 final, de 27 de junho de 2007.

104 MARX, Karl. **Le Capital**. Livre premier. capítulo XV, § 9, Œuvres. Économie. Paris: Gallimard, “La Pléiade”, 1965. p. 991.

moeda). Considerando essa dimensão ecológica, tal abordagem não se distancia daquela de Gérard Lyon-Caen, que em 1995, tomando distância da ideia de um “sentido da história”, se referia à concepção cíclica de Giambattista Vico para esclarecer esse movimento contínuo de avanços e retrocessos do estatuto do trabalho<sup>105</sup>. A transformação recorrente das formas de coisificação do trabalho obriga a cada etapa da história imaginar e construir novos parâmetros jurídicos capazes de limitar os efeitos letais dessa coisificação e de conferir uma liberdade e uma segurança mais àqueles que só possuem sua força de trabalho para sobreviver. Isso exige, por um lado, a imaginação política e jurídica e, por outro lado, novas formas de organização e de ação coletiva capazes de criar uma relação de forças favorável ao surgimento de uma nova proteção social. Não tendo podido abordar no nosso relatório essa questão da renovação das formas de ação coletiva – pela falta de consenso entre os membros do grupo –, eu a abordei em um artigo publicado pouco depois, no qual defendi que tais formas não sejam reduzidas apenas ao direito de greve<sup>106</sup>.

Sem que seja possível medir exatamente o seu impacto, é certo que este relatório contribuiu a fortalecer uma renovação do debate francês sobre o Direito do Trabalho e a retirá-lo do embate desigual entre os doutores Jivaros, decapitadores dos direitos sociais, e os defensores do status quo. Sua influência foi notada na criação dos “direitos recarregáveis” reconhecidos aos desempregados; ou, ainda, na instauração da conta “pessoal” de formação, que segue a pessoa de seu primeiro emprego aos dezesseis anos até a sua aposentadoria, cabendo ao empregado tomar a iniciativa de utilizá-la conforme as suas necessidades; ou, enfim, o início de elaboração pela Lei Rebsamen, já citada, de uma “conta pessoal de atividade”<sup>107</sup>.

## 12 MERCADO CONTRA SOLIDARIEDADE

Esses dispositivos de “segurança dos percursos profissionais” testemunham, na realidade, a tensão já mencionada entre duas concepções opostas da evolução do Direito do Trabalho: de um lado, aquela da flexissegurança, que raciocina em termos de adaptabilidade, de eficácia econômica, de mercado, de capital humano e de empregabilidade; de outro lado, aquela de estado profissional das pessoas, que raciocina em termos de liberdade, de justiça

---

105 Vide LYON-CAEN, Gérard. *Le Droit du travail*. Une technique réversible. Paris: Dalloz, 1995. p. 07.

106 Vide SUPIOT, Alain. *Revisiter les droits d'action collective*. Droit social, 2001, p. 687-704.

107 Sobre esses dispositivos, vide SUPIOT, Alain *et al.* Au-delà de l'emploi. Les voies d'une vraie réforme du droit du travail. Paris: Flammarion, 2016. p. xx.

social, de Direito, de trabalho e de capacidades. François Gaudu tinha percebido bem essa tensão quando ele falava dessas reformas como de apenas uma cama para dois sonhos<sup>108</sup>.

A tendência forte é evidentemente aquela da “reforma dos mercados de trabalho” no sentido da flexibilização. A supramencionada “lei Macron” é uma ilustração quase caricatural disso. Mas outros textos são um pouco mais equilibrados e consideram de certo modo a sorte dos trabalhadores no longo prazo. Daí a multiplicação das “contas pessoais” e outros “direitos recarregáveis”. É sob o signo de tal equilíbrio que tinham querido se colocar os autores – os negociadores do Acordo nacional interprofissional, depois o Parlamento – da lei de 14 de junho de 2013, relativa à segurança do emprego. O primeiro título dessa lei ressoa como um toque de címbalo ao proclamar “novos direitos individuais para a segurança dos percursos”. Mas é necessário reconhecer que o principal avanço social que ela contém – a generalização da saúde complementar – tem como objetivo principal servir de paliativo à desintegração da cobertura do “pequeno risco” de doença pela Seguridade Social. Nada de realmente novo nesse direito, que se reveste de uma lógica de risco, e não de direito social.

Todavia, as fases dessa generalização ajudam a colocar o dedo em uma aposta crucial na definição desses novos direitos. É necessário ver aí – como convida o vocabulário bancário utilizado para designá-los – os direitos individuais de natureza patrimonial? Ou é necessário, ao contrário, concebê-los como *direitos coletivos exercidos individualmente*, isto é, direitos pessoais apoiados em mecanismos de solidariedade? Não é possível dar uma resposta global a essa questão, pois esses direitos, em princípio inalienáveis e impenhoráveis, são direitos ligados à pessoa, que se encontram na zona cinzenta (“zone grise”) que separa os direitos patrimoniais e os direitos extrapatrimoniais<sup>109</sup>.

Mas o critério do grau de solidariedade que eles utilizam permite distinguir, por um lado, aqueles que possuem uma lógica de segurança individual e, por outro lado, aqueles que respondem à definição dos direitos sociais, isto é, que se assentam na utilização de um ou mais círculos de solidariedade. Esses direitos sociais dão uma forma moderna a um tipo de riqueza bem conhecida em várias sociedades tradicionais, nas quais é considerado como rico, não aquele que acumulou uma pilha de ouro, mas aquele que teceu suficientemente vínculos com outros para poder contar com a sua ajuda. O rico é aquele que “tem muitas pessoas” com

---

108 GAUDU, François. **La Sécurité sociale professionnelle, un seul lit pour deux rêves**. Droit social, 2007, p. 393.

109 Vide CATALA, P. **La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne**. RTD civ., 1966, p. 185; AUDIER, J. **Les Droits patrimoniaux à caractère personnel**. Tese. LGDJ, 1979, prefácio Kayser; GHESTIN, J. (org.). **Traité de droit civil**: Introduction générale. 4ª ed. por J. Ghestin, G. Goubeaux e M. Fabre-Magnan, Paris, LGDJ, 1994, n. 217, p. 170 e ss.

as quais ele pode contar<sup>110</sup>. Isso não dissuade o esforço de previdência, mas é a solidariedade daqueles que são sucessivamente credores e devedores que constitui a garantia mais segura de liberdade igual e segurança de cada um.

Ora, como mostraram as fases da generalização da saúde complementar pela lei de segurança dos percursos profissionais, uma pressão enorme é exercida para esvaziar esses novos direitos de toda dimensão social e solidária e orienta o seu financiamento para o mercado do “banco-seguro”<sup>111</sup>. Essa generalização teve inicialmente como efeito colateral o de desestabilizar as solidariedades intergeracionais asseguradas pelas mutualidades, pela migração forçada dos ativos para coberturas coletivas da empresa, fragilizando igualmente as coberturas individuais das quais dependem as aposentadorias. Ela gerou assim uma decisão do Conselho Constitucional que proibiu as partes sociais de designarem uma seguradora comum ao conjunto de um ramo profissional<sup>112</sup>. Tomada com desprezo pelo “alto grau de solidariedade” que a lei queria permitir, essa decisão foi censurada pelas pequenas empresas, assim entregues à concorrência descontrolada das seguradoras para repartirem esse novo mercado muito lucrativo. Com efeito, o ultraliberalismo não visa a dismantelar as contribuições obrigatórias, mas sim a privatizá-las. O Governo conservador do Sr. Cameron anunciou, assim, seu projeto de encorajar a criação de contas de poupança individuais que asseguram aos empregados uma renda de substituição no caso de doença ou de desemprego<sup>113</sup>.

A evolução dos direitos à formação profissional mostra, todavia, que uma boa dose de solidariedade é indispensável à eficácia dessas garantias. A lei Delors de 16 de julho de 1971 tinha acreditado poder confiar a implementação desses direitos a um mercado da formação, ao invés de um regime de solidariedade com fim não lucrativo. Apesar das muitas reformas que esse sistema complexo e confuso vem sofrendo há quarenta e cinco anos, sua eficácia sempre foi prejudicada pelas grandes desigualdades que ele autoriza no acesso à formação. O efeito Mateus se faz presente em detrimento das mulheres, dos desempregados, dos

---

110 NGUEBOU TOUKAM, J; FABRE-MAGNAN, M. **La tontine**: une leçon africaine de solidarité. Du droit du travail aux droits de l’humanité. Études offertes à Philippe-Jean Hesse. Rennes: PUR, 2003. p. 299; LIBERSKI-BAGNOUD, D. **Les formes africaines de la solidarité**. Alain Supiot (org.). La Solidarité. Enquête sur un principe juridique. Paris: Odile Jacob, 2015. p. 167-181.

111 N.T.: No original “bancassurance”, corresponde à distribuição de produtos de seguro pelas redes bancárias.

112 Conselho Constitucional, decisão n. 2013-672 DC de 13 de junho de 2013. Veja-se BARTHELEMY, J. **Le concept de garantie sociale confronté à l’article L.1 du Code du travail et la décision des sages du 13 juin 2013**. Droit social, 2013, p. 673-679; CHAUCHARD, J.-P. **La prévoyance sociale complémentaire selon le Conseil constitutionnel**. Revue de droit sanitaire et social, 2014, n. 4, p. 601-609; AKANDJI-KOMBE, J.-F. **Clauses de désignation et de migration en matière de prévoyance et de retraite, droit de négociation collective et liberté économique**. Droit social, 2013, p. 880-886.

113 **The Guardian**, de 13 de julho de 2015.

empregados menos qualificados e das pequenas empresas<sup>114</sup>. O sistema é de tal modo pouco redistributivo que, segundo um relatório recente do Senado, as pequenas e médias empresas (PME) de 10 a 49 empregados financiam com o valor de 50 milhões de euros por ano a política de formação das empresas maiores<sup>115</sup>. Esse balanço mostra a dinâmica desigual na qual ocorre a exclusão do princípio da solidariedade. É por isso que, em matéria de formação profissional, a reforma ocorrida em 2014 teve, ao contrário, como objeto fundar em uma solidariedade maior os direitos novos que ela reconhece aos trabalhadores<sup>116</sup>. Esse refluxo da lógica do mercado em benefício da solidariedade não impediu em nada a melhoria dos direitos à formação ligados à pessoa. Ao contrário, a lei nova criou uma conta pessoal de formação, aberta a toda pessoa que terminou a escolaridade e destinada a funcionar até a sua aposentadoria. A evolução do seguro-desemprego também prova que o princípio da solidariedade - no caso, a obrigação de se filiar a um regime – não é um obstáculo, mas sim uma condição do reconhecimento igual de novos direitos sociais capazes de “assegurar os percursos profissionais” de todos os empregados. Este é o objetivo dos “direitos recarregáveis” ao seguro social implementados pelas partes sociais em 2013<sup>117</sup>.

Apoiar, assim, a segurança econômica em vínculos de solidariedade entre as pessoas, e não na propriedade individual de um capital, é diretamente contrária à dogmática liberal. Esta considera a sociedade como uma coleção de sujeitos cercados de objetos e faz da propriedade individual a totalidade de nossa relação com a natureza. Ela tem, assim, enorme dificuldade em pensar a inscrição das sociedades humanas em seu meio e é visceralmente hostil a todas as formas de solidariedade. Segundo Hayek, “uma Grande Sociedade nada tem a ver com a solidariedade no sentido próprio da palavra, isto é, de união de todos para objetivos conhecidos. Elas são até mesmo incompatíveis”<sup>118</sup>. Na hora em que está em questão fundir vários desses “novos direitos” em uma única “conta pessoal de atividade”, a natureza dessa conta dependerá do lugar atribuído à solidariedade no seu financiamento e implementação. A

---

114 Denominado segundo os versículos do Evangelho (“Àquele que tem, lhe será dado muito e viverá na abundância, mas àquele que nada tem, lhe será tudo tomado, até mesmo o que ele possuía”, Mateus, 25-29), o “efeito Mateus” designa a capacidade dos ricos de se tornarem os primeiros beneficiários das medidas destinadas a melhorar a vida dos pobres. Isso foi inicialmente colocado em evidência por Robert Merton em matéria de financiamento da pesquisa (MERTON, Robert. *The Matthew Effect in Science*. Science, vol. 159, 1968, p. 56). Sobre a sua pertinência em matéria social, veja-se DELEECK, H. *L’effet Matthieu*. Droit social, 1979, p. 375; BICHOT J. *L’effet Matthieu revisité*. Droit social, 2002, p. 575.

115 Senado, relatório n. 359 (2013-2014) de Claude Jeannerot, feito em nome da comissão dos assuntos sociais, depositado em 12 de fevereiro de 2014..

116 Acordo nacional interprofissional (ANI) de 18 de dezembro de 2013 e lei de 05 de março de 2014.

117 Acordo nacional interprofissional (ANI) de 11 de janeiro de 2013 sobre a competitividade e o seguro do emprego.

118 HAYEK, F.A. *Le Mirage de la justice sociale*. *Op. cit.* p. 131.

criação de tal conta foi programada pela lei Rebsamen, que previa que, em 1º de janeiro de 2017, “cada pessoa dispõe de uma conta pessoal de atividade que reúne, desde sua entrada no mercado de trabalho e ao longo de sua vida profissional, independentemente de seu estatuto, os direitos sociais pessoais úteis para assegurar seu percurso profissional”<sup>119</sup>. Segundo a exposição de motivos dessa lei, essa conta deveria reagrupar os principais direitos sociais ligados ao exercício de uma atividade (notadamente, a conta pessoal de formação e a conta pessoal de prevenção da penosidade) para consolidar a lógica dos direitos individuais portáteis e de dar, assim, maior continuidade a um sistema de direitos considerado atualmente muito compartimentado. Os contornos desse novo dispositivo devem ser precisados por uma negociação nacional interprofissional.

Esta será a ocasião para as diferentes organizações sindicais avançarem suas ideias nesse domínio. A referência à “segurança dos percursos” nas últimas reformas retoma, na verdade, o vocabulário da Confederação Francesa Democrática do Trabalho (CFDT), tendo a Confederação Geral do Trabalho (CGT) apresentado nesse aspecto o projeto de uma “segurança social profissional”<sup>120</sup>. Essas noções se inserem nas perspectivas que nós tínhamos traçado em 1999, mas se distinguem de nossas preconizações. Ambas rejeitam, com efeito, a ideia de segurança, sem apresentar o objetivo de uma vida de trabalho mais livre e mais responsável. A segurança dos percursos restringe o horizonte da reforma aos “acidentes de percurso” e a sua implementação corre o risco de se limitar ao acompanhamento social da precarização do emprego. Mais próximo da ideia de estado profissional das pessoas, a noção de seguridade social profissional tem certamente a vantagem de privilegiar a solidariedade nacional e a cidadania nacional, mas ela se prende em uma lógica de risco enquanto que a ideia de direitos sociais visa inicialmente a conferir mais liberdade na vida de trabalho.

### 13 AS LIÇÕES DE UM CONFLITO

A criação da conta pessoal de atividade só tem chance de contribuir para a realização de tal objetivo caso ela se insira na visão de conjunto das transformações do trabalho no mundo contemporâneo, cujos lineamentos foram esboçados no nosso relatório. Ora, os

---

119 Lei n. 2015-994, de 17 de agosto de 2015, relativa ao diálogo social e ao emprego, artigo 21. Sobre a implementação desse dispositivo, veja-se o relatório ao Primeiro-ministro da Comissão presidida por S. Mahfouz, *Le Compte personnel d'activité, de l'utopie au concret*, France stratégie, outubro de 2015, p. 157.

120 Sobre essas noções, veja-se **Sécurité professionnelle, Sécurité sociale, sécurité sociale professionnelle**, entretien en hommage au professeur Jean-Pierre Chauchard. *Droit social*, 2011, p. 1292-1305, com as contribuições de J.-P. Le Crom, P.-Y. Verkindt e J.-Y. Le Duigou.

projetos em curso de revisão do Código do Trabalho não levam em conta essas transformações. Tudo se apresenta como se nós estivéssemos ainda nos anos 1970, em um contexto puramente nacional, com um Parlamento soberano e empresas independentes e claramente identificáveis, reunindo as coletividades de trabalho estáveis; onde a única questão colocada pelo “diálogo social” seria o equilíbrio a ser obtido entre a lei francesa, as convenções coletivas de setor e os acordos de empresa; onde o “trabalho” designaria apenas o trabalho assalariado e onde a questão de seu sentido e de sua organização permaneceria excluída do campo da democracia política e social.

Esse universo não é mais o nosso e, para se ter uma ideia das realidades do mundo do trabalho atualmente, seria necessário extrair, por exemplo, lições dos conflitos sociais que sacudiram nesses últimos anos o setor de criação industrial na Bretanha. Os principais atores desses conflitos são pequenos empresários, que podem ter o seu próprio pessoal, mas estão eles mesmos em uma relação de obrigação de fidelidade com grandes firmas e com bancos. Essa era, por exemplo, a situação dos “canuts” de Lyon no século XIX, cuja revolta já mencionada acima adquiriu um valor particularmente simbólico na história do Direito do Trabalho. Nós anunciávamos o desenvolvimento desses *empresários dependentes*<sup>121</sup>, os quais, no século XIX, eram perfeitamente chamados de “operários de patente”, para distingui-los dos “operários de libreto”. A sua condição em relação às grandes empresas agroalimentares é, em certos casos, tão próxima daquela dos empregados, que foi necessária uma lei para excluí-los dessa qualificação em 1964 e submetê-los a contratos ditos de integração<sup>122</sup>. O campesinato bretão foi, assim, envolvido há meio século em um modelo de criação industrial “sem solo”<sup>123</sup>, o qual se sabe atualmente que é um impasse econômico e uma catástrofe ecológica. Criados em condições indignas da sensibilidade animal, os porcos e as aves “sem solo” fornecem uma carne de baixa qualidade que é exportada a preço vil, notadamente nos países do sul, onde ela impede toda possibilidade de desenvolvimento de uma criação endógena à dimensão humana<sup>124</sup>.

---

121 Vide SUPLOT, Alain et al. **Au-delà de l'emploi**. Les voies d'une vraie réforme du droit du travail. Paris: Flammarion, 2016. p. 49-52.

122 Lei 64-678, de 06 de julho de 1964, visando a definir os princípios e as modalidades do regime contratual na agricultura. Veja-se DANET, J. **Droit et disciplines de production et de commercialisation en agriculture**. Tese. Universidade de Paris 1, 1982, 813 p. Esses contratos são regidos atualmente pelos artigos L.326-1 e seguintes do Código rural e da pesca marítima.

123 N.T.: No original “hors sol”, corresponde à criação na qual a alimentação dos animais não provém da própria exploração.

124 A exportação de peças baixas de frangos industriais congeladas arruinou, assim, as pequenas explorações avícolas na África (vide Exportations de poulets: l'Europe plume l'Afrique, Campagne d'Agir ici, outubro de 2004/fevereiro de 2005).

O mais recente dos conflitos sociais do setor ocorreu na indústria de suínos durante o verão de 2015. Ele nasceu da concorrência dos produtores alemães, que foram mais longe na industrialização e utilizam recursos do direito europeu para empregar uma mão de obra a baixo custo, escapando dos encargos sociais. A prioridade para os criadores submetidos a essa concorrência desleal não é certamente negociar com seus companheiros de labuta um Código do Trabalho por empresa, como o queriam os criadores da reforma em curso. Como todos os pequenos empresários, eles têm mais o que fazer em jornadas já sobrecarregadas, de modo que os principais beneficiários dessa contratualização do Direito do Trabalho serão os escritórios de advocacia aos quais eles serão obrigados a recorrer. Com efeito, a simplificação anunciada será evidentemente enganosa: o refluxo da lei e do regulamento abrirá espaço a um direito negociado ainda mais complexo e “ilegível”, e necessitará, assim, do recurso a profissionais do direito que essas perspectivas entusiasмам.

O que reclamavam os criadores, com o apoio de seus empregados, era de serem pagos com um preço justo; foi-lhes concedida uma redução de encargos que irão minar um pouco mais as contas da Seguridade Social. A instrução que lhes é dada para o futuro é a do grande salto para frente: fábricas de carne cada vez maiores com cada vez menos empregados; exportar cada vez mais longe e cada vez mais barato. Enquanto os efluentes da criação e os fertilizantes azotados geram uma poluição das águas massiva, que levou a França a várias condenações pela Corte Europeia<sup>125</sup>, bem como emissões perigosas de amônia. Os rios carregados de nitratos contribuem para a eutrofização das águas costeiras e fazem com que a França viole outra Diretiva europeia sobre o ambiente marinho<sup>126</sup>. Levando em conta esse triplo impasse econômico, social e ecológico, a reconversão desse setor deveria ser uma prioridade política, dando lugar a uma vasta concertação coletiva regional, que reuniria os criadores e seus empregados, as indústrias agroalimentares, os poderes públicos e os ecologistas. No lugar disso esses últimos mobilizam todas as suas forças contra a construção na região de um aeroporto de dimensão europeia, o qual se poderia legitimamente pensar que seria um trunfo para essa reconversão e para a criação nessa região demograficamente dinâmica de novos tipos de empregos para a sua juventude.

Esse conflito é um microcosmo onde é possível ver todos os problemas novos enfrentados pelo Direito do Trabalho atualmente. A questão que se coloca não é mais tanto de

---

125 Por violação à Diretiva 91/676/CEE do Conselho de 12 de dezembro de 1991, relativa à proteção das águas contra a poluição pelos nitratos a partir de fontes agrícolas: veja-se CJUE, 13 de junho de 2013, caso C-193/12, e 04 de setembro de 2014, caso C-237/12.

126 Diretiva 2008/56/CE de 17 de junho de 2008, que estabelece um quadro de ação comunitária no domínio da política para o ambiente marinho (dita Diretiva-quadro “estratégia para o ambiente marinho”).

regulamentar em relação a um empregador e a uma coletividade de trabalho no âmbito de uma empresa claramente circunscrita. Ela é a de enquadrar os vínculos de fidelidade que se tecem no âmbito das redes internacionais de produção e de distribuição. A “uberização” é apenas uma manifestação entre outras desse deslocamento dos locais de poder econômico, cuja chave não se encontra mais na detenção dos meios de produção, mas no controle dos sistemas de informação que os coordenam. Esse crescimento de fidelidade é um fenômeno jurídico mais geral que não se limita ao domínio econômico, pois ele é inerente à organização reticular da sociedade que domina o imaginário cibernético contemporâneo. Ele resulta do declínio do reino da lei, doravante tratado como uma simples ferramenta a serviço do cálculo. Visando a enfraquecer, ao mesmo tempo, a força das leis e aquela dos contratos individuais, o projeto de terceirizar para as empresas a fábrica do Direito do Trabalho é um sintoma dessa mudança de paradigma jurídico, mas não uma resposta às questões que ele levanta. Uma reforma do Direito do Trabalho que responda aos ensinamentos desse conflito começaria antes por enfrentar a jurisprudência europeia que encoraja o comércio de mão de obra (“*marchandage*”) e a concorrência para baixar os salários; ela teria, em segundo lugar, como objeto a instauração de uma verdadeira responsabilidade social e ambiental ao longo das cadeias produtivas<sup>127</sup>; e, por fim, ela estabeleceria, a partir dessa base, um quadro jurídico que assegure a todos os trabalhadores (subordinados ou autônomos) a participação nas redes de produção ou de distribuição para alcançar as condições de um trabalho decente. Isto é, no caso dos criadores, um trabalho que lhes assegure a segurança econômica e lhes dê a satisfação de produzir uma carne de qualidade com respeito aos animais e ao meio ambiente.

Fixar-se a tal objetivo obrigaria a não mais assimilar o trabalho a uma quantidade de empregos, mas a levar em consideração a sua dimensão qualitativa. A organização do trabalho não é mais regida pela obediência mecânica a ordens, mas pela concessão de uma autonomia controlada por quem dá a ordem. Segundo a maneira com a qual ela é implementada, essa direção por objetivos pode se tornar a fonte de novas formas de desumanização de “trabalhadores programados”, e não de novas oportunidades para mais liberdade e criatividade no trabalho. Daí a necessidade de reinserir essa dimensão qualitativa - do conteúdo e da organização do trabalho - no âmbito da justiça social. Não se pode fazê-lo sem a experiência de todos aqueles que concorrem para a realização de um dado produto ou que interagem em um dado território. Caso se tenha um alargamento do domínio da negociação coletiva, esta deveria abranger as questões qualitativas. Ora, os parâmetros atuais

---

127 Vide nesse ponto SUPIOT, Alain; DELMAS-MARTY, M. (coord.). **Prendre la responsabilité au sérieux**. Paris: PUF, 2015, 430 p.

da negociação coletiva (setor, empresa) não respondem a essas exigências novas da democracia social. Seria necessário desenvolver o que nosso relatório chama de “unidades emergentes da negociação coletiva”, tanto no nível das redes de produção, quanto dos territórios<sup>128</sup>. E essas negociações de um novo tipo não devem mais obedecer a uma estrutura bipartite (empregador/empregado), mas se abrir a outras partes interessadas, como os empresários dependentes no caso das redes ou os eleitos ou os serviços públicos no caso dos territórios. No nível da empresa, o surgimento de riscos psicossociais já levou a jurisprudência a proibir determinadas formas de organização do trabalho, perigosas para a saúde mental. Essa intervenção do juiz é um mal menor, pois ele não é o melhor ente para abordar essa questão da organização do trabalho, que deveria poder ser debatida pelos próprios trabalhadores. A criação pelas reformas Auroux de um direito de expressão coletiva dos trabalhadores era um sinal de aviso dessa necessidade, cuja satisfação é também vital para manter a capacidade das empresas de criar o novo, e não apenas programar o previsível.

Essa abordagem qualitativa do trabalho é também necessária para conectar as políticas social e ambiental. O trabalho é o local de inserção do homem na natureza, o meio pelo qual, para o bem ou para o mal, ele molda seu ecúmeno. A questão ecológica e a questão do trabalho são, assim, as duas faces da mesma moeda. Isso não é mascarado pela concepção da natureza herdada da tradição ocidental, que a considera como um objeto colocado diante do sujeito humano, e não como um ambiente vital do qual ele participa. O corolário dessa dicotomia sujeito/objeto é o que Augustin Berque justamente chamou de “preclusão do trabalho” na nossa representação da natureza<sup>129</sup>. Mas tal cegueira sobre as realidades de nosso ecúmeno acaba sempre por se chocar com o princípio de realidade. Não se pode, por exemplo, ignorar indefinidamente as consequências ecológicas desastrosas da ideologia da globalização, que trata cada país como uma empresa que maximiza sua vantagem comparativa em um planeta, ele próprio, tratado como um vasto mercado cujos recursos seriam inesgotáveis. O aumento considerável dos transportes de mercadorias tem como corolário um aumento também considerável do seu impacto ecológico<sup>130</sup>.

---

128 Vide SUPIOT, Alain *et al.* **Au-delà de l'emploi**. Les voies d'une vraie réforme du droit du travail. Paris: Flammarion, 2016. p. 154 e ss.

129 BERQUE, A. **Histoire de l'habitat idéal**. De l'Orient vers l'Occident. Paris: Éditions du Félin, 2010. p. 347 e ss.

130 Vide SAVY, M.; BUBA, J.; DAUDE, C.; AUVERLOT, D. **Le Fret mondial et le changement climatique, rapport du Centre d'analyse stratégique**. Paris, 2010, 138 p. e CUGNY SEGUIN, M. **Les transports et leur impact sur l'environnement, Commissariat général au développement durable, Le point sur**, n. 8, março de 2009.

Passar dessa lógica de globalização a uma lógica de mundialização<sup>131</sup> necessita de instâncias de negociação territorial, mas também necessita de pensar o trabalho no mundo sob a égide da solidariedade entre os povos, e não de luta de todos contra todos. Essa era a via traçada pela Declaração de Filadélfia em 1944 e pela Carta de Havana, adotada em 1948, mas jamais ratificada. Esse ideal inspirou, ainda, a “Carta dos direitos e deveres econômicos dos Estados”, adotada em 1974 pela Assembleia Geral das Nações Unidas para “estabelecer e manter” entre países industrializados e países em desenvolvimento “uma ordem econômica e social justa e equitativa”<sup>132</sup>. Mas pela falta de acordo dos países ricos com o conjunto desses dispositivos, essa Carta nunca teve força jurídica obrigatória. Com o retrocesso, ela é a última obra-prima dos projetos de justiça social nascidos da guerra. Durante a mesma década, o abandono das paridades fixas em benefício das moedas flutuantes, a chegada ao poder do Sr. Reagan e da Sra. Thatcher e o início da fusão do comunismo e do capitalismo na China, abriram uma era diferente, que ainda é a nossa: a do neoliberalismo e da denúncia daquilo que Friedrich Hayek chamou de “miragem da justiça social”<sup>133</sup>.

E porque eles tinham se chocado com a recusa dos países ricos de se acordarem sobre uma ordem social internacional justa, fundada na solidariedade com os países pobres, que esses últimos se engajaram na via aberta pela criação em 1994 da Organização Internacional do Comércio (OMC): aquela de uma competição global, na qual cada um deveria, segundo as teses liberais de David Ricardo, cultivar sua “vantagem comparativa”<sup>134</sup>. Essa vantagem comparativa poderia residir nos recursos naturais ou em um “recurso humano”, que eles eram, assim, estimulados a superexplorar para manter sua “competitividade” em escala mundial. A concorrência pelo menor preço social e ambiental é, assim, a via que foi seguida pelos países do sul mais povoados – no primeiro lugar entre eles, a China – com os sucessos econômicos e os desastres ecológicos que se conhecem. Esse tipo de concorrência mina evidentemente as bases do Estado Social nos países do norte, engajados, querendo ou não, na corrida global

---

131 No sentido primeiro da palavra (em que mundo se opõe a imundo, como cosmos se opõe a caos), mundializar consiste em tornar humanamente habitável um universo físico: em fazer de nosso planeta um lugar habitável. Em outras palavras, mundializar consiste em dominar as diferentes dimensões do processo de globalização.

132 Carta dos direitos e deveres econômicos dos Estados (1974), preâmbulo. Sobre essa Carta, veja-se VIRALLY, M. La **Charte des droits et des devoirs économiques des États**. Note de lecture. *Annuaire français de droit international*, vol. 20, 1974. p. 57-77.

133 Vide HAYEK, F. A. **Law, Legislation and Liberty**. vol. 2. *The Mirage of Social Justice*. London, Routledge, 1976. Tradução. Francesa: **Droit, législation et liberté**. Une nouvelle formulation des principes de justice et d'économie politique, vol. 2. *Le mirage de la justice sociale*. Paris: PUF, 1981, p. 221.

134 RICARDO, David. **On the Principles of Political Economy and Taxation**. London, 1817. De maneira significativa, o conceito de vantagem comparativa só aparece com todas as letras nessa obra: para advertir contra os aumentos dos impostos, suscetíveis de fazer perdê-la “A new tax may destroy the comparative advantage which a country before possessed in the manufacture of a particular commodity” (*Op. cit.*, capítulo XIX).

(“global race”), cuja lei de bronze é a redução do custo do trabalho, que determina a totalidade das políticas econômicas seguidas por todos os partidos de governo na Europa<sup>135</sup>. Quanto aos países cujos Estados estavam muito enfraquecidos para seguir essa via, notadamente numerosos países africanos, eles foram entregues – como o mostra o exemplo da criação industrial – a uma concorrência internacional desleal, que impede toda perspectiva de desenvolvimento, bem como à pilhagem de seus recursos naturais e aos planos de ajuste estruturais do Fundo Monetário Internacional (FMI). Uma parte significativa de seu “recurso humano”, notadamente de sua juventude, busca, assim, a salvação em uma emigração de massa, tanto perigosa para ela, quanto desestabilizadora para os países de imigração. É necessário, portanto, sair da ordem jurídica internacional da esquizofrenia, na qual se está mergulhado atualmente, reconectando seu hemisfério comercial com seu hemisfério social e ecológico<sup>136</sup>.

Mais ainda do que no momento da publicação de nosso relatório, uma verdadeira reforma do Direito do Trabalho é necessária, a qual teria como norte, não as expectativas dos mercados financeiros, mas a implementação, em escala planetária, de um “regime de trabalho realmente humano”, isto é, desse tipo de trabalho que nenhuma máquina é capaz de exercer e que confronta cada um de nós com o princípio de realidade. Tal regime não é um luxo: é a condição sem a qual não há qualidade dos produtos, preservação do meio ambiente e demonstração da capacidade humana de embelezar o mundo.

---

135 Frequentemente atribuída a Marx, a “lei de bronze dos salários” foi inicialmente formulada por Ferdinand Lassalle, que se inspirava, por sua vez (para os criticar), nas ideias de Ricardo e Malthus (vide LASSALLE, Ferdinand. **Offenes Antwortschreiben An das Zentralkomitee zur Berufung eines Allgemeinen Deutschen Arbeiterkongresses zu Leipzig**. 1º de março de 1863. Gesammelte Reden und Schriften Bd. 3. Paul Cassirer: Berlim, 1919. p. 41-107).

136 Vide nesse sentido a resolução do Parlamento Europeu de 8 de julho de 2015, contendo as recomendações à Comissão Europeia relativas às negociações do Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (PTCI) (2014/2228 INI).

**A REGRA DA PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O  
LEGISLADO NA PERSPECTIVA DA REFORMA TRABALHISTA:  
rumo à mutação genética do direito do trabalho no Brasil**

**THE RULE OF NEGOTIATED PREVALENCE ON LEGISLATION IN  
THE PERSPECTIVE OF LABOR REFORM: toward genetic mutation of  
labor law in Brazil**

Cleber Lúcio de Almeida<sup>1</sup>

**RESUMO:** A cada crise econômica que se apresenta no cenário nacional são propostas e, não raro, realizadas alterações no Direito do Trabalho. Estas alterações alcançam vários aspectos do Direito do Trabalho, entre os quais o seu significado (*transformação das finalidade e funções do Direito do Trabalho*), as pessoas alcançadas pelas suas normas (*transformação subjetiva do Direito do Trabalho*), os direitos assegurados aos trabalhadores (*transformação objetiva ou do conteúdo do Direito do Trabalho*) e as suas fontes e a relação entre elas (*transformação normativa do Direito do Trabalho*). A *reforma trabalhista*, que foi realizada, principalmente, por meio da Lei n. 13.467/17, não fugiu à regra, visto que promove relevantes alterações no Direito do Trabalho. O presente ensaio versa sobre uma destas alterações, qual seja, a adoção da regra da prevalência do negociado sobre o legislado, que é aqui considerada como parte do processo de *mutação genética* do Direito do Trabalho no Brasil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Crise econômica; *reforma trabalhista*; mutação genética do Direito do Trabalho.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. O significado e a inconstitucionalidade da prevalência do negociado sobre o legislado; 3. A regra da prevalência do negociado sobre o legislado e os limites da negociação coletiva; 4 anotações conclusivas; 5. Referências bibliográficas.

**ABSTRACT:** Every economic crisis that presents itself in the national scenario is proposed and, not infrequently, changes are made in Labor Law. These changes cover various aspects of labor law, including its meaning (transformation of the purpose and functions of labor law), people achieved by its norms (subjective transformation of labor law), the rights guaranteed to workers (objective transformation or the content of Labor Law) and their sources and the relation between them (normative transformation of Labor Law). The labor reform, which was carried out, mainly, by means of Law no. 13467/17, did not escape the rule, since it promotes relevant changes in Labor Law. The present article deals with one of these changes, that is, the adoption of the rule of the prevalence of the negotiated over the legislated, which is considered here as part of the process of genetic mutation of Labor Law in Brazil.

**KEY WORDS:** Economic crisis; labor reform; genetic mutation of Labor Law.

**SUMMARY:** 1. Introduction; 2. The meaning and unconstitutionality of the prevalence of the negotiated over the legislated; 3. The rule of the prevalence of the negotiated over the legislated and the limits of collective bargaining; 4 Concluding notes; 5. Bibliographic references.

---

Artigo enviado em 18/06/2018.

Artigo aprovado em \_\_/\_\_/\_\_.

<sup>1</sup> Pós-doutor em Direito pela Universidad Nacional de Córdoba/ARG. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Juiz do Trabalho junto ao TRT da 3ª Região.

RDRST, Brasília, Volume IV, n. 03, 2018, p 53-72, Set-Dez/2018

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho tem entre as suas características a pluralidade das fontes e adota, para a solução de eventuais antinomias entre elas, o princípio da *prevalência da norma mais favorável aos trabalhadores*.

A *reforma trabalhista*, realizada, principalmente, por meio da Lei n. 13.467/17, interfere na pluralidade das fontes do Direito do Trabalho e na relação entre elas, o que fez ao adotar a regra da prevalência do negociado sobre o legislado.

A regra da prevalência do negociado sobre o legislado foi consagrada no art. 611-A da CLT,<sup>2</sup> que é complementado pelo § 3º do art. 8º da CLT, segundo o qual, no exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará **exclusivamente** a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico e balizará a sua atuação pelo **princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva**.

Assim, não só foi imposta a prevalência do negociado sobre o legislado, ou, dito de outra forma, da vontade coletiva sobre a norma, como, para reforçá-la, procurou-se limitar a atuação do Poder Judiciário em eventual exame dos ajustes coletivos.<sup>3</sup>

A *reforma trabalhista* estabelece, também reforçando o princípio da prevalência do negociado sobre o legislado, a **prevalência do acordo coletivo de trabalho sobre a convenção coletiva de trabalho** (art. 620 da CLT).

No entanto, indo ainda mais além, a *reforma trabalhista* estabeleceu a regra da **prevalência do contrato individual de trabalho sobre os instrumentos coletivos**, no caso de o trabalhador empregado ser portador de diploma de nível superior e perceber salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social (art. 444, parágrafo único, da CLT). Foi adotado, portanto, o **primado do contrato individual do trabalho sobre o negociado**, que parte da premissa, **sem qualquer evidência empírica**, de que o trabalhador na situação mencionada no citado dispositivo possui liberdade,

---

<sup>2</sup> “A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, dentre outros, dispuser sobre...”.

<sup>3</sup> Parte-se da premissa, neste dispositivo legal, de que haveria um **excesso de intervenção** do Poder Judiciário na autonomia da vontade coletiva, Poder que, inclusive, estaria restringindo direitos legalmente previstos e criando obrigações não impostas pela lei (daí a proibição de restrição de direitos e criação de obrigações, por meio de súmulas e outros enunciados de jurisprudência, constante do art. 8º, § 2º, da CLT, observando que já foi dito, em defesa da *reforma trabalhista*, que a maior parte dos direitos reconhecidos em juízo não possui fundamento legal, posto que criados pela jurisprudência dos tribunais trabalhistas, isto, vale ressaltar, sem qualquer demonstração empírica).

em condições de igualdade concreta, para definir, em conjunto com o seu empregador, as suas condições de contratação e de trabalho.<sup>4</sup>

Esta última solução é, inclusive, flagrantemente inconstitucional, vez que contraria a disposição constitucional que impõe a prevalência do negociado coletivamente sobre o negociado individualmente (art. 7º, XXVI), da qual resulta, portanto, a vedação da renúncia de direitos alcançados por meio da negociação coletiva, assim como a disposição constitucional que impede que se estabeleça regime contratual diferenciado fundado na distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos, o que é a hipótese em evidência (art. 7º, XXXII). Ademais, trata-se de regra que, a pretexto de prestigiar a autonomia individual, contradiz os princípios da inviolabilidade da pessoa humana e da dignidade humana, na medida que **submete** o trabalhador ao poder do empregador.

O presente ensaio pretende examinar o significado da imposição da prevalência do negociado sobre o legislado e confrontá-la com a Constituição da República, compromissos assumidos pelo Brasil perante a comunidade internacional e princípios do Direito do Trabalho.

É adotado como premissa, para desenvolver o exame da *reforma trabalhista*, que este exame não pode ser reduzido à indagação sobre a eventual retirada de direitos dos trabalhadores. É que o Direito do Trabalho é uma *categoria política*, na medida em que a *política trabalhista* possui reflexos não apenas econômicos, mas, também e principalmente, humanos, sociais e políticos.<sup>5</sup>

## 2 O SIGNIFICADO E A INCONSTITUCIONALIDADE DA PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO

A análise da *reforma trabalhista* sob o prisma das fontes do Direito do Trabalho e da relação entre elas conduz a uma primeira conclusão, qual seja, a de que, por meio dela, o que se pretende é:

---

<sup>4</sup> A *reforma trabalhista* desconsidera, portanto, que liberdade e a igualdade são dados da realidade e não surgem de abstrações legais. A *reforma*, no entanto, não foi realizada de forma neutra, vez que persegue a destruição dos limites que o Direito do Trabalho impõe ao empregador e ao capital, o que resulta na transmutação do Direito do Trabalho, de um direito que impõe limites para um direito que legitima a prevalência da vontade em um ambiente de inegável desigualdade de poder. Em suma, o que se pretende é o estabelecimento de um poder não sujeito ao Direito, que pode transformar os sindicatos em *colaboradores do capital* no processo de flexibilização da relação entre capital e trabalho.

<sup>5</sup> Por *política trabalhista*, tem-se, consoante Oscar Ermida Uriarte, “a parte da política geral e da social em particular, referida às relações de trabalho, com especial ênfase na situação dos trabalhadores e suas organizações” (URIARTE, 2009, p. 407).

a) **limitar as fontes do Direito do Trabalho e afastar a imperatividade das normas trabalhistas**, o que será alcançado fazendo prevalecer convenções coletivas de trabalho e acordos coletivos de trabalho sobre a legislação, afastando a aplicação de instrumentos coletivos por meio do contrato individual de trabalho e, ainda, procurando desvincular a disciplina da relação entre capital e trabalho e da relação de emprego da Constituição e dos tratados sobre direitos humanos;

b) **substituir**, como critério de solução de antinomias, o princípio da aplicação da norma **mais favorável aos trabalhadores** pelo princípio da aplicação da norma **mais favorável ao capital e ao empregador**, em ambiente, inclusive, de fragilidade da esmagadora maioria dos sindicatos brasileiros. Fragilidade, inclusive, que foi acentuada pela *reforma trabalhista*, que retira dos sindicatos a sua principal fonte de custeio, o que indica que foi utilizada contra a classe trabalhadora a técnica consistente em **enfraquecer para dominar**.

A conclusão no sentido de que a reforma pretende **substituir um princípio pelo outro** é confirmada pelo art. 620 do CLT. É que este dispositivo estabelecia, na sua redação original, que as condições estabelecidas em convenção coletiva de trabalho, quando mais **favoráveis aos trabalhadores**, prevaleceriam sobre as estipuladas em acordo coletivo de trabalho e passa a dispor que as condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho prevalecerão, **sempre**, ou seja, **ainda que desfavoráveis aos trabalhadores**, sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho.

Contudo, no afã de alcançar tais objetivos, a *reforma trabalhista* violou vários dispositivos da Constituição da República de 1988, quais sejam:

a) art. 1º, II, que inclui a cidadania entre os princípios fundamentais da República, e art. 1º, parágrafo único, que adota a democracia como forma de governo.

O gozo dos direitos sociais, entre eles os inerentes ao trabalho, constitui condição de possibilidade da cidadania ativa. Logo, desconstruir tais direitos, pela via legal ou negocial, atenta contra a cidadania, sendo relevante mencionar que não existe democracia na ausência de cidadania ativa, o que autoriza afirmar que desconstruir os direitos inerentes ao trabalho também atenta contra a democracia, em afronta, agora, ao art. 1º, parágrafo único, da Constituição.

b) art. 3º, que define os objetivos fundamentais da República.

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional (que não é só econômico, mas, também, humano, social, cultural e político), a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades e a promoção do bem

de todos **exigem** o respeito aos direitos inerentes ao trabalho, o que não harmoniza com a sua destruição legal ou negocial;

c) art. 7º, *caput*, que consagra, expressamente, o princípio da aplicação da norma mais favorável aos trabalhadores, impedindo, então, a sua substituição pelo princípio da aplicação da norma mais favorável ao capital e aos empregados;

d) art. 60, § 4º, IV, que veda a abolição de direitos fundamentais por meio de emenda constitucional.

Este dispositivo constitucional veda a edição de emenda constitucional que venha a abolir direitos fundamentais, entre eles o direito fundamental à aplicação da norma mais favorável aos trabalhadores (art. 7º, *caput*, da Constituição), vedação que alcança também a autonomia da vontade coletiva (o que é vedado ao constituinte derivado é também vedado à autonomia da vontade);

e) art. 170, *caput*, que define os fundamentos e a finalidade da ordem econômica.

A ordem econômica tem como fundamento a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, e, por finalidade, garantir a todos existência digna. Os direitos inerentes ao trabalho, notadamente os fundamentais e humanos, são direitos inerentes à dignidade humana, isto é, direitos cujo gozo constitui uma exigência da vida em conformidade com a dignidade humana, o que implica que, desconstruir, pela via legal ou negocial, os direitos inerentes ao trabalho é atentar contra o disposto no art. 170, *caput*, da Constituição;

f) art. 186, III e IV, que define as condições em que a propriedade cumprirá a sua função social.

O cumprimento da função social da propriedade está condicionado à observância das disposições que regulam as relações de trabalho e à sua exploração que também favoreça o bem-estar dos trabalhadores, o que traduz a opção pela não admissão do exercício de atividade econômica voltado apenas ao atendimento de interesses do capital e dos empregadores e realizado sem o respeito às normas que compõem o Direito do Trabalho.

Também são inconstitucionais os arts. 8º, § 3º, e 611-B da CLT, que são complementares ao art. 611-A.

Conforme o primeiro destes dispositivos, no exame de convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará **exclusivamente** a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 do Código Civil (este dispositivo define os requisitos essenciais do negócio jurídico: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei) e deverá se pautar pela **intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva**.

É patente a afronta o art. 5º, XXXV, da Constituição da República, segundo o qual a lei **não poderá** excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, o que significa que a lei não pode impor ao Poder Judiciário que, no exame de um negócio jurídico, despreze o seu conteúdo, inclusive a título de intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

É também inconstitucional o art. 611-B da CLT, segundo o qual somente haverá nulidade do ajuste coletivo quando ele versar **exclusivamente** sobre uma das matérias elencadas neste dispositivo legal, que são, vale o registro, somente as relativas aos direitos constitucionalmente assegurados aos trabalhadores nos arts. 7º e 8º da CLT.

O art. 611-B da CLT, ao limitar as hipóteses de nulidade do ajuste coletivo, aponta no sentido de que a negociação coletiva pode, **sem ser nula**, afrontar os direitos fundamentais assegurados pelos arts. 5º, 6º e 9º da Constituição, isto quando **sequer o constituinte pode fazê-lo**, por força do art. 60, § 4º, IV, da Constituição, que, portanto, também foi desrespeitado.

Os arts. 8º, § 3º, e art. 611-B da CLT contrariam os arts. 4º, II, e 5º, § 1º, da Constituição, que, além de incluir os direitos humanos entre os direitos constitucionalmente protegidos, estabelecem a **prevalência dos tratados sobre direitos humanos**. Ora, se estes tratados prevalecem sobre a própria lei, **do seu respeito não está dispensada a autonomia da vontade coletiva**.

Tais inconstitucionalidades demonstram que o respeito à Constituição não parece ter sido a preocupação daqueles que elaboraram a *reforma trabalhista*, o que corresponde, consoante adverte Luigi Ferrajoli, ao processo de *desconstitucionalização do sistema político*, no sentido da rejeição “aos limites e vínculos constitucionais impostos às instituições representativas”, fundada na “pretensão de onipotência da maioria governativa e de neutralização do complexo sistema de regras governativa e contrapesos, de garantias e de funções e instituições de garantia, que constituem a substância da democracia constitucional” (FERRAJOLI, 2014, p. 13).

Trata-se, ainda consoante Luigi Ferrajoli, do retorno ao *paleopositivismo do Estado liberal*, segundo qual, “a lei, qualquer que fosse o seu conteúdo, era fonte suprema e ilimitada do direito” (FERRAJOLI, 2014, p. 22), que foi abandonado após os horrores da segunda guerra, com a afirmação da supremacia da Constituição, que passa a funcionar como “um limite e um vínculo ao legislador”, observando-se que “esse *direito sobre o direito*, esse sistema de normas metalegais no qual consistem as hodiernas constituições rígidas não se limita, portanto, a regular *formas* de produção do direito mediante normas procedimentais sobre a formação das leis, mas vincula, outrossim, em relação a estas leis, os seus *conteúdos*, mediante normas

substanciais sobre a produção, como são, em particular, aquelas que enunciam direitos fundamentais” (FERRAJOLI, 2014, p. 22).<sup>6</sup>

Retornando ao exame da adoção da prevalência do negociado sobre o legislado, não se pode olvidar, ainda, que o Brasil se comprometeu perante a comunidade internacional, como se vê dos arts. 4º, II, e 5º, § 1º, da Constituição, a respeitar, proteger e realizar concretamente os direitos humanos, não podendo uma lei ordinária, limitando as hipóteses de nulidade dos ajustes coletivos, autorizar o desrespeito a tais direitos.

Anote-se que estas mesmas obrigações foram assumidas em razão da adesão do Brasil a tratados sobre direitos humanos, como deixam claro o art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, os arts. 2º, 3º e 4º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e o art. 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por exemplo, que, inclusive, **impedem o retorno ao hermetismo jurídico**, fundado da noção tradicional de soberania absoluta do Estado e caracterizado pela negativa da força normativa aos tratados.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispõe, inclusive, que os Estados que a subscreverem se comprometem a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir o seu livre e pleno exercício (art. 1º, inciso 1) e que nenhuma de suas disposições pode ser interpretada no sentido de: permitir ao Estado, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; limitar o gozo e o exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer Estado ou em virtude de Convenções em que seja parte; excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorram da forma democrática representativa de governo; excluir ou limitar o efeito que possam produzir a *Declaração Americana dos Direitos e dos Deveres do Homem* e outros atos internacionais da mesma natureza (art. 29).

Acrescente-se, por fim, a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL de 1988, cujos signatários, dentre eles o Brasil, se comprometeram a respeitar os direitos fundamentais nela reconhecidos (art. 20), e a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL de 2015, no qual o Brasil reafirmou o seu compromisso com as declarações, pactos, protocolos e outros tratados que integram o patrimônio jurídico da humanidade, entre eles a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Declaração Americana de Direitos e Obrigações do

---

<sup>6</sup> Para Luigi Ferrajoli, com a sua constitucionalização, o direito deixa de ser subordinado à política e a política passa a estar “submetida aos vínculos a ela impostos por princípios constitucionais” (FERRAJOLI, 2014, p. 23).

Homem, a Carta Interamericana de Garantias Sociais e a Carta da Organização dos Estados Americanos.

É importante ter presente, no particular, que “os juizes não podem ignorar que todas as normas relativas a direitos humanos, inclusive as normas de princípios, são de aplicação direta e imediata, nos precisos termos do disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal” (COMPARATO, 2001, p. 29).

Mas, a *reforma trabalhista*, além de inconstitucional, agride o **princípio da vedação de retrocesso social**.

Trata-se, inclusive, de princípio constitucionalmente estabelecido. Com efeito, o art. 7º, VI, proíbe a redução salarial, salvo mediante negociação coletiva, o art. 60, § 4º, IV, consagra a vedação de exclusão de direitos fundamentais por meio de emenda constitucional e o art. 114, §2º, veda o retrocesso social como consequência da atuação do Poder Judiciário, tornando certo que o Direito do Trabalho tem como diretriz fundamental a garantia de **estabilidade da condição social do trabalhador**, cujo respeito se impõe ao empregador, ao Poder Legislativo, inclusive no desempenho de função constituinte, ao Poder Judiciário, ao Poder Executivo e, também, à autonomia da vontade coletiva.

Não se olvide, ainda, que redução negocial de direitos sem contrapartida equivale à renúncia de direitos e os sindicatos não podem renunciar a direitos dos quais não são titulares, cabendo-lhe, ao contrário e por expresse mandamento constitucional, promover a sua **defesa** (art. 8º, III, da Constituição).

Também foi desconsiderado o **princípio da progressividade da condição social dos trabalhadores**.

É que “O Direito do Trabalho não se limita à *tutela* da condição social alcançada pelos trabalhadores (*estabilidade da condição social alcançada*), mas visa sua melhora progressiva (*melhoria da condição social alcançada*). A vedação de retrocesso e a progressividade são, portanto, complementares [...]. O exame dos objetivos da República elencados no art. 3º da Constituição (*construir* uma sociedade livre, justa e solidária, *erradicar* a pobreza e a marginalização, *reduzir* as desigualdades sociais, promover o bem comum) e dos princípios gerais da atividade econômica, apontados no art. 170, também da Constituição, em especial a *redução* das desigualdades sociais e a *busca* do pleno emprego, apontam no sentido da adoção do princípio da progressividade, visto que tais dispositivos exigem ‘atuação promocional, através da concepção de justiça distributiva, voltada para a igualdade substancial [...]. De acordo com o texto da Lei Maior, a configuração do nosso Estado Democrático de Direito tem por fundamentos a dignidade humana, a igualdade substancial e a solidariedade social, e determina,

como sua meta prioritária, a correção das desigualdades sociais e regionais, com o propósito de reduzir os desequilíbrios entre as regiões do País, buscando melhorar a qualidade de vida de todos os seus cidadãos' (MORAES, 2006, p. 157-176). Este princípio é também consagrado pelo art. 7º, *caput*, da Constituição que, ao determinar a prevalência da norma mais benéfica ao trabalhador, indica que deve ser prestigiada a melhoria da sua condição social" (ALMEIDA; ALMEIDA, 2017, p. 164).

A *reforma trabalhista*, contrariando a Constituição, desrespeitando obrigações assumidas perante a comunidade internacional e os princípios mencionados, atua no sentido da *mutação genética* do Direito do Trabalho.

Trata-se de uma verdadeira *mutação genética*, porquanto o Direito do Trabalho tem como princípio primeiro a proteção da dignidade humana daqueles que trabalham, do qual se originam vários outros princípios, dentre os quais a imperatividade das suas normas, a indisponibilidade dos direitos que assegura aos trabalhadores, a prevalência da norma mais favorável, a continuidade da relação de emprego, a proibição de retrocesso na condição social dos trabalhadores e a progressividade na melhoria da condição social dos trabalhadores, os quais são complementados, no campo processual, pelo sério compromisso com a efetividade da jurisdição e processos trabalhistas, lembrando que estes princípios são informados pelos valores que estão na essência do Direito do Trabalho, quais sejam, dignidade humana, justiça social, cidadania e democracia.

Em suma, o Direito do Trabalho surge como instrumento de promoção e tutela da dignidade humana e construção da justiça social, cidadania e democracia e, por meio da *reforma trabalhista*, o que se pretende é **transformá-lo em instrumento de política econômica, informada pela prevalência dos interesses do capital sobre os do trabalho**, sob o argumento da “necessidade” de criar empregos (como se a criação de empregos estivesse direta e necessariamente relacionada ao nível de proteção da dignidade humana e realização da justiça social, cidadania e democracia), atrair investimentos externos (neste momento, o Direito do Trabalho é transformado em moeda de troca no mercado global, ou seja, em mercadoria) e de garantir a eficiência das empresas, ou seja, em um *Direito do Trabalho de exceção*.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> A *reforma trabalhista* é justificada pela suposta *necessidade* de criar empregos, garantir a eficiência das empresas e impedir a criação ou restrições de direitos por meio do ativismo judicial dos tribunais trabalhistas, em especial do Tribunal Superior do Trabalho, mas, na essência, atende às *necessidades* do mercado. Como, consoante aduz Giorgio Agamben, “as terminologias nunca podem ser neutras” (AGAMBEN, 2004, p. 15), cumpre esclarecer as expressões *exceção* e *necessidade* são adotadas no presente ensaio na perspectiva, definida também a partir da lição Giorgio Agamben, de que o *estado de exceção* é sempre estabelecido para atender a supostas *necessidades* (AGAMBEN, 2004, p. 40-49). Daí se falar, no presente ensaio, em *Direito do Trabalho de exceção*.

Note-se que o negociado tradicionalmente prevaleceu sobre o legislado, mas, em sentido bem claro e definido, que seja, o da tutela da dignidade humana daquele que trabalha e construção da justiça social, cidadania e democracia. Contudo, a *reforma trabalhista* mantém a prevalência do negociado sobre o legislado, **mas em outro sentido**, que é a redução negociada dos direitos assegurados aos trabalhadores, em favor dos interesses do capital.

Vale ressaltar que o processo de *mutação genética* do Direito do Trabalho não é um fenômeno brasileiro, mas global.

Neste sentido, João Leal Amado afirma que, a partir dos anos 1970 teve início, na Europa, as críticas ao Direito do Trabalho, que é acusado de excessivamente protetivo e rígido, “de irracionalidade regulativa e de produzir consequências danosas, isto é, de criar mais problemas do que aqueles que resolve, em particular no campo econômico e no plano da gestão empresarial – é o chamado ‘efeito boomerang’ das normas juslaborais, grandes responsáveis, diz-se, pelas elevadas taxas de desemprego”, o que conduz à sua **transformação** em “instrumento a serviço da promoção do emprego e do investimento, como variável econômica, mostrando-se dominado - quando não obcecado - por considerações de eficiência (produtividade da mão de obra, competitividade das empresas etc.)” (AMADO, 2015, p. 183).

Especificamente em relação a Portugal, João Leal Amado afirma que as alterações legislativas realizadas naquele país a partir de 2003 obedecem a duas ideias-chaves, quais sejam, a “redução/compressão dos custos empresariais” e a “ampliação das faculdades/poderes patronais de gestão da mão de obra”, o que leva o legislador a “vender” o Direito do Trabalho “em ordem a tentar atrair clientes, em ordem a acalmar os ‘mercados’, em ordem a cativar os investidores, isto é, o capital”, o que faz ao disciplinar o banco de horas, o trabalho extraordinário, os feriados e as férias, por exemplo, o que significa “maior facilidade de recurso patronal ao esquema do banco de horas, condições menos onerosas para o recurso ao trabalho suplementar, menos feriados e menos dias de férias” (AMADO, 2015, p. 187-190), registrando este doutrinador, ainda, que, no tocante à “relação entre a lei e convenção coletiva de trabalho, a lei portuguesa passou a consagrar a regra de princípio da prevalência do negociado, ainda que *in pejus*, sobre o legislado” (AMADO, 2015, p. 186).

António Casimiro Ferreira noticia observação de Miguel Souza Tavares no sentido de que as alterações legislativas levadas a efeito em Portugal se assentam em duas vertentes, quais sejam, “os trabalhadores portugueses são todos descartáveis” e “as nossas empresas só serão competitivas se puder pagar-lhes o mínimo, explorá-los o máximo e despedi-los à vontade” e lançaram “os desesperados sem emprego contra os aterrorizados com emprego” (FERREIRA, p. 63-64).

Noticiando fatos ocorridos na Itália, Luigi Ferrajoli afirma que “o medo sempre foi um recurso do poder político”, que é acentuado pela “fábrica do medo que se tornou a televisão” e que “a ideia de que o futuro pode ser melhor que o passado, dominante nos últimos anos, foi invertida: passou à concepção do medo, ou pior, da certeza de que o futuro será pior do que o passado. Essa depressão do espírito público, juntamente com a depreciação dos valores constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa, foi gerada sobretudo [...] pelo ataque ao trabalho e aos direitos dos trabalhadores”, ataques que, segundo ele, se voltaram contra, por exemplo: a “estabilidade no emprego por intermédio da precariedade, que priva de fato os trabalhadores precários das mais elementares garantias, fazendo que seja impossível que venham a lutar contra os empregadores”, “às garantias jurisdicionais de todos os direitos”; introdução de cláusula compromissória, “com a qual o trabalhador se compromete, no ato da sua admissão, a renunciar o direito de agir e juízo e se submeter aos juízos privados do tipo arbitral”; “à segurança do trabalho, “por intermédio da redução das sanções pelas violações das normas que visam prevenir os acidentes de trabalho”, política de ataque que visa “a divisão dos trabalhadores e o desencorajamento do conjunto de trabalhadores: pelo enfraquecimento das formas tradicionais de solidariedade baseadas no senso comum de pertinências às mesmas condições; pela competição no mundo do trabalho introduzida pelo crescente desemprego e pela multiplicação das figuras atípicas de trabalho precário; pela desvalorização geral do trabalho provocada pela possibilidade de deslocar a produção para além dos limites nacionais; pela neutralização dos conflitos sociais, e a imposição aos trabalhadores da renúncia aos seus direitos sob ameaça de demissão” (FERRAJOLI, 2014, p. 49-50).

Ainda falando em relação à Europa, afirma Valerio Speciale que o Direito do Trabalho está passando por uma mutação genética, que altera o seu DNA, os seus objetivos, a escala de valores sobre os quais se baseia e a sua função, tudo isto resultando na sua subordinação à economia e transformação em instrumento de política econômica (SPEZIALE, 2017, p. 2 e 9).

Para demonstrar a sua assertiva, Valerio Speciale aduz que a evolução do Direito do Trabalho pode ser examinada sob o ponto de vista da “eliminação ou drástica redução da dimensão econômica da relação de emprego”, o que tem como razões o fato de: a) o trabalhador ser “um sujeito que possui limites biológicos que impedem a sua assimilação a uma máquina ou a outros fatores produtivos ‘inertes’, em razão da resistência física à fadiga, à usura, do condicionamento devido a patologias etc.”; b) o trabalhador ser uma pessoa, o que torna “impossível separar o trabalho, inclusive como bem - objeto (a energia expedida que possa ser cedida no mercado de trabalho) - da essência humana e, também, da esfera psicológica e do conjunto de atributos que concernem à sua personalidade, com aquela ‘que é chamada a

implicação da pessoa humana na prestação de serviços’; c) a relação de emprego se fundar sobre uma relação de poder”, sendo a sujeição a tal poder “jurídica (a subordinação às diretivas de outro contratante), organizativa (porque o trabalhador é parte da estrutura de empresa que não lhe pertence e é organizada por outrem) e econômica (posto que o empregado faz da retribuição o seu único ganho, em um mercado caracterizado por um equilíbrio entre demanda e oferta de trabalho e pelo desemprego estrutural)” (SPEZIALE, 2015, p. 10).

Para Valerio Speziale, o fato de a relação de emprego envolver um sujeito que é biologicamente limitado e ser uma relação de poder e a impossibilidade de separar o trabalho da pessoa humana que o realiza é que levaram, como efeito de uma pluralidade de fatores, à sua juridificação no aspecto individual e coletivo, “que gradualmente produziu o efeito de ‘imunizar’ (total ou parcialmente) o trabalhador da sua dimensão de fator de produção” (SPEZIALE, 2015, p. 10-11).

Aduz Valerio Speziale, examinando a juridificação da relação de emprego, que, no primeiro momento, a juridificação “se consubstanciava na edição de uma legislação social que tinha como objetivo a tutela da integridade física e moral do trabalhador (redução da jornada de trabalho; limitação da idade laborativa; seguro obrigatório etc.), na ótica, típica do Estado liberal, de proteger o trabalhador ‘somente quando parecer insuportável, também pela consciência (da época), dos efeitos do livre agir industrial e em um contexto de ‘indiscutível gestão do trabalho como matéria prima comerciável’ [...]. O Estado liberal garantiu a liberdade contratual do singular e também do trabalhador. Todavia, tal liberdade não é em grau suficiente para eliminar a desigualdade de poder estrutural entre empregador e trabalhador e a sua subordinação econômica. A liberdade que o contrato lhe conferiu, é somente a liberdade de escolher autonomamente a ocupação, mas não a liberdade de determinar autonomamente a própria condição de vida e de trabalho, inclusive porque ‘livre não é aquele que possui direito abstrato sem o poder de exercitá-lo, mas quem, além do direito, tem o poder de exercício” (SPEZIALE, 2015, p. 12).

Para Valerio Speziale, “a este problema tentará dar solução o direito do trabalho [...], que se opõe ‘aquela violência sobre a pessoa humana que se exercitava, nos confrontos dos trabalhadores, através de um direito que não levava em consideração a sua particular posição social. O significado do direito do trabalho consiste no fato que este não se contenta com a igualdade formal dos sujeitos, sobre a qual se funda a regulamentação precedente, mas dá relevo jurídico à particular posição social dos trabalhadores’. Esta função do direito do trabalho se realizará de modo diverso. Uma primeira linha de intervenção é a introdução de normas que limitam a ‘consequente lógica do conceito de troca, vez que tal conceito se releva incompatível

com a exigência de tutela da dignidade e segurança dos trabalhadores. De tal modo, a personalidade do trabalhador passa a constituir o critério de numerosas derrogações aos princípios gerais dos contratos e das obrigações, as quais rompem a simetria das duas posições jurídicas que a relação de trabalho coloca em evidência'. Há então o reconhecimento de uma série de direitos do trabalhador no contrato, que impõem limites aos poderes organizativos que detém o empregador. Eles, apesar de pôr em evidência a indissolúvel 'relação do homem que trabalha com a (dimensão econômica da) sua prestação', são direitos que garantem a 'dimensão humana da prestação de trabalho no confronto dos poderes organizativo e diretivo do empregador, aos quais, mediante o contrato, é sujeito" (SPEZIALE, 2015, p. 12).

De outro lado, ainda consoante Valerio Speziale, se desenvolvia o movimento sindical e crescia a contratação coletiva, "que produzem um incremento de direitos (não apenas salariais) dos trabalhadores, como expressão de um verdadeiro e próprio 'poder social' que transcende a mera realidade econômica. É criado, então, um 'contrapoder' fundado sobre a representação coletiva dos interesses que incide sobre a gestão da fábrica e impõe a negociação da estrutura e do funcionamento da organização produtiva [...]. É neste contexto que a contratação coletiva estenderá em medida significativa os direitos 'não econômicos' conexos à relação de trabalho" (SPEZIALE, 2015, p. 13).

Um momento fundamental neste processo, conforme Valerio Speziale, é a "declaração segundo a qual 'o trabalho não deve ser considerado simplesmente uma mercadoria ou artigo de comércio", expressão "que 'adquiriu sucessivamente o mais amplo significado ético jurídico de incisiva negação do valor mercantil do trabalho, transportando a proteção do trabalho em abstrato aos direitos fundamentais da pessoa que trabalha, pela qual o trabalho é oportunidade de desenvolvimento da pessoa humana e de progresso material'. Esta desmercantilização do trabalho encontrou a sua junção fundamental na constitucionalização dos direitos dos trabalhadores e na sua transformação em direitos fundamentais [...]. Neste contexto, o trabalho torna-se um 'direito' e é tutelado também no seu sentido econômico (retribuição, indenização do desemprego, proteção contra a doença, tutela da deficiência) com uma lógica que – colocada em correlação com a produtividade do trabalhador – a transcende, em uma dimensão que se preocupa com a garantia de qualidade de existencial" (SPEZIALE, 2015, p. 13-14), sendo que, com a constitucionalização, são reconhecidos outros direitos, como ao recebimento de salário suficiente para assegurar uma vida livre e digna, "com a atribuição ao salário de caráter estranho à relação de troca e vinculado a fins existenciais (liberdade e dignidade) que envolve direitos que são expressão da personalidade humana" [...], "direito de associação, de atividade sindical e de contratação coletiva, no âmbito do 'contrapoder sindical" (SPEZIALE, 2015, p. 14-15).

Valerio Speziale afirma que o Direito do Trabalho constitui instrumento “de emancipação de uma coletividade humana’, que, garante a “efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do Estado”, assume a condição de “direito de cidadania dos trabalhadores subordinados” e contribuiu para a solução do problema de “como fazer coexistirem bem-estar econômico, coesão social, democracia política” (SPEZIALE, 2015, p. 15-16).

É este, consoante Valerio Speziale, o momento de “maior distância entre direito do trabalho e economia” e que dá início à “idade da desmercantilização do trabalho” (SPEZIALE, 2015, p. 17).

Fez-se todo este longo relato para demonstrar que o Direito do Trabalho tem, no seu DNA, a preocupação com a dignidade humana daqueles que vivem do trabalho (atuando no sentido de evitar a sua transformação em mercadoria), a cidadania e a democracia e que a sua *mutação genética* se dá com a sua transformação em instrumento de política econômica, com a consequente *re-mercantilização* do trabalho humano, e, ele próprio, em uma mercadoria no *mercado global de leis* e, no caso do Brasil, também *moeda de troca* na busca por apoio político.

Deste modo, a *mutação genética* do Direito do Trabalho constitui o resultado da *subversão* do princípio da proteção e dos princípios dele decorrentes e, com isto, da sua finalidade e das funções fundamentais.

É esta *subversão* que constitui um dos objetivos da *reforma trabalhista*, que se assenta em vários eixos: limitação das fontes do Direito do Trabalho, redução da imperatividade das normas trabalhistas, por meio da adoção da prevalência do negociado sobre o legislado; enfraquecimento do contrapoder representado pela ação coletiva dos trabalhadores, por meio dos sindicatos; redução dos direitos assegurados aos trabalhadores, com isto, dos custos da utilização da mão de obra humana; atribuição de especial valor à vontade das partes no contexto da relação de emprego; reforço dos poderes do empregador na contratação e gestão da mão de obra; restrição do acesso dos trabalhadores à justiça (por meio da disciplina dos custos da litigância e da litigância de má-fé); criação de dificuldades para a satisfação dos direitos reconhecidos por decisão judicial (como se deu, por exemplo, com a criação de dificuldade para o reconhecimento do grupo de empresas e limitação do poder executivo do juiz).

A *mutação genética* do Direito do Trabalho, como dito, faz surgir verdadeiro *Direito do Trabalho de exceção*, como direito *desmaterializado*, isto é, desvinculado da tutela e promoção da dignidade humana o ser que trabalha e construção da justiça social, cidadania e democracia, e *transformado* “em instrumento de política econômica funcional à eficiência de mercado”, como exigência “da valorização do capital e da sua lógica global” (PERULLI, 2016, p. 21-22).

Note-se que a *mutação genética do Direito do Trabalho* não tem efeitos limitados à situação do trabalhador individualmente considerado em relação ao seu empregador.

Primeiro, porque o Direito do Trabalho tem por finalidade fundamental a tutela e promoção da dignidade e, como função política, a realização da justiça social, cidadania e democracia, ou seja, não tem por horizonte apenas o trabalhador na sua específica relação de emprego.

Segundo, porque há muito o Direito do Trabalho ultrapassou a concepção restritiva de proteção do contratante vulnerável e adotou concepção bem mais ampla, que é a promoção e tutela da dignidade humana e realização da justiça social, cidadania e democracia.

Em termos globais, esta passagem se dá com a adoção, quando da criação da Organização Internacional do Trabalho, do princípio segundo o qual o trabalho não é mercadoria, e, no Brasil, ocorre, de forma definitiva, com a Constituição da República de 1988, que inclui entre os seus princípios fundamentais a cidadania, a dignidade humana e o valor social do trabalho (art. 1º), define como objetivos da República a construção de uma sociedade justa, livre e solidária (art. 3º, I), define como finalidade da ordem econômica, que é fundada na valorização do trabalho humano, assegurar a todos uma existência digna (art. 170) e define como base da ordem social o primado do trabalho e, como seu objetivo, a justiça social (art. 193).

Deste modo, a *reforma trabalhista* é também uma *reforma política*, valendo observar que, “em um esquema neoliberal, a política trabalhista se dissolve na econômica e na melhor das hipóteses só existe para servi-la. Em um esquema de valorização do social, a política laboral exige importância própria e autonomia” (URIARTE, 2009, p. 408), o que equivale dizer que a *reforma trabalhista* é uma *reforma política neoliberal*, ou seja, que estabelece a orientação neoliberal na política trabalhista econômica e social e, dentro delas, na política do trabalho.

Por consequência, a *mutação genética* do Direito do Trabalho não pode ser vista como uma simples questão de mais ou menos direitos (em especial patrimoniais), mas, sim, de mais ou menos dignidade humana, justiça social, cidadania e democracia.

### **3 A REGRA DA PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO E OS LIMITES DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA**

É certo que aos sindicatos representantes de categorias profissionais e econômicas é lícito firmar convenção coletiva de trabalho, estipulando condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho (art. 611, *caput*, da

CLT), ao passo que aos sindicatos representantes de categorias profissionais e empresas da correspondente categoria econômica é lícito firmar acordo coletivo de trabalho, estipulando condições de trabalho aplicáveis, no âmbito da empresa(s) acordante(s), às relações individuais de trabalho (art. 611, § 1º, da CLT). O direito à negociação coletiva é assegurado pela Constituição como manifestação do direito à liberdade sindical (arts. 7º, XXVI, e 8º, §III e VI).

No entanto, a autonomia da vontade coletiva não é isenta de limites.

Com efeito, é nula cláusula negocial coletiva que:

1) desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação das normas regentes da relação de emprego, em razão do disposto nos arts. 9º e 444, *caput*, da CLT;

2) violar as liberdades individuais (direito à intimidade, vida privada, honra e imagem, por exemplo), liberdades coletivas (direito de se filiar e de se manter filiado a sindicato, por exemplo) e direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores (anotação do contrato de trabalho na CTPS, por exemplo), nos termos do art. 83, IV, da Lei Complementar n. 75/93;

3) violar direitos fundamentais trabalhistas, específicos e inespecíficos, assegurados pela Constituição da República, lembrando que as convenções coletivas de trabalho e os acordos coletivos de trabalho também estão sujeitos a *controle de constitucionalidade* (verificação da compatibilidade da norma infraconstitucional com a Constituição);

4) contrariar tratados de que o Brasil seja signatário, notadamente aqueles que asseguram direitos humanos trabalhistas, específicos ou inespecíficos, em razão, por exemplo, do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição da República, do qual resulta que as convenções coletivas de trabalho e os acordos coletivos de trabalho estão sujeitos a *controle de convencionalidade* (verificação da compatibilidade das normas internas com os tratados que compõem a ordem jurídica);

Note-se, a propósito dos limites da autonomia da vontade coletiva, que: a Lei n. 13.467/17 não revogou os arts. 9º e 444, *caput*, da CLT, que impedem a derrogação, ainda que seja pela *vontade coletiva*, de normas de ordem pública; a Constituição da República, por meio do art. 5º, XXXV, impede que a lei proíba o Poder Judiciário de examinar os aspectos substanciais de qualquer negócio jurídico, notadamente quando se trate de ofensa aos direitos sociais assegurados aos trabalhadores, **cuja relevância é reconhecida pela reforma**, ao tratar da transcendência social a ser observada no exame de admissibilidade de recurso de revista (art. 896-A, § 1º, III);<sup>8</sup> a possibilidade de prevalência do negociado sobre o legislado permite a

---

<sup>8</sup> Abre-se um parêntese para anotar que a *reforma trabalhista* considera que a dispensa individual e a dispensa coletiva não diferem quanto aos seus efeitos, mas, ao mesmo tempo, atribui transcendência social à demanda proposta pelo trabalhador que versar sobre direito social constitucionalmente assegurado. Entre os direitos sociais constitucionalmente assegurados está o direito ao trabalho (art. 6º da Constituição) e a dispensa coletiva,

*desconstrução do direito legislado*, ainda que em prejuízo dos trabalhadores, em ofensa à *função social da negociação coletiva*, que é, nos termos do *caput* do art. 7º, *caput*, da Constituição da República, a melhoria da condição social dos trabalhadores, e, do art. 8º, III, a **defesa** dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria.

Na *reforma*, é apenas **aparente**, o reforço da autonomia da vontade coletiva, por meio da adoção da prevalência do negociado sobre o legislado, na medida em que dos sindicatos, já seriamente fragilizados, foi retirada a sua principal fonte de custeio, o que implica dizer que a prevalência do negociado sobre o legislado significa, na essência, o estabelecimento da prevalência dos interesses do capital e da vontade do empregador.

Aliás, em vários momentos a *reforma trabalhista* **reduz o papel dos sindicatos**, o que faz, por exemplo, ao: permitir, no art. art. 59, § 1º, a instituição de **banco de horas** por meio de **acordo individual** (o que, inclusive, afronta o art. 7º, XIII, da Constituição); autorizar, no art. 59-A, a adoção do **regime 12x36 horas** por acordo individual, com possibilidade, inclusive, do estabelecimento do trabalho por **12 horas seguidas, sem gozo do intervalo para descanso e refeição** (o que afronta o art. 7º, XIII e XXII, da Constituição); dispensar, no art. 477, a **homologação sindical das rescisões contratuais** (revogação do § 1º); estabelecer, no art. 478, que a **dispensas coletivas** independem de prévia autorização sindical ou da celebração de acordo ou convenção coletiva. Estas disposições deixam claro, portanto, que não se pretende, com a reforma trabalhista, reformar o papel desempenhado pelos sindicatos, este papel é reforçado, no entanto, somente quando se trata de permitir **a desconstrução negociada do Direito do Trabalho**.

É interessante notar que, ao mesmo tempo que reduz o papel dos sindicatos, a *reforma trabalhista* **reforça os poderes do capital e dos empregadores**, o que realiza, por exemplo, quando:

a) autoriza, no art. 58-A, a exigência de prestação de até 6 horas extras semanais no contrato de trabalho em regime de tempo parcial com duração de 26 horas semanais;

b) institui, no art. 59-B, a modalidade acordo tácito de prorrogação da jornada de trabalho;

c) permite, consoante o art. 61, § 1º, prorrogação da jornada no caso de força maior ou para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis cuja execução possa acarretar prejuízo manifesto, sem necessidade de comunicação à autoridade competente em matéria trabalhista;

---

principalmente, envolve exatamente o exercício do direito ao trabalho. Com isto, segundo a própria *reforma trabalhista*, a dispensa coletiva possui transcendência social, o que impede equipará-la à dispensa individual.

d) possibilita ao empregador, por ato unilateral, como é previsto no art. 75-C. § 2º, alterar o regime de teletrabalho para regime presencial;

e) autoriza, consoante o art. 442-B, a contratação de autônomo com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, com afastamento da qualidade de empregado prevista no art. 3º da CLT;

f) permite, nos arts. 443 e 452-A, a contratação de trabalho intermitente, sem restrição quanto à natureza da atividade do empregador (salvo em relação aos aeronautas) e fixação de horas mínimas de trabalho durante a semana ou mês, que implica a total submissão do trabalhador à vontade e conveniência do empregador e transferência para o trabalhador dos riscos do empreendimento (a ausência de trabalho a ser prestado constitui ônus do trabalhador), em afronta ao art. 2º da CLT;

g) autoriza o empregador a definir, unilateralmente, o padrão de vestimenta no meio ambiente de trabalho (art. 456-A);

h) admite, consoante o art. 457, § 1º, o pagamento de ajuda de custo, auxílio-alimentação, diárias para viagens, prêmios e abonos sem a sua integração à remuneração do trabalhador, mesmo que o pagamento seja habitual, qualquer que seja o seu valor;

i) nega, no art. 457, § 2º, natureza salarial a prêmio pago ao trabalhador ou grupo de empregados em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atribuições;

j) aumenta, com a nova redação do art. 461, a liberdade para a diferenciação salarial, na medida em que a equiparação somente será possível entre empregados no mesmo estabelecimento (antes, era na mesma localidade, entendendo-se como tal a mesma região metropolitana) e não será possível quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira ou adotar, em norma interna ou mediante negociação coletiva, plano de cargos e salários, dispensada qualquer forma de homologação ou registro em órgão público e sem necessidade de alternância das promoções por antiguidade e merecimento (antes, era exigido quadro de carreira, com previsão de promoção alternada por merecimento e antiguidade);

k) estabelece que a dispensa coletiva independe de prévia autorização sindical ou da celebração de acordo ou convenção coletiva (art. 478).

#### **4 ANOTAÇÕES CONCLUSIVAS**

Delfim Netto recentemente chamou a atenção para o fato de que “o Brasil deixou o poder econômico controlar a política” e, com isto, “o setor privado anulou a única força que

controla o capital, que é o Congresso”.<sup>9</sup> O capital, controlando a política, tratou de, por meio da *reforma trabalhista*, reduzir os limites que lhe são impostos pela ordem jurídica, especialmente aqueles representados pelo Direito do Trabalho e, com isto, de aumentar os seus poderes.

A *reforma trabalhista* faz parte do processo global de *mutação genética do Direito do Trabalho*, desvinculando-o da tutela e promoção da dignidade humana, justiça social, cidadania e democracia e atribuindo-lhe a função de instrumento de política econômica, informada pela prevalência dos interesses do capital sobre os interesses do trabalho, com a consequente colonização do humano, social e político pelo econômico, criando-se um verdadeiro *Direito do Trabalho de exceção*.

Um dos componentes do *Direito do Trabalho de exceção* é constituído pela regra de aplicação da norma mais favorável ao capital e aos empregadores, cuja adoção é flagrantemente inconstitucional, desrespeita obrigações assumidas pelo Brasil perante a comunidade internacional e desconsidera os princípios da vedação de retrocesso social e da progressividade na melhoria da condição social dos trabalhadores.

A *mutação genética* do Direito do Trabalho não se resume a uma questão de mais ou menos direitos, mas, sim, de mais ou menos dignidade humana, justiça social, cidadania e democracia, o que significa que a *reforma trabalhista* é, na sua essência, uma *reforma política neoliberal*. Como resposta a esta política, deve ser adotada uma *política trabalhista posneoliberal*, informada pela estreita vinculação do Direito do Trabalho e dos direitos inerentes ao trabalho à dignidade humana, justiça social, cidadania e democracia, como forma de tornar concretos os princípios fundamentais da República e alcançar os seus objetivos fundamentais.

Ainda que seja admitida, para argumentar, a constitucionalidade da instituição da prevalência do negociado sobre o legislado, é imperioso ter presente que a autonomia da vontade coletiva não é isenta de limites, que são estabelecidos pela Constituição da República, tratados sobre direitos humanos e leis de ordem pública, lembrando-se que a Constituição e os tratados sobre direitos humanos constituem valiosos instrumentos de oposição à subordinação da tutela da dignidade humana e realização da justiça social, cidadania e democracia a interesses políticos e econômicos dominantes em determinado contexto social.

---

<sup>9</sup> Jornal Folha de São Paulo. Caderno Mercado, A16, 03.07.17.

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. 2. Ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALMEIDA, Cleber Lúcio; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo. *Direito do Trabalho e Constituição: a constitucionalização do Direito do Trabalho no Brasil*. LTr: São Paulo, 2017.

ALMEIDA, Cleber Lúcio. Por um Direito do Trabalho de segunda geração: trabalhador integral e Direito do Trabalho integral. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, v. 60, n. 91, jan./jun. 2005, p. 235-256.

AMADO, João Leal. Perspectivas do direito do trabalho: um ramo em crise identitária?. *Revista Do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 47, jul./dez. 2015, p. 181-202.

FERREIRA, António Casimiro. *Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção*. Vida Económica: Porto, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. In *Direitos humanos: visões contemporâneas*. São Paulo: Associação dos Juízes para a Democracia, 2001, p. 15-30.

FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvagens*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARMENDIA ARIGÓN, Mário. La relación “ley-convenio colectivo” Em el ordenamento jurídico uruguayo. In *Negociado sobre o legislado no direito comparado do trabalho*. Campinas: Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, 2017, p. 18-39.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In *Os princípios da Constituição de 1988*. 2. ed. PEIXINHO, Manoel Messias et al (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.157-176.

NETTO, Delfim. *Jornal Folha de São Paulo*. Caderno Mercado, A16, 03.07.17.

PERULLI, Adalberto. L’idea di diritto del lavoro, oggi. In *Lavoro e Diritto*. n. 1/2016. Bolonha: Il Mulino, 2016, p. 17-34.

SPEZIALE, Valerio. *La mutazione genetica del diritto del lavoro*. WP CSDLE MASSIMO D’ANTONA.IT. Disponível em <http://csdle.lex.unicit.it>.

URIARTE. Oscar Ermida. Políticas laborales después del neoliberalismo. In *Temas centrales del derecho del trabajo del siglo XXI*. Lima: Ara Editores, 2009, p.407-428.

## **LA MULTIPERIODALIDAD DE LA JORNADA DE TRABAJO: Un enfoque italiano y su aplicabilidad a la problemática del trabajo en horas extras en el Perú**

### **THE MULTIPERIODALITY OF THE WORKING TIME: An italian approach and its applicability to the work overtime problem in Peru**

Irving Aldo Rojas Valentino<sup>1</sup>

**RESUMEN:** El presente artículo ofrecerá un alcance respecto a la denominada multiperiodalidad de la jornada de trabajo, la cual se halla notablemente difundida en la normativa italiana y europea. Por otro lado, se examinará la regulación de la jornada de trabajo en el Perú, teniendo en consideración sus antecedentes históricos, definiciones doctrinarias, así como su recepción en el texto constitucional. Evidenciándose la discrepancia existente entre la regulación de la mencionada institución jurídica y su aplicación en la realidad. Ante esta instancia, se propondrá la aplicación de la multiperiodalidad de la jornada de trabajo en la realidad peruana, en tanto podría resultar idónea a la hora de hacer frente a la problemática de la informalidad del trabajo realizado en horas extras.

**PALABRAS CLAVES:** Jornada de Trabajo. Horario de Trabajo. Multiperiodalidad.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Nociones preliminares. 3. La multiperiodalidad de la jornada de trabajo. 4. El modelo italiano. 5. La jornada de trabajo y su enfoque constitucional en el Perú. 6. La jornada de trabajo en el marco normativo peruano. 7. Aplicando la multiperiodalidad de la jornada de trabajo en el Perú. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía.

**ABSTRACT:** This article gives an overview about the so-called multiperiodality of the working day, which is notably extended in the Italian and European law. On the other hand, it will examine the regulation of the working day in Peru, taking into consideration its historical background, definitions in the literature, as well as its reception in the Constitution. The aim is to show the difference between the regulation of the above mentioned legal institution and its application in reality. Here will be proposed to apply the multiperiodality of the working day in Peru, where it might be appropriate in dealing with the problem of labour informality.

**KEYWORDS:** Working day - Hours of work. Multiperiodality.

**SUMMARY:** 1. Introduction. 2. Preliminary notions. 3. The multiperiodicity of the work day. 4. The Italian model. 5. The working day and its constitutional approach in Peru. 6. The working day in the Peruvian regulatory framework. 7. Applying the multiperiodicity of the work day in Peru. 8. Conclusions. 9. Bibliography.

## **1 INTRODUCCIÓN**

En las últimas décadas, producto de diversos factores, en especial los relacionados a la apertura de los mercados a nivel global, la alta competitividad que estos requieren y el

---

Artigo recebido em 20/04/2018.

Artigo aprovado em \_\_/\_\_/\_\_.

<sup>1</sup> Profesor contratado de la Universidad de Milán. Doctorando del PhD en Ciencias Jurídicas en la Sapienza - Universidad de Roma, Magister en Derecho del Trabajo y Relaciones Industriales por la Universidad de Milán, con posgrado en Perfeccionamiento y Alta Especialización en Derecho Laboral por la Universidad de Milán. Con estudios de pregrado realizados en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima. Abogado. Email: irving.rojas@unimi.it

incremento de la demanda de bienes y servicios, se ha dejado traslucir, especialmente en aquellos países en vías de desarrollo y que presentan una industria emergente, la problemática del trabajo en horas extras, relacionado directamente a la disciplina de la jornada de trabajo.

Si bien, los límites de la jornada de trabajo se encuentran dentro de los derechos constitucionalmente protegidos o al menos así lo ha querido el legislador peruano, poco o nada se ha hecho para salvaguardar su cumplimiento, dejando que el empleador se convierta, muy a menudo, en un trasgresor de un mandato constitucional, quien ante las nuevas exigencias del mercado se ha amoldado sobre la marcha a estos cambios, tanto en materia de producción como en la prestación de servicios, trayendo consigo la necesidad fáctica del incremento de las horas de trabajo, la cual busca cubrir a cualquier costo.

El resultado de la exigencia de una mayor productividad no puede solo beneficiar al empleador, quien ha resuelto en parte dicho requerimiento con el facilismo de incrementar las horas de trabajo de sus empleados, ya sea de manera formal o informal. Este nuevo enfoque de producción de los mercados debe respetar principalmente la normatividad vigente, más que buscar beneficiar exclusivamente al empresario. La inobservancia actual de los preceptos normativos perjudica grandemente al trabajador, por lo que darle un sentido a las instituciones jurídicas que se tienen para, en un primer momento, poder formalizar aquellos empleadores que se encuentran fuera de ese orden y luego, otorgar beneficios a aquellos que con su accionar incentivan la buena práctica en la relación laboral, es una tarea que se encuentra hasta ahora pendiente.

En ese orden de ideas, debemos de buscar la interpretación más certera e integral que se pueda dar en lo que concierne a la disciplina laboral de la duración de la jornada de trabajo, con especial importancia al límite máximo semanal de las cuarenta y ocho horas, establecida en la Constitución peruana y en otros ordenamientos jurídicos de Latinoamérica; así como a los instrumentos jurídicos que a ella se pueden aplicar, a partir de las experiencias que se pueda tener de otros países, que resulten sistemáticamente adaptables.

Como vemos, la problemática de la jornada laboral es amplia, no solamente abarca a la relación entre empleador y trabajador, sino va más allá, invade el campo social, acrecentando los índices de subempleo, empleo informal y desempleo, generando solo rédito en favor de uno de los sujetos de la relación laboral, lo cual debería ser un motivo de preocupación por parte del Estado peruano, con mucha más razón si es él, el principal y más grande empleador a nivel nacional.

Afecta también la esfera de los derechos fundamentales, en tanto no se le permite disponer con mayor libertad al trabajador de su tiempo libre, el cual le resta fuera de la

jornada de trabajo preestablecida (porque siempre tendrá que estar disponible para laborar de más), imponiéndole una condición organizativa de su vida en base a jornadas de trabajo muchas veces imposibles, extenuantes e interminables, hecho que también le imposibilita tener un período de reposo adecuado.

Realmente, existe una conexión lógica entre la problemática del trabajo en horas extras con lo que ya nos hablaba Juan Somavía<sup>2</sup> a fines de los ´90, al desarrollar el concepto de “*trabajo decente*”.

## 2 NOCIONES PRELIMINARES

Respecto a la jornada de trabajo, existen diversos conceptos para definirla. Así, tenemos aquellos que son *efectistas* y entienden por jornada de trabajo a:

...el tiempo que cada día – y hoy, pese a lo incorrecto de la expresión, que cada semana o cada año – se dedica por el trabajador a la ejecución del contrato de trabajo; el tiempo de trabajo diario, semanal o anual...lo que el trabajador debe no es realmente tiempo de trabajo, sino el trabajo prestado durante un cierto tiempo, se supone que la jornada se invierte en un trabajo efectivo y real y, en tal sentido, la jornada es una primera aproximación para la medición que el trabajador debe. (Alonso, 1984: 77)

Por otro lado, hay autores que proponen una tesis *disponibilista*, englobando el concepto de jornada de trabajo dentro de «...el tiempo durante el cual, el trabajador se encuentra a disposición del patrón, para cumplir la prestación que le impone el contrato de trabajo». (Colotti, 1954:13)

Un enfoque distinto nos brinda la teoría *restrictivista*, la cual expone que la jornada de trabajo es la medida del tiempo de trabajo, el período durante el cual el trabajador se encuentre a disposición del empleador, aguardando o ejecutando sus órdenes, no pudiendo por ello hacer uso de dicho tiempo libremente (Nascimento, 1991: 485) (Magano, 1992: 29).

En lo que respecta al horario de trabajo, este debe de ser entendido como «la distribución de los períodos de trabajo y descanso de la jornada laboral, con indicación de las horas de principio y fin del trabajo» (Ojeda, Gorelli y otros, 1999: 352); fijándose con ello también las horas puntuales de entrada y salida del centro de trabajo, que previamente son

---

<sup>2</sup> Juan Somavía es un abogado y diplomático chileno, elegido en 1999 como Director General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Fue reelegido para un segundo mandato hasta 2009 y luego para un tercer mandato hasta 2014. El concepto de *trabajo decente* lo expuso en su primera memoria como Director General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en junio de 1999: «Actualmente, la finalidad primordial de la OIT es promover oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana». Disponible en [goo.gl/1ZDEzj](http://goo.gl/1ZDEzj).

establecidos por el empleador, con pleno conocimiento y aceptación del trabajador, quien acatará su cumplimiento, en atención al contrato de trabajo subsistente, dicho de otro modo es el «aspecto distributivo de la jornada diaria» (Ezquerro, 2006:459).

Entonces, es importante tener en claro que cuando nos referimos a la jornada de trabajo, estamos hablando del tiempo real durante el cual el trabajador se encuentra a disposición del empleador, a fin de cumplir con las actividades encomendadas, de la manera más eficaz y efectiva que pueda realizarlas, en tanto este se encuentra obligado a ejecutarlas, en virtud al poder de dirección del empleador (*eterodirezione dell'attività*), que es una característica esencial de la subordinación en el contrato de trabajo (Vallebona, 2015: 179-181). En cambio, al hacer mención al horario de trabajo, nos referimos al inicio y fin del lapso de la jornada laboral, determinando con exactitud la hora de ingreso y de salida en cada día de trabajo.

### **3 LA MULTIPERIODALIDAD DE LA JORNADA DE TRABAJO**

Uno de los fenómenos que trae consigo el nuevo enfoque de productividad en el trabajo es aquel que engloba a la flexibilidad. Las instituciones laborales (jornada de trabajo, remuneración, estabilidad laboral, sindicalización, etc.) que predominaron por muchos años dentro de la relación laboral y que se presentaron por décadas como invariables, ahora ya no lo son más o al menos no como se veían en ese entonces. Anteriormente, el trabajador estaba plenamente convencido, desde el principio, que su situación laboral no cambiaría mucho hasta su jubilación (siempre ejecutaría las mismas labores, recibiría más o menos la misma remuneración, tendría el mismo jefe, laboraría solo un número de horas determinadas). Ahora, dichas instituciones se presentan de manera más variable por las exigencias que requiere el mercado, exigencias que llevan a que el trabajador ya no se presente como un elemento rígido y estático sino más bien dinámico y elástico, más acorde con el concepto flexibilidad, para no quedar así relegado o fuera del mercado laboral.

Por ello, se debe de considerar que la forma en la que opera la flexibilidad en la producción depende de cómo una sociedad define el concepto de bien común, el sacrificio que esté dispuesta a afrontar dependerá del bien que en conjunto se persiga. Es por esta razón que la labor de los Estados resulta fundamental, pues son ellos los que establecen, al interno de sus naciones, cuáles son las directrices en las cuales los mercados y la producción debieran operar (Sennett, 2016: 45-62).

En ese orden de ideas, sabemos que actualmente los ciclos de productividad en un período determinado también resultan variables; por lo que un trabajador, en atención a las facultades de dirección del empleador, se encuentra sujeto a respetar un horario de trabajo preestablecido, pero puede también encontrarse en el supuesto que, durante uno o varios períodos al año, por la poca demanda del mercado de bienes que produce la empresa donde labora o el bajo requerimiento del servicio que ella brinda, no resulta necesario que deba permanecer al interno de su centro laboral o a disposición de su empleador, durante toda la jornada de trabajo; por lo contrario, podrían existir períodos en los cuales esa demanda o requerimiento aumenta y se hace necesaria su participación en jornadas mucho más prolongadas<sup>3</sup>, haciendo que este trabajador, en muchos casos se ve forzado, expresa o tácitamente por el empleador, a laborar en exceso, consciente que su estabilidad laboral depende de ello, acepta dicha condición.

Mucho peor aún es la situación del trabajador que debe permanecer durante varias horas más laborando sin pago de la retribución correspondiente, no solamente se convierte en un acto revestido plenamente de ilegalidad sino también resulta inhumano; porque esa persona que permanece en el centro de trabajo, desarrollando una actividad de manera gratuita (y en muchos casos contra su voluntad), haciendo uso las pocas horas que le restan al día, en las cuales podría dedicarlas a su familia, a instruirse o a efectuar el debido reposo, se encuentra regalando momentos y energías de su propia vida en favor del lucro de un empleador abusivo, tiempo y fuerza que nunca podrá recuperar, que no le traerán retribución de ningún tipo y que seguramente le originarán en el corto plazo complicaciones de salud (física y mental), es por ello que cada vez son más los índices de stress laboral originados por jornadas de trabajo extenuantes<sup>4</sup>.

Partiendo del enfoque principista que todo trabajo debe de ser remunerado, voluntario y no debe agraviar la dignidad del trabajador; resulta evidente que el ser humano sí puede trabajar más de ocho horas diarias (que para el caso del Perú y muchos otros países es el

---

<sup>3</sup> El Consejo de la Unión Europea, a fin de establecer los lineamientos de la regulación del tiempo de trabajo al interno de sus países miembros, ya había prestado atención al concepto de flexibilización de la jornada de trabajo, así en la Directiva 93/104/CE de fecha 23 de noviembre de 1993, considero que: «...habida cuenta de las posibles repercusiones de la ordenación del tiempo de trabajo, parece oportuno prever cierta flexibilidad en la aplicación de determinadas disposiciones de la presente Directiva, al tiempo que se garantiza el cumplimiento de los principios de la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores».

<sup>4</sup> Entre las causas de stress relacionados con la organización en el trabajo, resaltan de particular importancia los aspectos ligados a la ejecución de la prestación, como la excesiva carga laboral, el intenso ritmo de trabajo, la duración y la flexibilidad en la jornada de trabajo o la continua tensión sobre los resultados que por cantidad y calidad resultan desproporcionados en relación a la capacidad del trabajador. Al respecto, cfr. Ludovico, Giuseppe (2011). Lo stress lavoro correlato tra tutela prevenzionistica, risarcitoria e previdenziale. En Rivista del Diritto e della Sicurezza Sociale, anno XI, N° 2, pp 401-434.

límite máximo de la jornada laboral diaria), en tanto tenga salud, se garantice su seguridad durante la prestación, disponga de tiempo y exprese su voluntad.

Asimismo, es evidente que quien labora en horas extras debe ser compensado con una mayor retribución o permitírsele obtener algún tipo de compensación por dicho esfuerzo adicional, en este último punto está la alternativa a plantear a la problemática expuesta, porque el pago de trabajo en horas extras en dinero, no es la única fórmula de compensación que podríamos darle al empleador formal y respetuoso de las normas; y por la cual se vería obligado a desembolsar más de lo que presupuesta como gastos en personal, hecho que evidentemente le podría traer un mayor perjuicio económico y tentarlo a tomar el camino de la informalidad. Se debe favorecer el reconocimiento al trabajador de las horas laboradas demás y por decirlo de algún modo, también no perjudicar al empleador, arribando a un consenso que beneficie a ambas partes.

Así llegamos al concepto de la multiperiodalidad de la jornada de trabajo<sup>5</sup>, el cual debe de ser entendido como la distribución flexible del horario de trabajo, en determinados períodos de tiempo plurisemanales. Tal distribución puede significar que la duración de la prestación puede superar los límites de la jornada de trabajo normalmente establecida por la ley, sin que ello sea calificado como trabajo en horas extras, ya que tal exceso, será compensado con la reducción de las horas que correspondan a otras jornadas de trabajo que se efectúen en el mismo período preestablecido. Este instrumento de flexibilidad, presente ya en diversas naciones, es aplicable en las circunstancias en que la organización del trabajo pueda ser previamente programable, pudiendo conocerse con antelación la carga de trabajo que se tendrá, a razón de la variación de la actividad laboral que pueda consentir una compensación temporal, en el curso de un período determinado, entre fases de mayor y menor intensidad laboral (Marrucci, 2012: 35).

La aplicación de este sistema a los diversos ordenamientos jurídicos en los cuales aún no está presente, constituiría un factor de flexibilidad dentro de la organización interna del

---

<sup>5</sup> Para la elaboración del presente artículo, se ha tomado prestado de la doctrina italiana el término *multiperiodale*, la cual ha venido desarrollando dicho concepto, a partir de lo establecido en el numeral 4 del “*Orario Normale*” del Acuerdo Confederado entre CONFINDUSTRIA, CGLI, CISL y UIL del 12 de noviembre de 1997 y los alcances expuestos por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en el artículo 1 de su Decreto de fecha 3 de agosto de 1999. Téngase en consideración que, tanto lo actuado en el referido acuerdo como en la normativa, se sustentan en lo dispuesto en la Directiva 93/104/104/UE, que en materia de la jornada de trabajo tuvo como objetivo garantizar la salud y la seguridad de los trabajadores. Sin embargo, en Europa, la referencia de dicho término data de un tiempo anterior; así, durante la *Annual Oxford Conference of the Industrial Law Society* de septiembre de 1991, ya se hablaba de dicho instrumento. Al respecto, cfr. MARRUCCI, Mauro (2012). *Orario di lavoro e riposi*, Giuffrè Editore, Milano, p. 4; NAPIER Brian (1992), *Computerization and Employment Rights*. En *Industrial Law Journal*, Vol 21, N° 1, March 1992, Oxford University Press, Oxford, pp 1-14; y RICCI Giancarlo (2008), *Modelli e Tecniche di Flessibilizzazione dell’orario di lavoro in Gran Bretagna*. En Rosario Santucci, Emilio Bellini y Mario Quaranto (a cura di), *ICT e Lavoro Flessibile. Modelli organizzativi, contrattazione collettiva e autonomia individuale*, Franco Angeli, Milano, pp 150-160.

trabajo, permitiendo adecuar los índices de producción a las demandas variables que requiere el mercado de bienes o la necesidad del servicio que se preste, evitando con ello la innecesaria calificación de trabajo en horas extras, con los costos que ello significa para el empleador, al haberse superado el límite máximo de la jornada laboral diaria.

El establecimiento de la multiperiodalidad de la jornada de trabajo puede representar para el empleador no solo una alternativa de solución al pago por trabajo en horas extras, sino también la posibilidad de no efectuar nuevas contrataciones (quizás muchas de ellas a tiempo determinado), pues este instrumento permitiría hacer frente a las exigencias que se crean a partir de los altibajos de la demanda de bienes o servicios, originada por factores estacionales o exigencias del mercado, ligadas cada vez más a la alta competitividad internacional (Ferrante, 2008: 414).

Asimismo, traería consigo un beneficio laboral y real en favor del trabajador, en tanto conocerá con antelación que en un período determinado trabajará semanalmente más horas, pero también sabrá que habrá períodos en los cuales será justamente compensado, laborando menos tiempo del habitual, permitiéndole una mejor organización de su tiempo libre (Vallebona, 2015: 272).

Es importante agregar que la multiperiodalidad de la jornada de trabajo, al igual que redefine la institución de la jornada de trabajo, al mismo tiempo desarrolla aquel del derecho al descanso, constituido ambos como un solo núcleo homogéneo el cual persigue un mismo fin que es el de proteger al trabajador, a través de garantizar las mejores condiciones de salud y de seguridad, que deben estar presentes en toda relación laboral.

Los preceptos relativos a la limitación del horario de trabajo, al descanso diario o semanal<sup>6</sup> y a las vacaciones representan puntos a considerar para la aplicación del instrumento laboral en análisis, los que se proyectan conjuntamente para tener una perspectiva no solo de proteger al trabajador contra la explotación derivada del exceso de trabajo o de trabajo en horas extras no remunerado sino que buscan garantizar el respeto de su tiempo libre y el disfrute de un descanso adecuado, necesario para el restablecimiento de las energías y para la atención de los propios intereses personales (espirituales, afectivos o materiales) del trabajador.

---

<sup>6</sup> Aunque siempre han sido incorporados en la legislación laboral los períodos de interrupción de la actividad laboral; el descanso semanal, además de tener una función de restablecimiento de las energías psicofísicas del trabajador, también incluye una función social, o mejor dicho socializante. Junto al interés personal, también se observa una motivación colectiva, que coinciden en el establecimiento del descanso semanal. Para muchos de los trabajadores dicho tiempo es dirigido a efectuar cualquier actividad complementaria para su desarrollo personal, sean estas deportivas, sindicales, políticas, religiosas, etc. Para un mayor estudio, cfr. Marrucci, Mauro, *op. cit.*, p. 95 y Rendón Vásquez, Jorge (1991). *Derecho del Trabajo*, 2° Ed., Ediciones Tarpuy, Lima, p. 206.

En ese orden de ideas, es preciso agregar que el período de descanso adecuado debe de ser entendido como aquel tiempo habitual, suficientemente largo y continuo que evite que el trabajador, a causa del cansancio, la fatiga u otros aspectos que perturben su normal desempeño laboral ocasionen accidentes de trabajo que puedan lesionarlo a él, a sus compañeros o a un tercero ajeno a la relación laboral. Tal definición gira en la lógica de tutelar la integridad psicofísica del trabajador, imponiendo al empleador el reconocimiento de un período de reposo mínimo pero idóneo para que sus empleados puedan restablecer sus energías, garantizando así una protección apropiada y el respeto a los principios generales que regulan la salud y la seguridad en el trabajo (Bolego, 2004: 77-78).

Las disposiciones contenidas en los diversos ordenamientos extranjeros, que recogen la multiperiodalidad de la jornada de trabajo, confirman principalmente una racional distribución del tiempo de trabajo, no solo justificándose en el simple derecho individual y tradicional que corresponde a la persona humana, sino que además persigue la satisfacción de un interés público que es la tutela de la salud (física, intelectual y moral) del trabajador, cuyo bienestar debe ser una tarea esencial del Estado (Leccese, 2001: 21-22).

#### **4 EL MODELO ITALIANO**

Al respecto, la experiencia italiana es muy alentadora y lleva ya algunas décadas aplicándose de manera satisfactoria, por lo que puede ofrecernos una alternativa de solución a la problemática del trabajo en horas extras, pero teniendo en consideración que no todas las instituciones o leyes resultan «*transplantables*», sino que, cuando se aplica el método comparativo para estos supuestos, debe también considerarse otros aspectos, no solo el conocimiento de la legislación extranjera, sino también el contexto social y político en el que fueron aplicadas, porque su omisión podría conllevar al riesgo de su inaplicabilidad o rechazo (Kahn-Freund, 1974: 27).

Así, debemos de partir de los conceptos esenciales conexos con la multiperiodalidad de la jornada de trabajo; en ese orden de ideas, comenzaremos diciendo que la Constitución italiana no desarrolla ninguna definición respecto a la jornada de trabajo, ni pone límites para su ejecución, señalando solo en el segundo párrafo de su artículo 36<sup>7</sup> que es la ley quien fija el límite máximo de la jornada laboral.

---

<sup>7</sup> «La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge».

Si bien la *Costituzione della Repubblica Italiana*<sup>8</sup> entro en vigencia el 1 de enero de 1948, ya a través del Real Decreto Ley<sup>9</sup> N° 692 de fecha 15 de marzo de 1923, que posteriormente se convirtió en la Ley N° 473 del 17 de abril de 1925, se estableció como jornada máxima de trabajo las ocho horas diarias y las cuarenta y ocho horas semanales para los obreros y empleados de las empresas comerciales e industriales; del mismo modo se encargó de fijar los límites máximos de las horas extras, estableciéndola en dos horas diarias y doce horas semanales (Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, 2003: 235).

Asimismo, dicha regulación fue complementada por la emisión de dos reglamentos que le permitió ser aplicada con mayor claridad y extenderse a otras actividades laborales, así tenemos el Decreto Real N° 1955 del 10 de septiembre de 1923, que reafirmó la determinación del límite máximo de la jornada de trabajo para los obreros y empleados del sector industrial y comercial de cualquier naturaleza, con exclusión del sector agrícola; y el segundo, aprobado con Decreto Real N° 1956 del 10 de septiembre de 1923, que resguardó el límite máximo de la jornada de trabajo en favor de los trabajadores agrícolas.

Así tenemos que, en un primer momento, la jornada de trabajo en Italia se desarrolló de la siguiente manera:

AÑO	NORMATIVA	JORNADA DE TRABAJO
1923	Real Decreto Ley N° 692	8 horas diarias o 48 horas semanales
1926	Real Decreto Ley N° 1096	9 horas diarias
1933	Ley N° 527	8 horas diarias
1937	Real Decreto Ley N° 1768	40 horas semanales
1940	Ley N° 1109	8 horas diarias o 48 horas semanales

Haciendo una primera lectura de lo dispuesto en el artículo 1 del Real Decreto Ley N° 692/1923<sup>10</sup> es posible detectar las imprecisiones causadas por el hecho que el legislador, de

<sup>8</sup> Es importante mencionar que la Constitución italiana en su artículo 1 señala que “Italia es una república democrática fundada en el trabajo”. El texto de la Constitución italiana ha previsto un acuerdo con los ciudadanos basado en el trabajo, pero también basada en la defensa de la sociedad civil contra una excesiva injerencia del Estado, según el principio garantista de la tradición liberal y la experiencia aprendida de la época fascista. En particular, el artículo 3 atribuyó a la República Italiana la obligación de ejecutar las condiciones para alcanzar una mayor igualdad económica entre sus ciudadanos, indispensable para obtener el pleno desarrollo de la persona humana. Al respecto, cfr. Detti, Tommaso y Gozzini, Giovanni (2002). *L’Assemblea costituente e la rottura dell’unità antifascista*. En *Storia contemporanea. Il Novecento*, Paravia Bruno Mondadori Editori, Milano, p.295.

<sup>9</sup> En el ordenamiento legal italiano, el Real Decreto Ley (Regio Decreto Legge-RDL), fue una norma con fuerza de ley dictado por el Consejo de Ministros y promulgado por el Rey durante el período que duró el Reino de Italia (1861-1946).

<sup>10</sup> «Artículo 1

manera simultánea, ha establecido el límite de la jornada de trabajo diaria, así como también ha determinado el límite de la jornada de trabajo semanal (Ichino, 1985: 275).

Al respecto, la doctrina y jurisprudencia italiana ha desarrollado un largo cuestionamiento relativo a la imprecisión de la disyunción “o” expuesta entre el límite diario y semanal, cuya resolución antelada hubiera permitido establecer con claridad, en su momento, lo que debió de ser entendido como jornada de trabajo máxima y lo que debió corresponder al trabajo en horas extras, permitiendo con ello fijar, de manera más eficiente, el monto retributivo correspondiente.

Parte de la doctrina italiana, sostiene una interpretación literal de esta vocal, indicando que debe de ser entendida plenamente como un “o” (conjunción disyuntiva); en consecuencia, no negando la posibilidad de jornadas de trabajo superiores a las ocho horas, pero dentro del límite de las cuarenta y ocho horas semanales, sin considerar las horas diarias trabajadas en adicional a las ocho horas como extraordinaria; y por lo tanto, sin el pago de ninguna remuneración en excedente (D’Eufemia, 1953: 204 y ss.) (De Luca Tamajo, 1987: 6 y ss.) (Sandulli, 1990: 7 y ss.).

Esta tesis de la alternativa entre el límite diario y semanal, resulta la más flexible de aplicarse, la cual encuentra su mayor sustento en que, si los dos límites debían ser entendido como concurrentes, habiendo estado ya en vigor anteriormente, el descanso semanal obligatorio de al menos un día<sup>11</sup>, el enunciado de establecer una jornada de trabajo de cuarenta y ocho horas semanales resultaría de inútil declaración, ya que si solo se puede trabajar como máximo ocho horas al día durante seis días a la semana, resultando reiterativo y redundante fijar la jornada de trabajo semanal en cuarenta y ocho horas.

Otra parte de la doctrina, propone que la «o» debe leerse como un «y» (conjunción copulativa) y que los dos límites deben ser considerados de manera concurrente, destacando también la necesidad de adaptar la interpretación expuesta en la Constitución italiana (artículo

#### Jornada normal de trabajo

La duración máxima normal de la jornada de trabajo para los obreros y empleados de las empresas industriales o comerciales de cualquier naturaleza, incluso si son institución de enseñanza profesional o de beneficencia, así como para las oficinas, servicios públicos, hospitales o en cualquier lugar donde se preste un trabajo asalariado o remunerado, bajo la dirección o control directo de otros, no podrán exceder de las ocho horas al día o cuarenta y ocho horas semanales de labor efectiva.

Este decreto no se aplica a los trabajadores domésticos, al personal directivo de las empresas o a los agentes representantes.

Para trabajos realizados a bordo de embarcaciones, tanto para las oficinas y los servicios públicos, incluso si son administrados por empresas de sector privado, se otorgarán disposiciones especiales». (La traducción corresponde al autor).

<sup>11</sup> La Ley N° 489 de 7 de julio de 1907, publicada en la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* N°174 del 23 de julio de 1907, en su artículo 1 dispuso que: «Los empresarios y directores de empresas industriales y comerciales de cualquier sector, deberán otorgar al personal que no pertenezca a sus familias, pero que laboren en sus empresas, un período de reposo no inferior a veinticuatro horas consecutivas por cada semana» (La traducción corresponde al autor).

36, segundo párrafo), mediante el cual se establece que la determinación del límite máximo de la jornada de trabajo será a través de un mandato legal, lo que ha hecho este mandato constitucional es establecer de forma absoluta y plena la interpretación legal de una normativa de carácter general, impidiendo adoptar la posibilidad que este límite se establezca dentro de un contrato laboral; así pues, se estableció al exceso sobre el límite legal de ocho horas por día el límite global diario de diez horas, incluidas las horas extraordinarias (Pera, 1996: 460-461) (Cassì, 1956: 34-35) (Ballestrero, 1980: 623) (Carabelli, Leccese, 1995: 35) (Scarponi, 1998: 95 y ss.).

Esta lectura de la tesis de la concurrencia<sup>12</sup>, según sus partidarios, se confirma también por las disposiciones del artículo 5 de R.D.L. 623/1923<sup>13</sup>, el cual define a la jornada extraordinaria como la adición de un período a la jornada normal de trabajo, a la que hace referencia el artículo 1; en consecuencia, se presupone una duración fija y no variable para la referida jornada de trabajo (Ichino, 1985: 276-277). En ese sentido, integrando los artículos 1 y 3<sup>14</sup> de la norma en referencia, se puede llegar a la conclusión que la jornada normal de trabajo no puede superar las ocho horas diarias, a los cuales podría añadirse un máximo de hasta dos horas de trabajo extraordinario.

La jurisprudencia italiana tampoco ha logrado establecer un criterio claro y uniforme al respecto. De hecho, tanto el Corte Suprema como los jueces de primera instancia por mucho tiempo han fluctuado entre las dos interpretaciones. Es así como, el Tribunal Supremo en la década de los 80, a pesar de que con anterioridad ya había apoyado la tesis de la concurrencia<sup>15</sup>, en un momento durante esa misma década también llegó a afirmar que el

---

<sup>12</sup> Llamada así, en tanto deben de existir un concurso entre los límites diarios y semanales, con la finalidad de poder determinarse el límite de la jornada normal de trabajo, y no una alternancia en la aplicación de dichos supuestos establecidos en el artículo 1 del Real Decreto Ley N° 692/1923. Al respecto, cfr. SCOGNAMIGLIO, Renato (1996). *Scritti giuridici*, Cedam, Padova, pp. 1103-1120.

<sup>13</sup> «Artículo 5

Trabajo extraordinario

Cuando exista acuerdo entre las partes, es autorizada la adición a la jornada normal de trabajo a que se refiere el artículo 1, de un período extraordinario que no supere las dos horas por día y las doce horas por semana, o una duración promedio equivalente dentro de un período determinado, a condición que, en cada caso, el trabajo extraordinario se contabilice por separado y sea remunerado con un aumento salarial superior al de la jornada normal de trabajo, que no sea inferior al 10% o se dé un aumento correspondiente a la labor realmente ejecutada». (La traducción corresponde al autor).

<sup>14</sup> «Artículo 3

Características del trabajo efectivo

Es considerado trabajo efectivo, para efectos del presente decreto, cada labor que requiera una ejecución frecuente y continua. En consecuencia, no son comprendidos en dicho supuesto las actividades que por su naturaleza o especialidad requieran una labor discontinua o de simple espera o custodia». (La traducción corresponde al autor).

<sup>15</sup> Apoyando la tesis de la concurrencia, se han manifestado el Tribunal de Firenze, 24 de junio de 1989, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1990, p. 168, con nota crítica de Tiraboschi, *Brevi riflessioni in tema di durata massima della giornata di lavoro*; Pretura de Roma, 27 de abril de 1993, en *Giurisprudenza del lavoro nel Lazio*, 1994, p. 419, con nota crítica de Galgani. En sentido contrario se han manifestado la Pretura di

término "o" sólo podía asumir una significancia disyuntiva y que, por lo tanto, los límites de ocho horas al día y cuarenta y ocho horas por semana eran entre ellos alternativos<sup>16</sup>. A pesar de ello, esta interpretación cambia en los años 90, debido a que el Tribunal Supremo, tomando como referencia una decisión de 1983, se acerca nuevamente a la tesis de la concurrencia, llegando a sostener que:

A fin de garantizar el derecho al pago correspondiente a la mejora retributiva por la prestación del trabajo extraordinario, la disposición del artículo 1 del Real Decreto N° 692/1923, debe interpretarse en el sentido que el límite de la jornada diaria de trabajo allí indicada, sea considerado de forma autónoma al del límite semanal, teniendo en cuenta la finalidad de la norma y las características desgastantes que implica el límite máximo de la jornada laboral, que comporta un mayor esfuerzo personal por la realización del trabajo excedente<sup>17</sup>.

Como se aprecia, a pesar de la ambigüedad de la norma, durante esos años se fue afirmando de a pocos la tesis de la concurrencia, según la cual los dos límites deben ser considerados de manera conjunta y no alternativa; en el sentido, la semana de trabajo podía tener una duración máxima normal de cuarenta y ocho horas, repartidas de manera invariable, en seis días de ocho horas, con el séptimo día de descanso.

A finales del siglo pasado, la jornada de trabajo, como institución jurídica en Italia, ha estado sujeta a una modificación parcial, efectuada desde el primer párrafo del artículo 13 de la Ley N° 196, de fecha 24 de junio de 1997<sup>18</sup>, el cual expuso, ateniendo al compromiso del Gobierno italiano, incluido en el Acuerdo para el Trabajo de septiembre de 1996, un límite máximo de cuarenta horas semanales como modificación, reduciendo así la jornada laboral previamente establecida, además señaló que a través de los contratos colectivos nacionales<sup>19</sup> se pueden fijar jornadas laborales de menor duración y referir a la jornada normal de trabajo con la duración promedio que se obtenga de las prestaciones laborales que se ejecuten en un período no superior al año. Dicha norma fue dada con carácter transitoria, a espera de una reforma más profunda en lo que respecta a la jornada de trabajo (Bellomo, 2017: 1047-1049).

Catania, 21 de noviembre de 1985, en *Diritto e pratica del lavoro*, 1986, p. 1227; Tribunal de Cremona, 28 de abril de 1985, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, II, p. 860.

<sup>16</sup> Casación del 17 de mayo de 1958, n. 1632, en *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza*, 1958, p. 379; Casación del 22 de octubre de 1971, en *Foro italiano*, 1971, I, p. 1709; Casación del 2 de junio de 1984, en *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 1984, p. 520.

<sup>17</sup> Casación Civil, Sección Trabajo del 2 agosto 1996, n. 6995, en *Diritto e pratica del lavoro*, 1997, p. 28.

<sup>18</sup> Ley N° 196, de fecha 24 de junio de 1997. «Norme in materia di promozione dell'occupazione». Publicada en la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* N° 154 del 4 de julio de 1997 - Supplemento Ordinario n. 136.

<sup>19</sup> En la doctrina italiana, la Contratación Colectiva Nacional de Trabajo se define como un tipo de contrato laboral de implicancia nacional suscrito entre los representantes de las organizaciones sindicales más representativas y de la asociación de empleadores, evidentemente se arriba a su suscripción previo acuerdo de los puntos pertinentes. Para un mayor estudio, cfr. GIUGNI, Gino (2015). *Diritto Sindacale*, Cacucci Editore, Bari, pp. 165 y ss.

Como se aprecia de la misma norma, se hace alusión a la jornada laboral promedio; además de ello, da una definición legal del concepto de jornada de trabajo, basado en los siguientes supuestos: 1) Cualquier período en el cual el trabajador este en el centro de trabajo; 2) Cualquier período en el cual el trabajador se encuentra a disposición del empleador; y 3) Cualquier período en el cual el trabajador este en el ejercicio de la actividades o funciones propias de la labor por la cual fue contratado (Marrucci, 2012:26).

Pero lo trascendente llegó un poco después, con la exposición dada por Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, al definir en el artículo 1 de su Decreto de fecha 3 de agosto de 1999<sup>20</sup>, los supuestos de aplicación de la multiperiodalidad de jornada de trabajo, para ello señala que:

*En los trabajos de las empresas industriales en las cuales la contratación colectiva nacional prevea la distribución de la jornada de trabajo en fases multiperiodales, las cuarenta horas semanales establecidas por el Real Decreto Ley N° 692 de fecha 15 de marzo de 1923, que fue modificado por el artículo 13 de la Ley N° 196 de fecha 24 de junio de 1997, podrán ser superadas dentro de dichos períodos, que en cualquier caso no podrán exceder del año, siempre que no se supere en promedio, el citado límite de cuarenta horas semanales.*

Como hemos mencionado la multiperiodalidad de la jornada de trabajo o la jornada laboral promedio no es más que el cálculo de la media que se debe efectuar a las horas trabajadas en determinado período, a efectos de establecer, si las hubiese, el número de horas extras ejecutadas por el trabajador y que corresponden ser pagadas por el empleador. Así, en el caso de la legislación italiana, la jornada laboral promedio es de cuarenta horas semanales, pudiendo negociarse, para efectos del cálculo, como límite máximo un período que no supere el año; por lo que, al hacer uso de esta instrumento, los trabajadores tendrán semanas o meses en los cuales laboraran en promedio más de ese límite y para compensar tendrán semanas o meses en los cuales trabajaran períodos más cortos. Las horas laboradas que excedan el límite promedio establecido, luego de efectuado el cálculo correspondiente, deberán ser pagadas por el empleador como trabajo en horas extras. Téngase presente que la norma italiana también establece un período de reposo obligatorio para el trabajador de once horas diarias (Lunardon, 2004: 369), por lo que se puede concluir que el límite máximo de la jornada laboral (incluido cualquier supuesto de trabajo en horas extras) es de trece horas al día (Ferrante, 2010:497).

---

<sup>20</sup> Publicado en la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, Año 140, N° 186, del 10 de agosto de 1999, p. 60. La traducción del texto corresponde al autor.

El Decreto Legislativo N° 66 del 8 de abril de 2003, que derogó la Ley N° 196/1997 antes expuesta, fue emanado producto de las Directivas de la Unión Europea N° 93/104/CE<sup>21</sup> y N° 2000/34/CE, modificando y en algunos casos, dejando sin efecto, las normas dadas en el del siglo pasado, aportando cambios notables, reordenando la normativa correspondiente a la jornada de trabajo, pero salvando literalmente en el primer párrafo de su artículo tercero, lo aportado por Ley N° 196/1997, en lo que respecta la duración normal de la jornada de trabajo semanal, la que fue fijada también en cuarenta horas, (Casotti, Gheido, 2009:15). Añadiendo además en el segundo párrafo de dicho artículo tercero, que mediante la suscripción de los contratos colectivos nacionales se pueda reducir tal límite y permitiendo además el uso de la multiperiodalidad de la jornada de trabajo, a condición de que los límites semanales fijados por la ley sean respetados en un intervalo máximo de un año<sup>22</sup>.

En ese orden de ideas, como se ha descrito en el artículo 3 del referido decreto Legislativo N° 66 del 8 de abril de 2003, vigente a la fecha, la norma italiana otorga dos facultades al contrato colectivo: una, la de establecer la reducción de la jornada normal de trabajo, (solo) para los fines contractuales<sup>23</sup>; y otra, la de poder aplicar la multiperiodalidad de la jornada de trabajo; en consecuencia, en donde la contratación colectiva haya introducido dicho instrumento, el cálculo del número horas trabajadas de manera extraordinaria, recién podrá efectuarse, obviamente, al finalizar cada período preestablecido y en la medida que se superen las cuarenta horas semanales, fijadas por la normativa en mención; debiéndose efectuarse dicho cálculo por separado y con la mejora retributiva correspondiente, conforme se prescribe en el numeral 5 del artículo 5 del referido decreto legislativo<sup>24</sup> (Tiraboschi, Russo, 2003: 19).

---

<sup>21</sup> La Directiva de la Unión Europea N° 93/104/CE establece como noción de *jornada de trabajo*, a cualquier período en el cual el trabajador se encuentra en su centro de labores, a disposición del empleador y en el ejercicio de su actividad y de sus funciones (numeral 1 del artículo 2); añade además el concepto de *período de reposo*, definiéndolo como cualquier período que no califique dentro del supuesto de jornada de trabajo (numeral 2 del artículo 2).

<sup>22</sup> «Artículo 3

Jornada normal de trabajo

1. La jornada normal de trabajo es fijada en 40 horas semanales.

2. Los contratos colectivos de trabajo pueden establecer, para los fines contractuales una duración menor y referir la jornada normal de trabajo al límite promedio semanal de las prestaciones laborales, por un período no superior al año». (La traducción corresponde al autor).

<sup>23</sup> Sobre este punto, en la actualidad continua el debate doctrinal, respecto a los alcances de las facultades del contrato colectivo, no existe un criterio homogéneo que permita establecer con claridad si la reducción de la jornada normal de trabajo, como consecuencia de la negociación colectiva, debiera (o no) influir directamente en el establecimiento del límite máximo semanal, lo que pudiera traer consigo una disminución cuantitativa de dicho límite, produciendo con ello, efectos también en el cálculo de la multiperiodalidad de la jornada de trabajo. Al respecto, cfr. Bolego, Giorgio (2004). Commentario al D.Lgs. N. 66/2003, come modificato dal D.Lgs. N. 213/2004. En Vito Leccese (a cura di), L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie, Wolters Kluwer Italia s.r.l – IPSOA, Milano, pp 80-81.

<sup>24</sup> «El trabajo en horas extras debe ser computado a parte y compensados con la mejora retributiva prevista en el contrato colectivo de trabajo. Los contratos colectivos pueden, en casa caso, consentir que, de manera alternativa

Es preciso agregar que, actualmente la legislación italiana, al referirse al trabajo extraordinario, solo hace referencia expresa a un límite legal total, el cual lo fija en doscientas cincuenta horas extras por cada año, conforme se expone en el párrafo 3 del artículo 5 del referido Decreto Legislativo N° 66 del 8 de abril de 2003<sup>25</sup>.

Asimismo, se extrae de la norma en referencia que, a través del contrato colectivo, se podrían establecer límites a la jornada de trabajo extraordinaria diaria y semanal. Estos límites de trabajo en horas extras, en el caso de la jornada diaria, no podrán exceder como máximo las trece horas, esta delimitación se produce tácitamente, en tanto, la misma norma en referencia, decreta en su artículo 7 un período mínimo de reposo continuo, a favor del trabajador de once horas, en cada intervalo temporal de veinticuatro horas consecutivas.

En esa misma línea, respecto al límites de la jornada de trabajo extraordinaria semanal, el límite máximo que se puede acordar es el de setenta y siete horas, esto producto de la sumatoria de las trece horas diarias que pueden ser requeridas durante los seis días en los que el trabajador podría laborar<sup>26</sup> y atendiendo al descuento correspondiente a los diez minutos de pausa diaria que debe de tener el trabajador como mínimo, en su mismo centro de laborales y dentro del horario de trabajo, conforme lo establece la referida norma en el segundo párrafo de su artículo 8 (Allamprese, 2004: 227-234).

## **5 LA JORNADA DE TRABAJO Y SU ENFOQUE CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ**

En la doctrina peruana se ha ampliamente difundido el concepto de jornada trabajo como el tiempo –diario, semanal, mensual y en algunos casos, anual –, que debe destinar el trabajador en favor del empleador, dentro del marco de una relación laboral y atendiendo a los límites legales y constitucionales establecidos; debiendo de ser puesto de pleno conocimiento del trabajador, antes de iniciar su vínculo laboral (Arce, 2013: 430-431) (Toyama, 2011: 323) (Pasco, 1993: 418).

De otro lado, la jurisprudencia constitucional ha definido a la jornada de trabajo como una unidad de tiempo, que se mide por lapsos en los que el trabajador está a disposición del empleador para el desarrollo de una actividad productiva, bien sea prestando un servicio,

---

o conjunta a la mejora retributiva, los trabajadores puedan disfrutar de reposos compensatorios». (La traducción corresponde al autor).

<sup>25</sup> «Artículo 5

1 A falta de negociación colectiva aplicable, el régimen de trabajo en horas extras es admisible solo previo acuerdo entre el empleador y el trabajador por un período que no supere las 250 horas anuales». (La traducción corresponde al autor).

<sup>26</sup> Téngase presente que el primer párrafo del artículo 9 del Decreto Legislativo N° 66 del 8 de abril de 2003, dispone que, el trabajador, cada siete días, tenga derecho a un período de reposo no menor de veinticuatro horas continuas, que por defecto debiera de coincidir con el domingo.

realizando actos o ejecutando obras. Dicho período no puede ser empleado en beneficio personal<sup>27</sup>.

Respecto a los límites de ocho horas de trabajo diarias o cuarenta y ocho horas semanales como jornada laboral, esta se encuentra establecida en la Constitución Política del Perú<sup>28</sup>, que en su artículo 25 hace una exposición aparentemente clara de dichos términos, pero como ya se ha expuesto existen diversas interpretaciones que pueden darse a la “o” que también se encuentra presente en el enunciado constitucional, para lo cual a fin de lograr una mejor interpretación debemos de hacer uso de los principios generales de derecho laboral, entre ellos el principio *in dubio pro operario*, que actúa como una directriz dada al juez o al intérprete para que adopte, entre varios sentidos posibles de la norma, el que resulte más favorable para el trabajador. Ciertamente es que su aplicación concreta importa que lo sea sólo en caso de duda ya que no se trata de un principio *pro operario* (como comúnmente se le ha conocido) sino *in dubio pro operario*. Su utilización solo se justifica cuando haya dudas en la aplicación de la ley, convenio o su interpretación. No crea la norma sino la integra y debe ser aplicado con moderación, para no vulnerar la *ratio legis* (Vitantonio, 2001: 98).

La razón inspiradora de una norma constitucional debe de ser principista y no una mera exposición declarativa de derechos que no se condicen con la realidad. La problemática social es clara, cada vez se respetan menos los límites de la jornada de trabajo establecida en la Constitución peruana, eso no sería tan malo si se reconociera el pago por trabajo en horas extras, que sería una situación medianamente positiva, pero el empleador formalmente constituido simplemente trata de desconocer ello lo más que pueda, haciendo uso de su condición de ser el extremo más fuerte de la relación laboral. Respecto al empleo informal (que desconoce de plano cualquier derecho laboral distinto a la retribución, o incluso este) podemos decir que los índices están entre los más altos de la región, fluctuando entre un 70% a 80%, dependiendo del rango de edad del trabajador<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 00027-2006-AI, del 29 de enero de 2008, fundamento 19.

<sup>28</sup> Constitución Política del Perú

«Artículo 25°.-Jornada Ordinaria de trabajo

La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo.

Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio».

<sup>29</sup> Según los últimos índices publicados por el Instituto Nacional de Estadística e Informativa del Perú - INEI, en el año 2015, se registraron 8 millones 709 mil unidades productivas (trabajadores), de las cuales el 76,5% son informales (6 millones 666 mil) y el 23,5% son formales (2 millones 43 mil). Además se desprende de dichos índices que el empleo informal afecta en su mayoría a la población joven del Perú, el 87,0% de los menores de veinticuatro años de edad que trabajan lo hacen en condiciones de informalidad; en tanto, en el grupo de veinticinco a cuarenta y cuatro años de edad la informalidad alcanza al 68,7%, en los que tienen entre cuarenta y

Respecto a la jornada de trabajo, para el caso del Perú, las estadísticas publicadas en los últimos años por la OIT<sup>30</sup> continúan siendo preocupantes. Así, los trabajadores que desarrollan sus actividades laborales superando las cuarenta y ocho horas semanales alcanzaban, en promedio, al año 2016 el 26.1%. A nivel de Latinoamérica, solo Chile (10.3%) y Brasil (6.4%) presentan índices razonables respecto a jornadas laborales que superan dicho número de horas semanales<sup>31</sup>. Respecto a Europa<sup>32</sup>, existen indicadores más homogéneos, que fluctúa entre el 4% al 10% de trabajadores que laboran por encima de las cuarenta y ocho horas semanales.

Regresando a lo establecido en la Constitución peruana, tratemos de entender el origen de los límites de la jornada de trabajo que reconoce, remontémonos un poco a lo expuesto por la Confederación General de la Organización Internacional del Trabajo, que en la convocatoria efectuada en Washington por el Gobierno de los Estados Unidos de América el 29 de octubre de 1919<sup>33</sup>, emitió el Convenio sobre las Horas de Trabajo (en la Industria) - C001, que entró en vigor para el Perú recién el 13 de junio de 1921, exponiendo en su artículo 2 lo siguiente:

En todas las empresas industriales públicas o privadas, o en sus dependencias, cualquiera sea su naturaleza, con excepción de aquellas en que solo estén empleados los miembros de una misma familia, la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana, salvo las siguientes excepciones previstas a continuación:

(a) las disposiciones del presente Convenio no son aplicables a las personas que ocupen un puesto de inspección o de dirección o un puesto de confianza;

---

cinco y sesenta y cuatro años abarca al 68,5% y en los mayores de sesenta y cinco años de edad llega al 87,7%. Al respecto, cfr. Nota de Prensa N° 225 del 2 de diciembre de 2016, Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI. [goo.gl/5Cxhs6](http://goo.gl/5Cxhs6).

<sup>30</sup> La OIT ha publicado cuadros estadísticos con diversos indicadores sobre el tiempo de trabajo. Al respecto, cfr. [http://www.ilo.org/ilostat/faces/oracle/webcenter/portalapp/pagehierarchy/Page3.jspx?locale=es&\\_afLoop=879560713947434#!%40%40%3Flocale%3Des%26\\_afLoop%3D879560713947434%26\\_adf.ctrl-state%3D3bkhzsmk6\\_62](http://www.ilo.org/ilostat/faces/oracle/webcenter/portalapp/pagehierarchy/Page3.jspx?locale=es&_afLoop=879560713947434#!%40%40%3Flocale%3Des%26_afLoop%3D879560713947434%26_adf.ctrl-state%3D3bkhzsmk6_62).

<sup>31</sup> Los índices más elevados de jornadas de trabajo que superan las cuarenta y ocho horas semanales, a nivel de Latinoamérica, recaen en países como: Bolivia (32.8%), El Salvador (29.5%), Colombia (29.3%), México (28.6%) y Costa Rica (28.4%). Fuente OIT.

<sup>32</sup> Así, países europeos tales como: Suiza (10.5%), Francia (6.5%), Alemania (6.1%), Países Bajos (5.6%), Suecia (4.9%), Bélgica (4.9%), España (4.8%), Noruega (4.6%) e Italia (4%); presentan índices reducidos y homogéneos respecto a jornadas de trabajo que van más allá de las cuarenta y ocho horas semanales. Fuente OIT.

<sup>33</sup> En aquel entonces el gobierno de los Estados Unidos de América hacia frente a una crisis laboral, una de las más importantes de su historia, la huelga del sindicato siderúrgico que involucró a más de 25 millones de trabajadores de toda la nación; lo mismo sucedía en Europa, conflictos en Alemania, Italia y Francia que llevaron a consolidar jornadas de trabajo de 8 horas. Al respecto, cfr. BOYER Richard y MORAIS Herbert, *Storia del movimento operaio negli Stati Uniti*, Bari, Casa editrice Odoya s.r.l., 2012, pp. 272-281; y ABENDROTH Wolfgang, *Storia sociale del movimento operaio europeo*, Torino, Einaudi Editore s.p.a., 1971, pp. 86-98.

(b) cuando, en virtud de una ley, de la costumbre o de convenios entre organizaciones patronales y obreras (a falta de dichas organizaciones, entre los representantes patronales y obreros) la duración del trabajo de uno o varios días de la semana sea inferior a ocho horas, una disposición de la autoridad competente o un convenio entre las organizaciones o representantes supradichos, podrá autorizar que se sobrepase el límite de ocho horas en los restantes días de la semana. El exceso de tiempo previsto en el presente apartado nunca podrá ser mayor de una hora diaria;

(c) cuando los trabajos se efectúen por equipos, la duración del trabajo podrá sobrepasar de ocho horas al día, y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado por un período de tres semanas, o un período más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana.

Al tenor de esta norma, es preciso indicar que la Constitución peruana, establece que los tratados internacionales suscritos por el Perú pasan a formar parte de su ordenamiento jurídico y como tal no pueden ser desconocidos<sup>34</sup>, por lo que si bien en 1919, año en que se emitió el referido convenio, la idea de flexibilización del trabajo no estaba tan presente como lo está ahora, pero ya empezaba a ganar terreno y tener presencia la ideología fordista<sup>35</sup>, por lo que el mismo convenio en su artículo 4 prevé una excepción, que en la actualidad, por la presencia de la flexibilidad en el trabajo que hemos explicado anteriormente, pasan a ser una regla constante:

«También podrá sobrepasarse el límite de horas de trabajo establecido en el artículo 2 en los trabajos cuyo funcionamiento continuo, por razón de la naturaleza misma del trabajo, deba ser asegurado por equipos sucesivos, siempre que el promedio de horas de trabajo no exceda de cincuenta y seis por semana. Este régimen no influirá en las vacaciones que puedan ser concedidas a los trabajadores, por las leyes nacionales, en compensación del día de descanso semanal».

Por lo tanto, si la distribución constitucional ha sido fijada en cuarenta y ocho horas semanales sería posible alternarlas, aplicando la multiperiodalidad de la jornada de trabajo, en

---

<sup>34</sup> Artículo 55°.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

<sup>35</sup> El fordismo tiene su origen histórico allá por el año 1910, cuando Henry Ford adoptó en sus fábricas la cadena de montaje autónoma. Así, Ford perfeccionaba el taylorismo, incorporando en la tecnología mecánica de la cadena de montaje, el ritmo de trabajo impuesto por la manufactura. Características típicas del modelo ideado por Ford son las grandes dimensiones de los complejos industriales y la producción en masa de bienes estandarizados. Para un mayor estudio, cfr. Bonazzi, Giuseppe (2008). Storia del pensiero organizzativo. Franco Angeli. Milano, pp. 160-180.

tanto este instrumento no contradice otra norma constitucional, como tampoco al aludido convenio de la OIT. También como se aprecia de dicho articulado del convenio en mención, se establece que no podrá superarse las cincuenta y seis horas semanales, este vendría a ser el límite máximo al que podría arribarse cuando se aplique el régimen plurisemanal (e incluso el trabajo en horas extras).

Téngase presente que la multiperiodalidad de la jornada de trabajo, por un tema definición normativa<sup>36</sup>, no entra en el supuesto de la jornadas acumulativas o atípicas que se hace mención en el primer párrafo del artículo 25 de la Constitución peruana, por lo que el límite máximo de tres semanas al que hace referencia el fundamento 29 (precedente vinculante) de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 4635-2004/TC, no resulta aplicable a este instrumento<sup>37</sup>.

Respecto a la aludida sentencia del Tribunal Constitucional, previamente, en su fundamento 28 precisa que, en el caso particular de los trabajadores mineros, la jornada diaria razonable no puede ir más allá de las ocho horas; añadiendo que, atendiendo a las especiales condiciones laborales de la actividad minera, se puede considerar una jornada semanal razonable, que no puede ir más allá de las doce horas diarias durante cuatro días seguidos a la semana y en algunos hasta cinco días; para ello debe de cumplir con el *test* de protección de la jornada máxima de trabajo para los trabajadores mineros, a la que refiere el fundamento 15) de la Resolución del Tribunal Constitucional de fecha 11 de mayo de 2006<sup>38</sup>, que resolvió el pedido de aclaración que efectuara la parte demandada, en relación a la sentencia primigenia.

---

<sup>36</sup> Así, el Informe N°03-2013-MTPE/2/14 del Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo, define a las jornadas acumulativas o atípicas como aquellas que «se caracterizan por no realizarse a diario o bien, se caracterizan por realizarse con importantes intervalos de descanso, en los cuales el trabajador labora jornadas extendidas y luego goza de descansos compensatorios. Este régimen se justifica cuando existen condiciones distintas a las comunes, como sucede usualmente en los casos del sector minero o de hidrocarburos, en los que los trabajadores se encuentran expuestos a altos niveles de riesgo y toxicidad que repercuten en su salud y seguridad, asimismo, cuando los centros de labores se encuentran ubicados en zonas alejadas del hogar del trabajador». Disponible en [http://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/DGT/opinion/informe\\_03\\_2013.pdf](http://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/DGT/opinion/informe_03_2013.pdf)

<sup>37</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 4635-2004/TC, de fecha 17 de abril de 2006, fundamento 29: «Tratándose de jornadas atípicas, en cualquier tipo de actividades laborales, no pueden superar el promedio de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana, ya sea que se trate de un período de tres semanas, o de un período más corto, como lo dispone la Constitución y el Convenio N° 1 de la OIT. Considerando que el artículo 25° de la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarentiocho [sic] horas semanales, ésta prevalecerá sobre cualquier disposición internacional o interna que imponga una jornada semanal mayor, puesto que se trata de una norma más protectora».

<sup>38</sup> Resolución aclaratoria de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 4635-2004/TC:

*“15. Que, si bien la primera parte del fundamento 28 de la sentencia de autos constituye un límite para instaurar jornadas acumulativas, atípicas o concentradas para los trabajadores mineros, compatible con la Constitución y considerando el tipo de actividades que se realiza, en uso del precedente normativo vinculante establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, debe precisarse que tal límite también está sujeto, a su vez, a límites. En ese sentido, la limitación para restringir las jornadas atípicas o acumulativas deberá cumplir, copulativamente, las siguientes condiciones, que constituyen el test de protección de la jornada máxima de trabajo para los trabajadores mineros:*

## 6 LA JORNADA DE TRABAJO EN EL MARCO NORMATIVO PERUANO

A partir de lo expuesto en la Constitución, son muchas las normas que reconocen y regulan la jornada y el horario de trabajo<sup>39</sup>, así tenemos lo expuesto en el Decreto Legislativo N° 854 publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 01 de enero de 1996 y modificado por la Ley N° 27671 del 20 de febrero de 2002; el Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Decreto Supremo N° 007-2002-TR, publicado en el Diario Oficial “*El Peruano*” el 04 de julio de 2002 y su respectivo Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2002-TR.

Del elenco legislativo citado, debemos de reconocer la existencia de un extenso margen de actuación normativa otorgado en favor del empleador, en materia de ordenación del tiempo de trabajo. La flexibilidad respecto a la distribución de jornadas de trabajo ha sido ampliamente tratada en la legislación peruana. Así, el empleador tiene la potestad de establecer el horario de trabajo, es decir la distribución de la jornada durante el día, ello se concreta en el establecimiento de la hora de ingreso y de la salida. Asimismo, según lo dispuesto por el artículo 6 del referido Decreto Legislativo N° 854<sup>40</sup>, el empleador también

- 
- a) *La evaluación caso por caso, teniendo en cuenta las características del centro minero; por ejemplo, si se trata de una mina subterránea, a tajo abierto, o si se trata de un centro de producción minera.*
  - b) *Si la empleadora cumple, o no, con las condiciones de seguridad laboral necesarias para el tipo de actividad minera.*
  - c) *Si la empleadora otorga, o no, adecuadas garantías para la protección del derecho a la salud y adecuada alimentación para resistir jornadas mayores a la ordinaria.*
  - d) *Si la empleadora otorga, o no, descansos adecuados durante la jornada diaria superior a la jornada ordinaria, compatibles con el esfuerzo físico desplegado.*
  - e) *Si la empleadora otorga, o no, el tratamiento especial que demanda el trabajo nocturno, esto es, menor jornada a la diurna.*

*Alternativamente, también podrá exigirse la siguiente condición:*

- f) *Si se ha pactado en el convenio colectivo el máximo de ocho horas diarias de trabajo.”*

<sup>39</sup> Téngase presente que la aun Constitución Política del Perú fue emanada dentro de un gobierno dictatorial, que entre muchas normas restrictivas de derechos laborales promulgó el Decreto Legislativo N° 692, de fecha 05 de noviembre de 1991, que se mantuvo vigente por muchos años, el cual en su artículo 2 señalaba que: “Los empleadores que requieran introducir modificaciones sustanciales en los horarios de trabajo vigentes en los respectivos centros de trabajo deberán celebrar acuerdos directos con sus trabajadores. En defecto de acuerdo de partes resolverá la Autoridad Administrativa de Trabajo, la que deberá tener en cuenta si la variación introducida resulta indispensable para la generación de un mayor número de trabajo o el incremento de la producción y productividad”; dejando prácticamente en manos del empleador la facultad de disponer libremente sobre el número de horas a trabajar por parte de sus empleados y exteriorizando la poca voluntad del gobierno de tener en cuenta la participación de los sindicatos u organizaciones de trabajadores para estos fines.

<sup>40</sup> Artículo 6.- Es facultad del empleador establecer el horario de trabajo, entendiéndose por tal la hora de ingreso y salida, sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 2 inciso d). Igualmente está facultado a modificar el horario de trabajo sin alterar el número de horas trabajadas. Si la modificación colectiva de horario es mayor a una hora y la mayoría de los trabajadores no estuviera de acuerdo, podrán acudir a la Autoridad Administrativa de Trabajo para que se pronuncie sobre la procedencia de la medida en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, en base a los argumentos y evidencias que se propongan las partes. La resolución es apelable dentro del tercer día.

está facultado para modificar el horario de trabajo, siempre que ello no altere el límite máximo de la jornada de trabajo. De acuerdo con esto, el empleador cuenta con la posibilidad de distribuir la fuerza de trabajo y de organizarla de acuerdo con sus objetivos empresariales, al punto que es el empleador quien en definitiva puede fijar la fecha de los descansos, dentro de ciertos límites (Vinatea, 2000: 280-281).

Asimismo, del compendio de normas descritas, podemos rescatar del Texto Único antes referido, que trata sutilmente un mecanismo muy parecido, pero limitado en el tiempo de aplicación, de lo que sería la multiperiodalidad de la jornada de trabajo, la cual hemos desarrollado ya ampliamente, así en el literal b) de su artículo 2 detalla como facultad del empleador:

Establecer jornadas compensatorias de trabajo de tal forma que en algunos días la jornada ordinaria sea mayor y en otras menor de ocho (8) horas, sin que en ningún caso la jornada ordinaria exceda en promedio de cuarenta y ocho (48) horas por semana.

En el sector público, se sigue la misma línea establecida en la Carta Magna, el Decreto Legislativo N° 800, publicada el 3 de enero de 1996, atendió a dichos preceptos constitucionales, sancionando para los servidores un horario continuo en una sola jornada de trabajo al día de siete horas cuarenta y cinco minutos, de enero a diciembre, y de lunes a viernes.

Posteriormente, el Decreto Legislativo N° 1023 de fecha 21 de junio del 2008, en su décima disposición complementaria final, ha establecido que la jornada laboral en el sector público concuerda con los límites diarios y semanales establecidos constitucionalmente como máximos y en caso de que la ley prevea jornadas de trabajo menores a dicho límites, estas serán preferentemente destinada a la atención al público.

Un punto importante de resaltar es que, para la administración pública, independiente del régimen laboral de sus trabajadores, las leyes que anualmente regulan el presupuesto público, de manera reiterativa, han decretado la prohibición del pago del trabajo en horas extras<sup>41</sup>, veto que debe de ser entendido, por conexión lógica, también para la prestación laboral de sus empleados; porque lo que, no es constitucional ni legal el trabajo en sobretiempo sin el correspondiente pago, así sea el empleador el mismísimo Estado.

---

Si la modificación tiene carácter individual, la impugnación de la medida por el trabajador se efectuará conforme a las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

<sup>41</sup> Así, el numeral 8.6 del artículo 8 de la Ley N° 30.518. Ley del presupuesto del sector público para el año fiscal 2017, estableció que: «Las entidades públicas, independientemente del régimen laboral que las regule, no se encuentran autorizadas para efectuar gastos por concepto de horas extras».

Últimamente, el trabajo en horas extras no remunerado (y hasta el remunerado, pero no voluntario) ha despertado un debate legislativo, en tanto existe un cuestionamiento entre si se configuraría como delito de trabajo forzado<sup>42</sup>, tipología recientemente incorporada en la legislación penal o solo acarrearía una sanción administrativa, como eventualmente ha venido siendo tratado sin mayores resultados y es que el sistema de fiscalización laboral en el Perú es más que todo punitivo que educador<sup>43</sup>.

## **7 APLICANDO LA MULTIPERIODALIDAD DE LA JORNADA DE TRABAJO EN EL PERÚ**

Como hemos visto tampoco existe una prohibición o restricción a nivel legislativo que impida el desarrollo de la propuesta expuesta en el presente artículo, por lo que existiendo ya la norma constitucional que prevé el límite máximo semanal, este instrumento del derecho laboral resulta plenamente aplicable a la realidad peruana (u otra aquella que prevea dicho supuesto). Para ello, básicamente se requiere de un mecanismo que resulte de aplicación casi inmediata en donde poder desarrollarlo, que en el caso del Perú resultaría ser el contrato individual de trabajo, el cual podría incluir dentro de una de sus cláusulas la aplicación de la multiperiodalidad de la jornada de trabajo en la relación laboral, con el enunciado que al inicio de cada período se le informará al trabajador sobre como vendrá ejecutado dicho instrumento.

Téngase en consideración que tanto la jornada como el horario de trabajo tienen por parte del empleador una imposición relativa, ya que es el mismo trabajador quien, al suscribir el contrato de trabajo o al aceptar tácitamente las condiciones laborales intrínsecas a él los estaría convalidando (Arce, 2013: 431).

---

<sup>42</sup> Decreto Legislativo N° 1323, de fecha 6 de enero de 2017, en su artículo 1 modifico el Código Penal, señalando lo siguiente: «Artículo 168-B.- Trabajo forzoso

El que somete u obliga a otra persona, a través de cualquier medio o contra su voluntad, a realizar un trabajo o prestar un servicio, sea retribuido o no, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años».

<sup>43</sup> Entendemos que un sistema de fiscalización, para que logre una mayor eficacia, debe tener básicamente tres tipologías de intervención: 1) Preventivo- Promocional: El inspector debe de llegar en primer momento al centro de labores con un carácter instructivo, respecto a las normas laborales, con más razón respecto aquellas que se presentan como novedosas, haciendo una verdadera confrontación del aspecto normativo con la realidad, teniendo y conociendo más el escenario en el cual desarrolla sus actividades. 2) Reconocimiento: Todo empleador que elije cumplir adecuadamente con las normas laborales debe recibir, directa o indirectamente, algún tipo de beneficio de cualquier clase (de preferencia del tipo tributario-fiscal). Si bien existe una obligación expresa de cumplir la norma, la realidad nos muestra que esto no es así, los índices de informalidad superan largamente a los del trabajo formal, por lo que debe de otorgarse un beneficio real que sea un incentivo a la buena fe laboral. 3) Sancionatorio: Intensificar la labor inspectora. El empleador que es descubierto infringiendo sus obligaciones como tal, será acreedor de sanciones considerablemente onerosas y sin ningún tipo de beneficio o dispensa de la falta cometida. Al respecto, cfr. Rausei, Pierluigi (2012). *Ispezioni e nuovo sistema sanzionario*, Wolters Kluwer Italia s.r.l., Milano, p. 6.

Es preciso agregar que la utilización del contrato individual de trabajo emerge como una posibilidad real e inmediata, en tanto no está condicionada a ninguna modificación de carácter constitucional o legal y ante la ausencia fáctica y casi general de la contratación colectiva en el Perú, el cual resultaría, evidentemente, el instrumento más idóneo y natural para la regulación de la multiperiodalidad de la jornada de trabajo, en tanto tutela de manera más adecuada los derechos laborales del trabajador, aportando un equilibrio en la relación laboral.

Si bien esto es así, la inclusión de la multiperiodalidad de la jornada de trabajo, dentro del contrato individual de trabajo, surge como alternativa para su pronta ejecución, toda vez que esperar una evolución significativa de los sindicatos<sup>44</sup>, para recién allí pensar en comenzar gestionar su aplicación a través del contrato colectivo, sería condicionarlo a una realidad que, por múltiples factores, aún no se encuentra presente.

Al respecto es preciso indicar que, en lo que se refiere a la sindicalización en el Perú, la primera información relevante gira alrededor de la tasa de afiliación, de un lado, y la cobertura negocial de otro, que están en la actualidad en el 7% y el 10%, respectivamente, debiendo de señalar que ambas tasas están referidas a los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada. Con ello queda claro que, tras el proceso de desregulación legal vivido en la década de los noventa y tras la caída en picada de la tutela colectiva, la gran mayoría de trabajadores tienen fijadas sus condiciones de trabajo fundamentalmente vía contrato individual de trabajo, salvo los mínimos legales supérstites (Villavicencio, 2010: 36-37).

A este punto, es preciso agregar, que el reconocimiento de la libertad sindical, como un derecho fundamental en el Perú, ha sido el producto de una larga lucha librada por los trabajadores desde los orígenes mismos del Estado liberal, que inicialmente la negó, la persiguió y la sancionó (Blancas, 2011: 402); teniendo ahora un reconocimiento a nivel constitucional<sup>45</sup>, que permite definirla como un conjunto de normas que, por su titularidad, se

---

<sup>44</sup> En el sistema italiano, y en general del europeo, el contrato colectivo nacional tiene una participación estelar en la multiperiodalidad de la jornada de trabajo, debido esto a que los sindicatos tienen una importante presencia social de más de un ciclo; téngase en consideración que durante el 1º Congreso de la Asociación Internacional de Trabajadores que se llevó a cabo en Ginebra en septiembre de 1866, ya se hablaba del movimiento sindical en Europa y de su más grande instrumento, la huelga. Para un mayor estudio al respecto, cfr. Abendroth, Wolfgang (1971). *Storia sociale del movimento operaio europeo*, Einaudi Editore s.p.a., Torino.

<sup>45</sup> Artículo 28º.- El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1. Garantiza la libertad sindical.
2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.
3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.

clasifican en individuales y colectivos; y, por su contenido, en orgánicos y funcionales. Si combinamos ambos criterios, el más importante de los derechos de titularidad colectiva y contenido funcional es el de negociación colectiva. Su relevancia es tal que se dice que el sindicato es un instrumento para mejorar las condiciones económicas y laborales de sus representados, pero el medio del que se vale para ello es la negociación colectiva (Neves, 2014: 108).

Téngase presente que la normativa peruana, a través de lo legislado en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR de fecha 5 de octubre de 2003, ha regulado el contrato colectivo en distintos ámbitos (a nivel empresarial, por actividad o gremio)<sup>46</sup> e incluso con alcance nacional<sup>47</sup>; por lo que, si en algún momento estos incluyeran la multiperiodalidad de la jornada de trabajo, los contratos individuales en los que se encuentren contenidos dicho instrumento, deberán de ajustarse al procedimiento establecido en la negociación colectiva, conforme lo señala el literal a) del artículo 43 del referido Texto Único<sup>48</sup>.

Asimismo, también podrían incluirse otros instrumentos existentes en la disciplina laboral europea, que son plenamente aplicables a la realidad peruana, como son el banco de horas<sup>49</sup>, en tanto la normativa peruana ya prevé un sistema de compensación muy similar<sup>50</sup>,

<sup>46</sup> Artículo 44.- La convención colectiva tendrá aplicación dentro del ámbito que las partes acuerden, que podrá ser: a) De la empresa, cuando se aplique a todos los trabajadores de una empresa, o a los de una categoría, sección o establecimiento determinado de aquella. b) De una rama de actividad, cuando comprenda a todos los trabajadores de una misma actividad económica, o a parte determinada de ella. c) De un gremio, cuando se aplique a todos los trabajadores que desempeñen una misma profesión, oficio o especialidad en distintas empresas.

<sup>47</sup> Artículo 46.- Para que el producto de una negociación colectiva por rama de actividad o gremio tenga efectos generales para todos los trabajadores del ámbito, se requiere que la organización sindical u organizaciones sindicales representen a la mayoría de las empresas y trabajadores de la actividad o gremio respectivo, en el ámbito local, regional o nacional, y que sean convocadas, directa o indirectamente, todas las empresas respectivas.

<sup>48</sup> Artículo 43.- La convención colectiva de trabajo tiene las características siguientes: a) Modifica de pleno derecho los aspectos de la relación de trabajo sobre los que incide. Los contratos individuales quedan automáticamente adaptados a aquella y no podrán contener disposiciones contrarias en perjuicio del trabajador.

<sup>49</sup> Dentro del concepto más amplio de la flexibilidad en la jornada de trabajo, encontramos al mecanismo denominado *banco de horas*, según el cual el trabajador que labora más allá del límite máximo semanal puede no ser inmediatamente retribuido a través de beneficios adicionales, llámese trabajo en horas extras, más bien acumula horas adicionales en una cuenta individual, desde la cual puede conocer cuantas horas de descanso compensatorio podrá disfrutar en las semanas subsiguientes del año, en donde, evidentemente, el requerimiento en el trabajo lo permita y así el trabajador pueda disfrutar de un horario menor al contractualmente previsto. Estos descansos se deducen de la cuenta del banco de horas del trabajador y sin afectar otros derechos laborales ya previstos. Al término del período establecido, las eventuales horas todavía presentes en la cuenta del trabajador vendrán a ser retribuidas y eliminadas del banco de horas. La legislación italiana ha permitido la aplicación de dicho mecanismo, conforme lo estipulado en el quinto párrafo del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 66 del 8 de abril de 200. Al respecto, cfr. Allamprese, Andrea (2004). *Lavoro straordinario*. En Vito Leccese (a cura di), *L'orario di lavoro*. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie, Wolters Kluwer Italia s.r.l – IPSOA, Milano, pp 258-261.

<sup>50</sup> Reglamento Texto único ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por Decreto supremo N° 008-2002-TR, en su artículo 26 establece : “El acuerdo referido a la compensación del trabajo en sobretiempo con el otorgamiento de períodos equivalentes de descanso, a que se

que en la actualidad es la única forma de evitar la monetización del trabajo en horas extras en el Perú, cuyo mecanismo estipula como requisito, la celebración de un acuerdo escrito entre las partes.

Por lo que, en aplicación de este supuesto, tendríamos que en el intervalo de un año (pudiéndose también establecerse períodos menores pero siempre de duración razonable), habrían semanas en las cuales el trabajador podría laborar más de cuarenta y ocho horas, pero con un límite máximo de cincuenta y seis horas semanales (como señala el artículo 4 del Convenio sobre las Horas de Trabajo de la OIT) y otras semanales en las cuales labore un menor número de horas; siempre y cuando, efectuado el cálculo total al finalizar dicho período, no se supere en promedio las cuarenta y ocho horas semanales reconocidas también como límite de la jornada laboral por la Constitución peruana.

Al respecto, la OIT, a través de la R116-Recomendación sobre la reducción de la duración del trabajo, 1962 (número 116), estableció en su numeral 17 que:

*“Excepto en casos de fuerza mayor, deberían fijarse límites al número total de horas extraordinarias que pudieran efectuarse en un período determinado. Dichos límites deberían ser establecidos en cada país por la autoridad o el gobierno competente”.*

A pesar de dicha recomendación y del tiempo transcurrido, el límite máximo a la jornada laboral diaria que incluya también al trabajo en horas extras aún se encuentra pendiente de ser legislado y aplicado en el Perú; por lo que, antes de establecer dicho límite, que debería considerarse “razonable” en su ejecución y aplicable solo en determinadas excepciones, el legislador (y a este punto también el empleador, a fin de poder hacer factible la multiperiodalidad de la jornada de trabajo de manera inmediata) debe evaluar con sumo detenimiento la intensidad de las actividades laborales que se ejecutan, el cansancio físico o mental que podría ocasionar y las consecuencias negativas que éste podría acarrear al trabajador y a la población en conjunto. Cuando más intenso sea el trabajo, mayor será su potencial generador de fatiga y cuando más graves sean las consecuencias negativas de ese cansancio, más bajo debería ser el límite “razonable” que se autorice para una excepción determinada (OIT, 2005: 67).

Ahora, respecto a establecer el pago por trabajo en horas extra, aplicadas a la multiperiodalidad de la jornada de trabajo, estas vendrían a ser definidas como aquellas prestaciones ejecutadas fuera de las horas establecidas semanalmente en promedio (cuarenta y ocho horas), por lo que el trabajo en horas extras para este supuesto no podrá ser calculado en

---

refiere el cuarto párrafo del Artículo 10 de la Ley, deberá constar por escrito, debiendo realizarse tal compensación, dentro del mes calendario siguiente a aquel en que se realizó dicho trabajo, salvo pacto en contrario.”

referencia a la simple jornada laboral diaria, sino una vez superado el límite de la jornada de trabajo semanal. La ejecución de dicho pago deberá realizarse al finalizar el período materia de cálculo.

## **8 CONCLUSIONES**

La escasa participación de las organizaciones de trabajadores en el Perú ha permitido que, en las últimas décadas, las desigualdades en la relación laboral sean mucho más profundas; hecho que no sucede en otras realidades. Por ejemplo, en diversas naciones europeas se ha logrado la reducción de la jornada laboral semanal, sin afectar la remuneración del trabajador, dicho logro se ha producido como una consecuencia natural ante la presencia de la negociación colectiva dentro de la relación laboral y su autonomía normativa, que permite siempre, atendiendo y respetando el ordenamiento jurídico vigente, un mejoramiento en las condiciones laborales del trabajador; y por ende, también de la productividad y rentabilidad de la empresa.

Del mismo modo, la participación de las organizaciones sindicales en los contratos colectivos nacionales han permitido de algún modo negociar el instrumento de la multiperiodalidad de la jornada de trabajo, desde un plano más equilibrado, hecho que por el momento en la realidad peruana no puede darse, por lo que el contrato individual de trabajo se presenta como opción para su aplicación, porque mal se haría en condicionar la inclusión de este instrumento a la participación sindical, menos aún en una sociedad en donde las organizaciones de trabajadores no han alcanzado, por diversos factores, una presencia socio-laboral importante, como sí sucede en Europa, en donde el fenómeno sindical tiene ya un recorrido histórico, continuo e ininterrumpido de más de cien años. Lamentablemente en el Perú el concepto de sindicato como organización de trabajadores ha venido siendo desfigurado, perdiendo terreno frente a la fuerza que agrupa al empresariado, produciendo un desbalance que ya lleva décadas.

La materialización de la multiperiodalidad de la jornada de trabajo, se puede ejecutar de manera inmediata, en tanto esta solo requiere ser incluida dentro del contrato individual de trabajo en todas sus modalidades, los cuales se encuentran regulados por la ley, sea tanto en el sector público como en el privado, como lo hemos visto a lo largo del presente artículo, no existe norma expresa que la prohíba; por lo que, atendiendo a una realidad carente de una atención adecuada al trabajo en horas extras, urge su inclusión como una opción de solución a dicha problemática.

Finalmente, debemos señalar que la materialización de la multiperiodalidad en la jornada de trabajo traería múltiples ventajas, tanto para el empleador, el trabajador y la sociedad. Para el empleador, dicho modelo de organización de la jornada de trabajo le permitirían que las horas adicionales laboradas por sus trabajadores no sean calificadas todas como trabajo en horas extras, permitiendo una reducción del costo económico (desmonetización) que trae consigo dicha labor de temporalidad extraordinaria. Para el trabajador; primero, conocer con certeza y antelación cuál será su jornada real de trabajo; segundo, disponer de períodos de mayor descanso que le permitan disfrutar del único bien irrecuperable, el tiempo; tercero, un mejoramiento en las condiciones laborales en lo que respecta al trabajo en horas extras. A nivel social, acrecentar los niveles de formalización del empleo, evidentemente para hacer uso de este instrumento se debe primero que todo optar por la formalidad, resultando un incentivo para que aquellas empresas informales aclaren la condición laboral en la que sus empleados desarrollan sus actividades y de manera casi simultánea garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores. Téngase en consideración que, a menor explotación laboral mejora evidentemente la calidad de vida del trabajador y, por ende, la del ciudadano.

## 9 BIBLIOGRAFÍA

Abendroth, Wolfgang (1971). *Storia sociale del movimento operaio europeo*. Torino: Einaudi Editore S.P.A..

Agote, Rubén, Otaegui, Eva (2007). «Descanso Semanal, fiestas y permisos». En Salvador del Rey Guanter (a cura di), *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*. 2º Ed. Madrid: Wolters Kluwer España S.A.

Allamprese, Andrea (2004). «Lavoro straordinario». En Vito Leccese (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*. Milano: Wolters Kluwer Italia S.R.L – IPSOA.

Alonso Olea, Manuel (1984). «Jornada de Trabajo y Temas Conexos». *Revista de Política Social*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Enero-Marzo (141), Madrid.

Arce Ortiz, Elmer (2013). *Derecho Individual del Trabajo en el Perú*. 2º Ed. Lima: Palestra Editores S.A.C.

Ballestrero, Maria Vittoria (1980). *Orario di lavoro*. Volumen XXX. En Enciclopedia del Diritto. Milano: Milano.

Bellomo, Stefano (2017). «Orario di lavoro, riposi, ferie: i principi costituzionali, la normativa europea ed il quadro regolativo definito dal d.lgs. 8.4.2003, n. 66». En Giuseppe

Santoro Passarelli (a cura di). *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*. 7° Ed. Milano: Wolters Kluwer Italia S.R.L..

Blancas Bustamante, Carlos (2011). *La cláusula de Estado social en la Constitución: Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Bolego, Giorgio (2004). «Commentario al D.Lgs. N. 66/2003, come modificato dal D.Lgs. N. 213/2004». En Vito Leccese (a cura di). *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*. Milano: Wolters Kluwer Italia S.R.L – IPSOA.

Bonazzi, Giuseppe (2008). *Storia del pensiero organizzativo*. Milano: FrancoAngeli.

Boyer Richard, MORAIS Herbert (2012). *Storia del movimento operaio negli Stati Uniti*, Casa editrice Odoya s.r.l., Bari.

Carabelli Umberto, Leccese Vito (1995). *Orario di lavoro: limiti legali e poteri della contrattazione collettiva*. En Rev. Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali, n. 17. UTET, Torino.

Carinci Franco, De Luca Tamajo Raffaele, TOSI Paolo, TREU Tiziano (2003). *Diritto di Lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato, 5° Ed., Vol. 2*, UTET, Torino.

Casotti Alfredo, Gheido Maria Rosa (2009). *Orario di lavoro*, Wolters Kluwer Italia s.r.l., Milano.

Cassì, Vincenzo (1956). *La durata della prestazione di lavoro vol II*, Giuffrè Editore, Milano.

Colotti, Julio (1954). *Régimen jurídico del descanso. Jornada de trabajo, descanso semanal, feriados, vacaciones anuales, pagas, condiciones especiales de trabajo, estatutos profesionales*, Editorial Pulso, Buenos Aires.

D'eufemia, Giuseppe (1953). *L'orario di Lavoro e i Riposi*. En Umberto Borsi y Ferruccio Pergolesi (a cura di), *Tratatti di Diritto di Lavoro*, Tomo III, Cedam, Padova.

De Luca Tamajo, Raffaele (1987). *Il Tempo di Lavoro (Il Rapporto Individuale di Lavoro)*. En *Il tempo di lavoro, Atti del Giornate di studio AIDLASS*, (Genova, 4-5 aprile 1986), Giuffré Editore, Milano.

Detti Tommaso, Gozzini Giovanni (2002). *L'Assemblea costituente e la rottura dell'unità antifascista*. En *Storia contemporanea. Il Novecento*, Paravia Bruno Mondadori Editori, Milano.

Ezquerra Escudero, Luis (2006). *Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución*, Editorial Atelier, Barcelona.

Ferrante, Vincenzo (2008), *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, G. Giappichelli Editore, Torino.

Ferrante, Vincenzo (2010). *Orario e tempo di lavoro*. En Franco Carinci y Alberto Pizzoferrato (a cura di). *Diritto del Lavoro dell'Unione Europea*, Wolters Kluwer Italia s.r.l., Milano.

Giugni, Gino (2015). *Diritto Sindacale*, Cacucci Editore, Bari.

Ichino, Pietro (1985). *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, Giuffrè Editore, Milano.

Kahn-Freund, Otto (1974). On uses and misuses of comparative law. En *The Modern Law Review*, 37(1):1-27.

Leccese, Vito (2001). *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci Editore, Bari.

Ludovico, Giuseppe (2011). Lo stress lavoro correlato tra tutela prevenzionistica, risarcitoria e previdenziale. En *Rev. del Diritto e della Sicurezza Sociale*, anno XI, N°2, pp. 401-434.

Lunardon, Fiorella (2004). L'organizzazione dell'orario di lavoro tra tutela e flessibilità. La durata della prestazione lavorativa. En *Giurisprudenza Piemontese. Unione Industriale Torino*, pp. 345-374.

Magano, Octávio Bueno (1992). *Manual de direito do trabalho: Direito tutelar do trabalho*, 2° Ed., v. 4, Editora LTR, São Paulo.

Marrucci, Mauro (2012). *Orario di lavoro e riposi*, Giuffrè Editore, Milano.

Napier, Brian (1992), Computerization and Employment Rights. En *Industrial Law Journal*, Vol 21, N° 1, March 1992, Oxford University Press, Oxford pp 1-14.

Nascimento, Amauri Mascaro (1991). *Curso de direito do trabalho*, Editora Saraiva, São Paulo.

Neves Mujica, Javier (2014). Límites al contenido de la negociación colectiva impuestos por el Estado a sus trabajadores. En *Revista Themis*, Año XXXIX, N° 65, Asociación Civil THĒMIS, Lima, pp. 107-116.

Oit, Organización Internacional del Trabajo (2005). *Horas de trabajo ¿De lo fijo a lo flexible?* OIT, Ginebra.

Ojeda Avilés Antonio, Gorelli Hernández Juan y otros (1999). *Diccionario Jurídico Laboral*, Editorial Comares, Granada.

Pasco Cosmopolis, Mario (1993). Jornada y descansos remunerados en el Perú. En Néstor del Buen (Coordinador), *Jornada de trabajo y descansos remunerados*, Editorial Porrúa S.A., Mexico D.F.

Pera, Giuseppe (1996). *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova.

Rausei, Pierluigi (2012). *Ispezioni e nuovo sistema sanzionatorio*, Wolters Kluwer Italia s.r.l., Milano.

Rendón Vásquez, Jorge (1991). *Derecho del Trabajo*, 2° Ed., Ediciones Tarpuy, Lima.

Ricci Giancarlo (2008), Modelli e Tecniche di Flessibilizzazione dell'orario di lavoro in Gran Bretagna. En Rosario Santucci, Emilio Bellini y Mario Quaranto (a cura di), ICT e Lavoro Flessibile. Modelli organizzativi, contrattazione collettiva e autonomia individuale, Franco Angeli, Milano.

Sandulli, Pasquale (1990). Orario di Lavoro. En Enciclopedia Giuridica, XXI, Istituto della Enciclopedia Italiana Fondata da Giovanni Treccani S.P.A., Roma.

Scarponi, Stefania (1998). Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro, Giuffrè Editore, Milano.

Scognamiglio, Renato (1996). Scritti giuridici, Cedam, Padova.

Sennett, Richard (2016). L'uomo flessibile. Le conseguenze del nuovo capitalismo sulla vita personale, 11° Ed., Giangiacomo Feltrinelli Editore, Milano.

Tiraboschi Michele, RUSSO Alberto (2003), Prime osservazioni sull'attuazione della direttiva n. 93/104/CE. En Guida al Lavoro, N° 17.

Toyama Miyagusuku, Jorge (2011). Derecho Individual de Trabajo, Gaceta Jurídica, Lima.

Vallebona, Antonio (2015). Breviario di Diritto del Lavoro, 9° Ed., G. Giappichelli Editore, Torino.

Vinatea Recoba, Luis (2000). Posición competitiva empresarial y flexibilidad. La normativa laboral peruana y su relación con la competitividad empresarial. En Estudios sobre la flexibilidad en el Perú, Documento de Trabajo N° 124, Oficina de área y equipo técnico multidisciplinario para los Países Andino de la OIT, pp. 265-285.

Villavicencio Rios, Alfredo (2010). La Libertad Sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación, Programa Laboral de Desarrollo - Plades, Lima.

Vitantonio, Nicolás (2001). Doctrina Judicial Laboral, Editorial Juris, Rosario.

## RESEAUX D'ENTREPRISES ET CO-EMPLOI: La discipline italienne a l'épreuve du droit comparé\*

### BUSINESS NETWORKS AND CO-EMPLOYMENT: The italian discipline tests comparative law

Luca Ratti<sup>1</sup>

**SOMMAIRE:** 1. La récente juridification du co-emploi dans le droit italien des réseaux d'entreprises. 2. Contextes et visées de l'usage du co-emploi. 3. Les indices et les traces du co-emploi. 3. Les indices et les traces du co-emploi. 4. Co-emploi et diversité des techniques d'imputation, 5. Au-delà du remède, le co-emploi comme concept ambivalent : l'exemple italien.

**SUMMARY:** 1. The recent legalization of co-employment in Italian law of business networks. 2. Contexts and aims of the use of co-employment. 3. Indices and traces of co-employment. 3. Indices and traces of co-employment. 4. Co-employment and diversity of imputation techniques, 5. Beyond the cure, co-employment as an ambivalent concept: the Italian example.

#### 1 LA RECENTE JURIDIFICATION DU CO-EMPLOI DANS LE DROIT ITALIEN DES RESEAUX D'ENTREPRISES

Les réseaux d'entreprises constituent un terrain d'étude privilégié pour l'analyse des transformations de la figure de l'employeur<sup>2</sup>. A chaque fois que cette dernière se multiplie, se dilate, se parcellise, les techniques typiques de protection du salarié en résultent affaiblies, et deviennent parfois même inefficaces<sup>3</sup>. Une telle tendance alimente depuis longtemps les efforts de la doctrine et de la jurisprudence, ce afin de faire rentrer dans les catégories interprétatives habituelles de nombreuses situations différentes que les changements dans la structure des entreprises engendrent<sup>4</sup>.

Le droit italien sur les réseaux d'entreprises constitue une expérience intéressante de juridification de la situation communément appelée *co-emploi*. En 2013, le législateur italien a

---

Artigo recebido em 20/04/2018.

Artigo aprovado em \_\_/\_\_/\_\_

<sup>1</sup> Associate Professor of European and Comparative Labour Law; Director of the Master in European Law at the University of Luxembourg; Doctorate from the University of Bologna (2007); Senior Researcher and Adjunct Professor in Labour Law and Social Security at the University of Bologna (since 2012), Principal Investigator in research projects funded by the Luxemburgish Fond National de la Recherche (FNR) and by the European Commission, focusing on Life Time Contracts, the European Social Model, and the implication for labour rights of the most recent EU regulations concerning the transport sector.

<sup>2</sup> E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », n° 45, 2008, p. 99.

<sup>3</sup> J. Prassl, « The notion of the employer », *The Law Quarterly Review* 2013, p. 380; S. Deakin, « The Changing Concept of the "Employer" in Labour Law », *Ind. Law Journal* 2001, p. 72.

<sup>4</sup> W. Sanguinetti Raymond, « Las transformaciones del empleador y el futuro del Derecho del Trabajo », in Id., *Derecho del Trabajo. Tendencias Contemporáneas*, Editora Jurídica Grijley, Lima 2013, p. 215.

introduit deux normes dans le *corpus* originaire de ladite loi Biagi (décret législatif n. 276/2003.): La première porte sur le détachement des travailleurs et admet le *co-emploi* des salariés d'entreprises différentes appartenant au même réseau (article 30.4-*ter*) ; la seconde autorise l'embauche conjointe de la part de plusieurs entreprises, à condition qu'elles soient agricoles ou appartiennent à un contrat de réseau dans lequel au moins la moitié des entreprises est agricole (article 31.3-*bis*, 3-*ter*, 3-*quater*, 3-*quinquies*).

La référence explicite au *co-emploi* requiert d'identifier sa fonction et d'analyser ses possibles significations juridiques. Face au risque d'attribuer à l'expression un "pouvoir magique" d'indiquer et d'identifier lui-même le domaine de son application<sup>5</sup>, l'étude comparée offre une perspective intéressante, en vertu de laquelle le concept de *co-emploi* constitue essentiellement une technique d'évaluation *a posteriori* de la réalité<sup>6</sup>. De ce fait, le *co-emploi* s'offre comme un remède. Cette caractéristique invite à interpréter restrictivement l'expression *co-emploi*.

## 2 CONTEXTES ET VISEES DE L'USAGE DU CO-EMPLOI

Dans le cadre des systèmes juridiques examinés (Italie, Espagne, Royaume-Uni), on sélectionnera les situations dans lesquelles l'expansion de la figure de l'employeur obéit à des logiques comparables à celles qu'on retrouve dans le système français, en prenant bien soin d'écarter les faux amis qui hantent un panorama – trop rapide – de droit comparé. On identifiera de cette façon les *contextes* et les *finalités* pour lesquelles la multiplication des employeurs se détermine, en fonction d'une plus grande protection des salariés ; on ira ensuite isoler les indices détecteurs de *co-emploi*, considérés comme pertinents dans les contextes ci-dessus ; on essaiera enfin d'examiner les *techniques* d'imputation des relations de travail dans les mains des plusieurs *co-employeurs*<sup>7</sup>, afin de saisir la signification réelle du terme *co-emploi*, utilisé aujourd'hui par la même loi sur les réseaux d'entreprises.

Les groupes d'entreprises représentent la «place de choix» dans laquelle l'idée de *co-emploi* a commencé à s'affirmer<sup>8</sup>. En Espagne, elle est utilisée pour lutter contre la fraude<sup>9</sup>,

<sup>5</sup> J. Dewey, *Logique. La théorie de l'enquête*, Paris, PUF, 1993.

<sup>6</sup> T. Sachs, « Regard français sur le contrat de réseau et la reconnaissance du co-employeur en Italie », in Ales E., Carinci M.T., Gottardi D. (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa (scelte organizzative e diritto del lavoro)*, Giuffrè, Milano, 2014 (en cours de publication).

<sup>7</sup> Pour le cadre réglementaire français v. E. Peskine, « A propos de la responsabilité des sociétés mères en matière de licenciement pour motif économique », RDT 2012. 347.

<sup>8</sup> En France à côté des groupes d'entreprises on trouve la UES : sur les relations entre les deux contextes v. F. Géa, « Le droit du licenciement économique à l'épreuve de la sécurisation de l'emploi », DS 2013. 210; Id., « Groupe de société et responsabilité », RDT 2010. 230; B. Teyssié, « Les groupes de sociétés et le droit du travail

pour calculer la compensation des dommages dans le cas de licenciement abusif, en rapport avec l'ancienneté de service<sup>10</sup>.

En Italie, le *co-emploi* prend un sens plus large, dans le but d'étendre le domaine d'application de la tutelle «réelle» contre le licenciement abusif (article 18, *Statuto dei lavoratori*)<sup>11</sup> et de la réglementation portant sur les licenciements collectifs (article 4, loi n. 223/1991)<sup>12</sup>. Il est également utilisé pour repousser les limites de l'obligation de reclassement dans les licenciements individuels pour motif économique<sup>13</sup>, ainsi que pour étendre à plus d'une société la responsabilité patrimoniale pour les créances salariales impayées réclamées par les travailleurs<sup>14</sup>. Dans le domaine des relations collectives, la reconnaissance d'un *cotitularidad fáctica* de la relation de travail, qu'on peut déduire à partir du principe de la *realidad de las cosas* (articles 1.2 et 8.1, *Estatuto de los Trabajadores*), est une condition préalable à la nomination de *delegados de personal* et de *comité intercentros* (article 87, *ET*) dans le cadre du groupe de sociétés<sup>15</sup>.

Le concept de «*associated employers*» dans le système juridique du Royaume-Uni permet uniquement de prendre en compte, dans le cadre de la continuité de service (*qualifying period*) utile pour l'accès à la protection contre le licenciement abusif (sec. 231 *ERA - Employment Rights Act 1996*), aussi de relations de travail antérieures auprès de différentes entreprises du même groupe<sup>16</sup>. Donc le concept de «*associated employers*» est différent de *co-emploi*. La loi anglaise permet également au juge d'ordonner la réintégration suite à un licenciement déclaré *unfair*, auprès de l'employeur qui avait décidé le licenciement, mais également dans une autre entreprise (*associated*) du groupe (sec. 115 (1), *ERA 1996*)<sup>17</sup>.

Une acception semblable de *co-emploi* est proposé par la Cour de justice, qui a reconnu la possibilité de considérer comme un employeur «cédant» au sens de la Directive 2001/23/CE une société dépourvue de qualification formelle d'employeur, mais auprès de

», DS 2010. 735; P. H. Antonmattei - A. Derue - D. Jourdan - M. Morand, *L'unité économique et sociale. Un périmètre social de l'entreprise*, Lamy, 2011.

<sup>9</sup> M.F. Fernandez Lopez, *Las transformaciones del empleador y sus consecuencias en Derecho del trabajo. Una jurisprudencia «lenta y suave»*, Rel. Lab. 2009. 29.

<sup>10</sup> On peut déduire celà, *a contrario*, d'une décision du *Tribunal Supremo* (STS 3 novembre 2005, *Repsol*, in <http://portaljuridico.lexnova.es/>) qui a nié la possibilité d'évaluer les périodes d'emploi auprès de différentes entreprises d'un même groupe parce qu'il n'y avait aucune preuve concrète pour affirmer la *cotitularidad* de la relation du travail.

<sup>11</sup> Cass., 15 mai 2006, n. 11107, Riv. Giur. Lav. 2007, II, 440; Cass., 29 oct. 2004, n. 20701, Dir. Rel. Ind. 2005, 455.

<sup>12</sup> Cass., 24 mars 2003, n. 4274, Riv. It. Dir. Lav. 2003, II, 74.

<sup>13</sup> Trib. Milano, 3 octobre 2006, *D&L* 2007, 223.

<sup>14</sup> Cass., 22 fév. 1995, n. 2998, *D&L*, 1995, 988.

<sup>15</sup> A.V. Sempere Navarro - M. Areta Martínez, *El Derecho del Trabajo y los Grupos de Empresas: inventario, Revista del Ministerio de trabajo y asuntos sociales*, 2004, 109.

<sup>16</sup> Court of Appeal, *Pickney v Sandpiper Drilling Ltd* [1989] IRLR 425; *Hancill v Marcon Engineering Ltd* [1990] IRLR 51.

<sup>17</sup> S. Deakin, G. Morris, *Labour Law*, Oxford and Portland, 2012, 213.

laquelle étaient régulièrement employés certains travailleurs rémunérés par une autre entreprise du même groupe, de sorte que l'acquéreur a été considéré comme un employeur «ayant des rapports non contractuels»<sup>18</sup>.

Dans le cadre des contrats des marchés de travaux, la *Court of appeal* du Royaume-Uni récupère l'hypothèse de *co-emploi* dans la situation où l'exécution du contrat implique l'exercice conjoint des pouvoirs typiques des employeurs par plusieurs entreprises. La jurisprudence reconnaît que, dans ce contexte, soit le *general employer*, soit le *specific employer* peut exercer, éventuellement à des degrés divers, une influence sur l'activité des travailleurs occupés dans l'exécution du contrat. Le fait donne lieu à une extension de la responsabilité non contractuelle du *general employer*<sup>19</sup>, car il se trouve dans la "meilleure situation économique" (*deeper pocket*), et exercerait le pouvoir de contrôler et de diriger les activités des travailleurs<sup>20</sup>.

Le paradigme du *co-emploi* ne s'est pas diffusé, au contraire, dans le différent contexte du travail par agence d'intérim, dont les règles nationales, en partie modifiées suite à la Directive 2008/104/CE, présentent toujours des différences d'approche importantes<sup>21</sup>. En particulier, le législateur européen rejette la possibilité que l'entreprise utilisatrice et la société d'interim puissent constituer une seule unité, bien que quelques prononces des Courts supérieures<sup>22</sup> et le Livre vert sur la flexicurité<sup>23</sup> laissent ouverte cette possibilité.

### 3 LES INDICES ET LES TRACES DU CO-EMPLOI

Afin de démontrer l'existence d'un «centre unitaire d'imputation» des relations de travail, plusieurs indices se sont développés, calibrés différemment selon les systèmes juridiques, mais en grande partie comparables<sup>24</sup>. Ces indices se répètent de façon presque

<sup>18</sup> Cour de justice, 21 octobre 2010, C-242/09, *Albron Catering*, in *Revue de jurisprudence sociale* 1/2011, p. 8, obs. Moizard.

<sup>19</sup> A. J. Markesinis, S. Deakin, *Tort Law*, Oxford, 2007, 675-676.

<sup>20</sup> P.S. Atiyah, *Vicarious liability in the Law of Torts*, London, 1967, 156.

<sup>21</sup> Y. Feldman, *Ex-ante vs. Ex-post: Optimizing State Intervention in Exploitive Triangular Employment Relationships*, CLL&PJ 2009, 751.

<sup>22</sup> Dans le Royaume-Uni, v. les deux arrêts de la *Court of appeal*: *Dacas v Brook Street Bureau (UK) Ltd.* [2004] IRLR 358; *Cable & Wireless v Muscat* [2006] IRLR 354.

<sup>23</sup> Commission européenne, "Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI<sup>e</sup> siècle", qui dans la version originale dans la résolution même du Parlement européen de l'11 juillet 2007 (par. 62) était destinée à promouvoir, en cas de dualité d'employeurs, « un système de responsabilité conjointe et solidaire ».

<sup>24</sup> A. Perulli, *Gruppi di impresa, reti di imprese e codatorialità: una prospettiva comparata*, Riv. Giur. Lav. 2013, I, 83.

similaire dans les systèmes examinés, où le groupe est considéré comme le lieu de «confusion» des différentes sphères d'intérêts<sup>25</sup>.

La jurisprudence espagnole a considéré comme significatifs de l'existence d'un centre unitaire d'imputation des relations de travail, l'utilisation floue des prestations de travail, le mélange de patrimoines de diverses sociétés, la gestion unifiée, et l'apparence externe du groupe en termes de «*unidad empresarial*», à savoir une situation de confusion montrant au tiers de bonne foi une unité apparente de l'entité d'entreprise<sup>26</sup>. De façon similaire, la *Corte di Cassazione* italienne identifie un groupe de sociétés pertinent pour le droit du travail lorsque peut être constatée l'utilisation simultanée des travaux par les différentes sociétés, sans qu'il soit possible de distinguer les bénéficiaires de telle ou telle partie de la prestation<sup>27</sup>.

Des indices différents sont utilisés par la *common law* anglaise. Deux entreprises peuvent donc être considérées comme *associated* si l'une d'entre elles exerce un contrôle direct ou indirect sur l'autre, ou si les deux sont soumises à un contrôle direct ou indirect d'une troisième entreprise<sup>28</sup>. La distinction est donc donnée par l'existence du *control*, au sens large, qui doit être distingué de la seule possession de la majorité du capital<sup>29</sup>.

#### 4 CO-EMPLOI ET DIVERSITE DES TECHNIQUES D'IMPUTATION

Parmi les effets possibles que l'affirmation du paradigme du *co-emploi* permet d'imaginer en termes d'imputation des relations de travail, les systèmes juridiques examinés montrent une préférence, en premier lieu, pour les mécanismes pour lesquels *un seul* employeur reste responsable, bien que le contexte de multi-employeurs au sein duquel la prestation se situe soit pris en compte<sup>30</sup>. Deuxièmement, sont répandus les dispositifs qui permettent d'étendre de manière *solidaire* la responsabilité à d'autres employeurs aussi, sous réserve de la nécessaire séparation entre les différentes entités juridiques<sup>31</sup>. La responsabilité solidaire représente en fait la solution normale pour toutes ces situations de *co-emploi* dans

<sup>25</sup> Soc. 18 dec. 2013, n° 12-25.686, in *Jurisprudence Sociale Lamy*, 2014, n. 360; Soc. 22 juin 2011, n° 09-69.021, RDT 2011. 634, obs. G. Auzero.

<sup>26</sup> M.C. Lopez Sanchez, *El empleador en las organizaciones empresarial complejas*, Madrid, 2007, 179.

<sup>27</sup> O. Razzolini, « Lavoro e decentramento produttivo nei gruppi di imprese », in M. Aimo - D. Izzi (a cura di), *Esteralizzazioni e tutela dei lavoratori*, Torino, Utet, 2014, 677.

<sup>28</sup> S. Deakin, G. Morris, *Labour Law*, Oxford and Portland, 2012, 214.

<sup>29</sup> B. Bercusson, *Workers, Corporate Enterprise and the Law*, in Lewis R. (ed.), *Labour Law in Britain*, Oxford, 1986, 149.

<sup>30</sup> Sec. 1(6), *Equal Pay Act 1970*, sur l'égalité de rémunération dans le Royaume-Uni, où le travailleur "comparable" peut être trouvé aussi parmi les employés d'un *associated employer*.

<sup>31</sup> I. Alvino, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, Giuffrè, Milano, 2014, 133.

lesquelles il opère une sorte de présomption *iuris tantum* d'utilité commune des prestations rendues aux différents employeurs<sup>32</sup>.

Une force de pénétration mineure a été démontrée par une troisième forme, renforcée, de *co-emploi*, consistant à reconnaître un *centre d'intérêt unique* pour les obligations découlant des relations de travail : cela s'est produit surtout dans les cas d'utilisation frauduleuse de la séparation entre plusieurs entreprises<sup>33</sup>.

Les argumentations suivies par les juges continentaux sont difficiles à comparer avec l'alternative, placée entre les mains du juge dans le système anglais, qui prévoit la réintégration auprès d'une différente entreprise *associated* : il s'agit d'une forme de protection, non seulement pour le travailleur, mais aussi d'une certaine manière pour l'employeur qui a prononcé le licenciement et qui ne sera pas contraint de réintégrer le salarié. En outre, étant donné le petit nombre de cas de *re-employment* dans le Royaume-Uni<sup>34</sup>, l'hypothèse mentionnée n'occupe qu'une place marginale.

A des résultats originaux parvient la *common law* dans la situation où un *general employer* et un *specific employer* exercent une partie des prérogatives typiques de l'employeur sur le même travailleur. Il est considéré comme « tellement partie de la tâche, de l'entreprise ou de l'organisation des deux employeurs, qu'il est juste (*just*) d'appeler les deux à la fois à répondre de sa négligence »<sup>35</sup>. La jurisprudence italienne la plus récente sur l'article 2049 du Code civil italien est en ligne avec cette orientation<sup>36</sup>.

## **5 AU-DELA DU REMEDE, LE CO-EMPLOI COMME CONCEPT AMBIVALENT : L'EXEMPLE ITALIEN**

A l'épreuve du droit comparé, il apparaît que le *co-emploi* a une nature juridique typique de ce que l'on peut appeler un remède. Car il consiste en une technique de protection qui est indépendante de l'affirmation *ex ante* d'un droit. La logique des remèdes est typique des systèmes de la *common law*<sup>37</sup>, mais sa pertinence est de plus en plus reconnue dans de

<sup>32</sup> M. Alonso Olea, E. Casas Baamonde, *Derecho del trabajo*, Madrid, 2005, 176.

<sup>33</sup> En sens critique v. O. Razzolini, « Contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da "unicità di impresa" », *Dir. Lav. Rel. Ind.* 2009, 263.

<sup>34</sup> *Si licet* v. L. Ratti, « I licenziamenti in Gran Bretagna », in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Franco Angeli, Milano, 2014, 146-147.

<sup>35</sup> *Viasystem (Tyneside) Ltd v Thermal Transfer (Northern) Ltd* [2005] IRLR 983; *Horley v Luminar Leisure Ltd* [2006] IRLR 817; *Catholic Child Welfare Society v Various Claimants (1) The Institute of Christian Brothers (2)* [2012] UKSC 56.

<sup>36</sup> Cass. 10 avr. 2014, n. 8410, *Dir. & Giust.* 2014, n. 4, 11; Cass. 14 janv. 2014, n. 531, *Dir. & Giust.* 2014, n. 1, 15.

<sup>37</sup> S.A. Smith, « Rights and Remedies: A Complex Relationship », in R.J. Sharpe, K. Roach (eds), *Taking Remedies Seriously*, Montreal, 2010, 31.

nombreux systèmes juridiques continentaux<sup>38</sup>, ainsi que dans les Principes UNIDROIT et dans ceux du Droit européen des contrats<sup>39</sup>.

Le droit italien pourrait faire sienne cette logique du remède cette logique de remède. Une telle interprétation est plus conforme au système réglementaire dans lequel la disposition s'inscrit et aux valeurs exprimées par celui-là<sup>40</sup>. C'est pourtant une autre voix, plus ambivalente, qui a été empruntée.

La faculté du contrat de réseau de «régler» le *co-emploi* doit être comprise comme visant à savoir lequel, parmi les divers employeurs, est habilité à l'exercice du pouvoir de direction<sup>41</sup>. Dans cette perspective, l'expression «codatorialità» («*co-emploi*») contenue dans le nouvel article 30.4-*ter* de la loi Biagi va au-delà de la logique du remède, ce qui fait prévaloir, en termes d'interprétation de la loi, le profil téléologique sur celui de la logique-systématique. Dans le cadre des réseaux d'entreprises, le *co-emploi* sert la fonction de «circonstance exonératoire», en intégrant une exception ultérieure, en plus de celles du travail intérimaire et du détachement des travailleurs, en ce qui concerne l'interdiction de dissociation entre titularité du rapport de travail et exercice du pouvoir de direction.

Le concept de *co-emploi* se révèle ainsi ambivalent: en fait, il justifie la nécessité de protéger les salariés, mais au même temps constitue un instrument de flexibilité au bénéfice exclusif des entreprises appartenant au réseau. Etant donné que dans ce second sens il identifie un mode de structuration du pouvoir patronal, il cache le risque de multiplier les obligations imposées au travailleur et d'affaiblir sa position, et manifeste, en tant que «technique réversible», une indésirable hétérogénéité des fins<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> G. Smorto, « Sul significato di “rimedi” », Eur. Dir. Priv. 2014, 159; A. Di Majo, *La tutela civile di diritti*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 5-6.

<sup>39</sup> En droit privé italien v. R. Tommasini, *Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2013; P. Sirena, Y. Adar, « La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo », Riv. Dir. Civ. 2012, I, 359; A. Di Majo, « Il linguaggio dei rimedi », Eur. Dir. Priv. 2005, 341.

<sup>40</sup> L. Mengoni, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 1994, spéc. pp. 11 et 17.

<sup>41</sup> L'article 30.4-*ter* affirme que pour les entreprises ayant signé un contrat de réseau on admet le *co-emploi* des employés selon les règles établies par le contrat de réseau lui-même. Cette situation diffère de la co-propriété de la relation dans son ensemble, qui se trouve dans l'hypothèse du recrutement conjoint visé à l'article 31.3-*quater*.

<sup>42</sup> G. Lyon-Caen, *Le droit du travail: une technique réversible*, Dalloz, 1995, p. 6.

## RIGHT TO DISCONNECT: french and italian proposals for a global issue

### DIREITO À DESCONEXÃO: Propostas francesas e italianas para um problema global

Matteo Avogaro<sup>1</sup>

**ABSTRACT:** In recent years, the increasing process of digitization has gradually blurred the boundaries between work and private life. Therefore, new issues concerning workers' protection arose. One of the main topics on this matter is related to employees' tendency to utilize technological devices, as smartphones and tablets, to remain "connected" to their job outside ordinary business hours. In relation to this aspect, the paper addresses the debate and juridical solutions proposed and developed in France, through the *Loi El Khomri*, and in Italy, with the law No. 81/2017 recently approved by Parliament, to introduce a right (and/or an obligation) to disconnect in favour of digitized employees, and in order to protect workers' private life, preventing diseases related to risk of burnout and the augmentation of stress. Furthermore, the analysis will be focused on the social debate related to the abovementioned topic. In particular, it will concern the positions assumed on this matter by main workers' and employers' organizations of the said countries, and their reactions to the initiatives undertaken by legislators, in order to realize a first evaluation concerning the impact of the solutions proposed. Afterwards, the attention will be centered on praxis and tools introduced by collective agreements, in order to verify whether social partners have been able to find more efficient methods to balance work and private life, than the ones suggested by legislators. The outcome of the paper is referred to the actions that ILO could assume, on the base of the experience developed in France and in Italy, to address the future global issue of protecting employees' work-life balance.

**KEYWORDS:** Digitization, right to disconnect, work-life balance, smart working, collective bargaining.

**SUMMARY:** 1. Right to disconnect: a new form of protection for an evolving labour market? 2. The "droit de déconnexion" in France, between the accord Syntec and the *loi el-khomri*. 2.1. The legislative point of view: the *loi el-khomri*. 2.2. The position of social partners and the "obligation to disconnect" in the *accord Syntec*. 3. "Lavoro agile" and the "Italian way" to right to disconnect 3.1. A right for agile workers: the point of view of the Italian legislator. 3.2. Italian social partners: first collective agreements and the request of involvement of workers' organizations. 4. Conclusions: an updated protection of work-life balance as a global issue. 5. References.

**RESUMO:** Nos últimos anos, o crescente processo de digitalização gradualmente enfraqueceu as fronteiras entre o trabalho e a vida privada. Portanto, surgiram novas questões relativas à proteção dos trabalhadores. Um dos principais tópicos sobre esse assunto está relacionado à tendência dos funcionários de utilizar dispositivos tecnológicos, como smartphones e tablets, para permanecerem "conectados" ao seu trabalho fora do horário comercial. Em relação a este aspecto, o artigo aborda o debate e as soluções jurídicas propostas e desenvolvidas na França, através da *Loi El Khomri*, e na Itália, com a lei nº 81/2017, recentemente aprovada pelo Parlamento, para introduzir um direito (e / ou uma obrigação) de desconectar-se em favor dos empregados digitalizados e de proteger a vida privada dos trabalhadores, prevenindo doenças relacionadas ao risco de esgotamento e ao aumento do estresse. Além disso, a análise será focada no debate social relacionado ao tema supracitado. Em particular, dirá respeito às posições assumidas sobre o assunto pelas principais organizações de trabalhadores e empregadores dos referidos países e suas reações às iniciativas empreendidas pelos legisladores, a fim de realizar uma primeira avaliação sobre o impacto das soluções propostas. Posteriormente, a atenção será canalizada na prática e nos instrumentos introduzidos pelos acordos coletivos, a fim de verificar se os parceiros sociais foram capazes de encontrar métodos mais eficientes para equilibrar a vida profissional e privada do que os sugeridos pelos legisladores. O resultado do documento é referido às ações que a OIT poderia assumir, com base na experiência desenvolvida na França e na Itália, para abordar a futura questão global de proteção do equilíbrio entre trabalho e vida pessoal dos funcionários.

---

Artigo recebido em: 06/04/2018.

Artigo aprovado em: \_\_/\_\_/\_\_.

<sup>1</sup> Graduated in Law at the University of Trento, Italy; Master in Labour Law at the University of Venice; Ph.D. Candidate in Labour Law at University of Milan.

**PALAVRAS-CHAVE:** Digitalização, direito à desconexão, equilíbrio trabalho-vida, trabalho inteligente, negociação coletiva.

**SUMARIO:** 1. Direito à desconexão: uma nova forma de proteção para um mercado de trabalho em evolução? 2. O “droit de déconnexion” na França, entre o acordo syntec e o loi el-khomri. 2.1. O ponto de vista legislativo: o loi el-khomri. 2.2. A posição dos parceiros sociais e a “obrigação de desconectar” no acordo syntec. 3. “Lavoro ágil” e o “caminho italiano” ao direito de desconectar 3.1. Um direito para trabalhadores ágeis: o ponto de vista do legislador italiano. 3.2. Parceiros sociais italianos: primeiros acordos coletivos e o pedido de envolvimento de organizações de trabalhadores. 4. Conclusões: uma proteção atualizada do equilíbrio entre vida pessoal e profissional como uma questão global. 5 Referências.

## 1 RIGHT TO DISCONNECT: A NEW FORM OF PROTECTION FOR AN EVOLVING LABOUR MARKET?

The labour market of the two first decades of XXIst century is highly influenced by the evolution of the social context, towards the so called “information society”. Therefore, it is characterized by a growing role of technology and informatics that, gradually, are modifying its nature and structure, undermining principles that were, in the past, consolidated.

In this context, some highly skilled workers have already – through the spreading diffusion of smartphones, tablets and internet mobile connections – the possibility to realize part of their performance, irrespectively, from their office or remotely.

At the same time, the increasing role of new tools – as integrated geo-localization devices, bring your own device (BYOD) policies<sup>2</sup>, big data<sup>3</sup>, cloud technology<sup>4</sup> and a new generation of robots, able to adapt to the surrounding environment or to modify the behaviour on the base of precedent experiences<sup>5</sup> – is going to deeply transform job rhythms and work organization, even in fields, as manufacturing, previously not highly influenced by digitization.

The abovementioned transformation does not affect only traditional contexts, but is one of the main premises of new rising forms of work organization, as Industry 4.0<sup>6</sup>, crowdsourcing or work-on-demand-via-app<sup>7</sup>, where the increased possibilities to work from remote and the

<sup>2</sup> M. WEISS, *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, DRI, 2016, 3, 651 ff.

<sup>3</sup> T. LESTAVEL, *Les promesses très commerciales du “big data”*, *Alternatives économiques*, 2015, 350, 70-73.

<sup>4</sup> G. VALENDUC, P. VENDRAMIN, *Work in the digital economy: sorting the old from the new*, ETUI - European Trade Union Institute, Brussels, 2016, 20.

<sup>5</sup> M. TIRABOSCHI, F. SEGHEZZI, *La fine del lavoro? No, un nuovo inizio*, in E. DAGNINO, M. TIRABOSCHI (edited by), *Verso il futuro del lavoro. Appunti e spunti su lavoro agile e lavoro autonomo*, ADAPT University Press, 2016, 8 ff.

<sup>6</sup> M. BENTIVOGLI, *Sindacato futuro nell’era dei big data e Industry 4.0: la smart factory necessita della smart union*, in *#SindacatoFuturo in Industry 4.0*, ADAPT University Press, 2015, 3 ff.; K.G. DAU-SCHMIDT, *Labor Law 2.0: The impact of new information technology on the employment relationship and the relevance of the NLRA*, *Emory Law Journal*, 2014, 64; J. PAI, *Industry 4.0. The vision for advanced manufacturing*, Central Tool Room & Training, Centre Min of MSME, India, 2014.

<sup>7</sup> T. KALANICK, *The future of work: independence and flexicurity*, 15 October 2015, link: <https://psmag.com/the-future-of-work-independence-and-flexibility-c2d711255dbd#.gpjjhddb> (last consultation: 26 October 2017); M. WEISS, *Digitalizzazione: sfide e prospettive*, *op. cit.*, 652-654.

relevant role of workers' flexibility underline the risk of a tendential reduction of pauses and rest time.

The background described above is not futuristic, but it represents, in some cases, an upcoming mutation destined to be completed within the next decade. As a consequence, new issues concerning organization and quality of work arise.

Traditional models of organization of work are, gradually, losing their relevance: in the meantime, results and contents, instead of time spent at work, become criteria to assess a working performance<sup>8</sup>. Therefore, is the worker's role itself which is moving from the position of an executor to one of a collaborator of the employee<sup>9</sup>. The described modification of the working scenario raises new issues concerning some relevant labour law topics, as work-life balance and protection of health and safety of employees.

With reference to working time, digitization, and the consequent process of "autonomization" of employees, risks to overcome the traditional barriers to the daily working time represented – even if in a context of growing flexibilization – by the maximum number of business hours per day or per week and by mandatory workers' rest periods, regulated by law and/or by collective bargaining<sup>10</sup>. As an example, workers may be requested to remain connected to their company devices, in the evening or during holidays, to reply to e-mails or telephone calls. In the same way, digitization could encourage auto-exploitation of workers, in order to reach or overcome objectives fixed by the employer<sup>11</sup>.

Said working conducts could potentially provoke serious effects on employees' health and on their family life. In the light of above, technological evolution urges a reconsideration of the consolidated concepts of working health and safety. New jobs require new protections, more concentrated in the area of psychosocial disturbs and in preventing stress and its consequences.

The increasing relevance of the link between digitization and work-life balance is highlighted also by recent statistics.

The results of the Sixth European Working Conditions Survey, conducted by Eurofound between February and September 2015, through 35,765 interviews of dependent and

---

<sup>8</sup> ADAPT (edited by), *Audizione informale nell'ambito della discussione congiunta delle risoluzioni 7-00449 Cominardi e 7-00808 Tinagli, concernenti iniziative in materia di occupazione in relazione agli sviluppi dell'innovazione tecnologica*, in E. DAGNINO, M. TIRABOSCHI (edited by), *Verso il futuro del lavoro. Appunti e spunti su lavoro agile e lavoro autonomo*, ADAPT University Press, 2016, 14 ff.

<sup>9</sup> G. DAL PONTE, D. PANDOLFO, G. ROSOLEN, *The future is agile*, 6 June 2016, link: <http://www.bollettinoadapt.it/the-future-is-agile/> (last consultation: 26 October 2017).

<sup>10</sup> M. TIRABOSCHI, *Una regolazione agile per il lavoro che cambia*, in E. DAGNINO, M. TIRABOSCHI (edited by), *Verso il futuro del lavoro. Appunti e spunti su lavoro agile e lavoro autonomo*, ADAPT University Press, 2016, 3 ff.; F. TADDEI, *Il lavoro è cambiato anche nei suoi orari*, *L'Unità*, 29 November 2015, 9.

<sup>11</sup> M. WEISS, *Digitalizzazione: sfide e prospettive*, *op. cit.*, 657-658.

autonomous workers located in 35 European countries, show that 14% of consulted workers admit being concerned “always” or “for the most part of time” of their jobs during the rest period; 21% affirms to be “always” or “in most cases” too tired to get involved in housework and 11% denounces that their own jobs do not allow them “always” or “in most cases” to commit enough time to their family.

As to the time spent at work, 45% of workers that participated to Eurofound interviews admitted that they worked – in last 12 months – during free time to reach the objectives fixed by the employer; 7% retains to be obliged to renounce to part of their odd moments several times each week, and 13% several times in each month<sup>12</sup>.

To reply to the abovementioned instances, experts, social partners and MP of some of the most relevant European countries – in particular, France and Italy – started reasoning on the way to assure to employees a certain and protected rest period from working activity: the different techniques identified by legislators or collective bargaining are generally addressed as “right to disconnect”.

## **2 THE “DROIT DE DÉCONNEXION” IN FRANCE, BETWEEN THE ACCORD SYNTEC AND THE LOI EL-KHOMRI**

France was the first European country to enact a bill concerning right to disconnect, as a consequence of the debate started at the beginning of 2000s<sup>13</sup>.

The matter has been addressed, initially, at company level. In particular, several industries, as Canon and Sodexo, experimented, between 2009 and 2013, internal praxis called “working days without e-mail”, in order to encourage workers to prevent diseases connected to burn-out and dependency conditions related to the mobile devices utilized during their job. In any case, the attempt to introduce these praxis on workplaces did not lead to relevant results<sup>14</sup>. During the same period, in addition, the French Cour de Cassation excluded the possibility to introduce, through case law, a right to disconnect as a legal instrument to protect workers’ health and safety<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> EUROFOUND, *Sixth European Working Conditions Survey*, 2015, link: [http://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef\\_publication-/field\\_ef\\_document/ef1568en.pdf](http://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication-/field_ef_document/ef1568en.pdf) (last consultation: 9 October 2017).

<sup>13</sup> J.-E. RAY, *Le droit à la déconnexion, droit à la vie privée du XXIe siècle*, *Droit Social*, 2002, 939 ff.

<sup>14</sup> C. MORDANT, *Droit à la déconnexion: ce que font (ou pas) les entreprises pour lutter contre l’invasion des mail professionnels*, *Le Monde*, 14 March 2016, link: [http://www.lemonde.fr/economie/article/2016/03/14/les-premiers-pas-des-drh-contre-l-invasion-du-mail-professionnel\\_4882136\\_3234.html](http://www.lemonde.fr/economie/article/2016/03/14/les-premiers-pas-des-drh-contre-l-invasion-du-mail-professionnel_4882136_3234.html) (last consultation: 2 November 2017), 1 ff.

<sup>15</sup> Cass. soc., 29 June 2011, n° 09-71.107; Cass. soc., 24 April 2013, n° 11-28.398.

Notwithstanding, the effort to provide a right to disconnect in favour of French digitized workers obtained a relevant echo at national and international level, and captured also the attention of the legislator and of social partners.

## 2.1 THE LEGISLATIVE POINT OF VIEW: THE LOI EL-KHOMRI

As to the legislative level, the interest concerning a better protection of digitized employees was expressed by French Government during the preliminary studies concerning the reform of labour law then approved in 2016.

The precedent year, indeed, the Ministry of Labour Myriam El-Khomri collected, among numerous experts, a series of reports concerning the labour condition in France<sup>16</sup>, also with reference to the upcoming digitization. The goal was to prepare a wide reform of local labour law.

Of particular pertinence is the report entitled “*Transformation numérique et vie au travail*”, drafted by Bruno Mettling, General director of human resources and internal communication of Orange group<sup>17</sup>. The analysis was, in particular, aimed to assess the impact of digitization on work organization, management and employees’ conditions.

In general, Mettling highlights the need for a more effective definition of autonomous work, insists for the specification of eligibility criteria and main contents of the *forfait-juors* regime<sup>18</sup> and for the introduction, among the parameters to appraise the quality of the employees’ performance, of workload, near to the already considered criterion of working time. More specifically, the author of the report focuses its attention on the right to disconnect<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Among them, the *Rapport Badinter* on the fundamental principles of French labour law, see G. IMPERATORI, *Francia: il Rapporto Badinter, un primo passo verso la riforma del Code du travail* in L. CASANO, G. IMPERATORI, C. TOURRES, (edited by), *Loi travail: prima analisi e lettura. Una tappa verso lo “Statuto dei Lavori” di Marco Biagi?*, ADAPT University Press, 206, 87 ff.; and the *Rapport Combrexelle*, on the local condition of collective bargaining, see A. ORAZI, *Contrattazione collettiva, lavoro e lavoratore. Commento al c.d. “Rapporto Combrexelle”*, Working Paper ADAPT No. 182/2015.

<sup>17</sup> B. METTLING, *Transformation numérique et vie au travail*, 2015, link: [http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/rapport\\_mettling\\_transformation\\_numerique\\_vie\\_au\\_travail.pdf](http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_mettling_transformation_numerique_vie_au_travail.pdf) (last consultation: 5 November 2017).

<sup>18</sup> *Forfait-jours* agreements, regulated from articles L. 3121-53 of *Code du travail*, are a special labour relationship allowing the parties not to respect the ordinary weekly or daily working time. In the derogatory regime, the new limit is represented by the number of days spent at work by the employee during the year; for an outline of recent case law on collective agreements concerning *forfait-jours* see J.-B. COTTIN, *Forfait jours : état des lieux du contrôle jurisprudentiel des accords collectifs*, JCP E 2015, 1080.

<sup>19</sup> A. DOUTRELAU, *Le rapport Mettling veut mesurer l’impact du numérique sur le travail*, *Dalloz actualité*, 17 September 2015, link: <http://www.dalloz.fr/pros.lib.unimi.it/documentation/Document?id=ACTU0174473> (last consultation : 9 October 2017), 1 ff.; C. TOURRES, F. NESPOLI, *Il percorso della Loi travail tra proteste e proposte*, in L. CASANO, G. IMPERATORI, C. TOURRES (edited by), *Loi travail: prima analisi e lettura. Una tappa verso lo “Statuto dei Lavori” di Marco Biagi?*, ADAPT University Press, 2016, 9 ff.

On the base of the analysis of several company collective agreements<sup>20</sup>, the report advise the legislator to safeguard a correct work-life balance suggesting, *inter alia*, to enact rules bestowing to workers the right to disconnect from devices and services utilized during their performance. To guarantee the effectiveness of this right, Mettling underlined also the advisability of a parallel obligation to disconnect bearing on the workers<sup>21</sup>. This expedient would have split the liability concerning the breach of the rule between worker and employer, encouraging the worker not to follow illicit employer's request to remain connected after the allowed time<sup>22</sup> and not to auto-exploiting himself to attempt to improve his performance. Finally, to complete the package of measures concerning work-life balance, Mettling proposed to introduce incentives to push companies to adopt internal policies on the correct and safe utilization of mobile and smart devices, and to include digitization between the parameters concerning the assessment of professional risks<sup>23</sup>.

On 27 February 2016, the French Government published the first draft of its general reform of labour law denominated “*Loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*”, alleged “*Loi Travail*”<sup>24</sup>. The project of reform, strongly contested by trade unions and street protests, was finally approved by French National Assembly in August 2016<sup>25</sup>. It is composed of 6 titles: the third one, named “*Sécuriser les parcours [des salaries] et construire les bases d'un nouveau modèle social a l'ère du numérique*”, comply with the right to disconnect.

The *Loi Travail* adds, in particular, the paragraph 7 to article L. 2242-8 of the French *Code du travail*.

This new rule – in force from 1 January 2017 – prescribes that the mandatory collective bargaining on professional equality between men and women and on quality of work will have to deal with, *inter alia*, “*les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des*

---

<sup>20</sup> L. FAUVARQUE-GOBIN, *La conciliazione vita-lavoro nella Loi travail*, in L. CASANO, G. IMPERATORI, C. TOURRES (edited by), *Loi travail: prima analisi e lettura. Una tappa verso lo “Statuto dei Lavori” di Marco Biagi?*, ADAPT University Press, 2016, 76 ff.

<sup>21</sup> A. DOUTRELAU, *Le rapport Mettling, op. cit.*, 1 ff.

<sup>22</sup> H. GUYOT, *L'adaptation du droit du travail à l'ère numérique*, *JCP S*, 2016, 1310, 2.

<sup>23</sup> AA. VV., *Comment réussir la transformation numérique en entreprise?*, *JCP S*, act., 2015, 341, 1 ff.

<sup>24</sup> E. BARRIOT, B. DOMERGUE, A. BARIET et al., *Projet de loi travail: le renvoi à la négociation d'entreprise est généralise*, *Dalloz actualité*, 19 February 2016, link: <http://www.dalloz-actualite.fr/flash/projet-de-loi-travail-renvoi-negociation-d-entreprise-est-generalise#.WB3-3vnhDIU> (last consultation: 5 November 2017).

<sup>25</sup> A. BARIET, *L'essence de la Loi Travail*, *Dalloz actualité*, 29 August 2016, link: <http://www.dalloz-actualite.fr/flash/l-essentiel-de-loi-travail#.WB39FvnhDIU> (last consultation: 5 November 2017); E. BARRIOT, *Projet de loi Travail: les mesures sur la durée du travail*, *Dalloz actualité*, 26 July 2016, link: <http://www.dalloz-actualite.fr/flash/projet-de-loi-travail-mesures-sur-duree-du-travail#.WB391fnhDIU> (last consultation: 5 November 2017), J.-E. RAY, *La loi qui libère...*, *Droit Social*, 2015, 10, 752 ff.

*outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale*".

The domain of the new regulation is wide, and it is referred, from one side, to company with, in general, at least 50 employees and, in any case, to workers subject to *forfait en heures* or *forfait en jours* regime.

To embrace all these different contexts, the legislator introduced only a general provision, delegating the detailed discipline of the right to disconnect to social partners. According to the first opinions expressed by local experts, the collective agreements concerning right to disconnect may set forth both mandatory provisions and sanctions in case of illegal conduct, and programmatic declarations, aimed to introduce, in workplaces, policies directed to sharpen the attention on work-life balance and on risks represented by work from remote.

In the light of above, the rules of collective agreements concerning right to disconnect might be directed both to employees and to employers. At the end of each working day, for example, workers may be obliged to leave in office company devices, and/or employers might have to turn off servers; another tool could be to add, to internal e-mails or messages sent outside the ordinary working time, a disclaimer indicating that an immediate reply is not requested. In addition, the company workforce could be requested to use indicators showing the relevance and urgency of the topic, at least in relation to internal communications<sup>26</sup>.

Conversely, from the bill approved by the French Parliament has been removed, through an amendment voted by the National Assembly, the statement introducing a legislative obligation, for the employee, to respect the disconnection periods.

Finally, the new law provides solutions also in case the social partners should not reach an agreement about the tools to be used to guarantee the right to disconnect. In this case, paragraph 7 of article L. 2242-8 of the *Code du travail* delegates the employer, unilaterally, to issue a code of conduct in order to assure to the employees the right to disconnect and to enhance attention on a careful utilization of digitized devices. In case the employer should intend to introduce obligations bearing also on employees, the code of conduct will become part of the internal company regulation and, therefore, shall be subject to provisions of French law imposing the involvement of trade unions.

The introduction of the right to disconnect in the list of matters concerned by mandatory collective bargaining could be considered a relevant improvement of local labour law. Of particular importance is the wide field of application of this new right, which reasonably concerns all the companies subject to mandatory collective bargaining, and not only workers

---

<sup>26</sup> H. GUYOT, *L'adaptation du droit du travail*, op. cit., 3.

which executed a contract *forfait-jours*. Conversely, the exclusion from the reform of the concurrent employees' obligation to disconnect, raised a debate: some experts criticised this choice, arguing that this tool would have increased the effectiveness of the reform. On the other side, trade unions underlined the risks concerning the introduction of the said workers' obligation, intended as a mean to free employers from the duty to assure by themselves that the agreed business time would be respected, discharging this encumbrance on employees.

## 2.2 THE POSITION OF SOCIAL PARTNERS AND THE “OBLIGATION TO DISCONNECT” IN THE *ACCORD SYNTEC*

French social partners – as representing the organisations closer to the new issues concerning labour market – for first started reasoning about the right to disconnect, paving the way for the intervention of the legislator.

The introduction of the right to disconnect was supported, in principle, by trade unions. CGT and CFDT indeed, with different strategies, requested to the legislator to assure a better work-life balance and an effective limitation of the working time.

In particular, in 2014 Ugict-CGT launched a campaign to affirm a right to disconnect<sup>27</sup>, basically in favour of the categories of engineers, executives and technicians. The goal of this initiative was to prevent employers, through digitization, to overcome the limits imposed by law and/or collective bargaining to the daily/weekly working time and to oppose the possibility that disconnection would be declined only as a workers' obligation.

The campaign partially succeeded<sup>28</sup> and Ugict-CGT firstly obtained the introduction of the right to disconnect in the Mettling report and the execution of several collective bargaining providing for the abovementioned right. In addition, even if the first draft of the *Loi Travail* contained only a minimal version of the right to disconnect, the bill was modified in June 2016, under the pressure of trade unions, introducing the current paragraph 7 of article L. 2242-8 requesting the employer to arrange with workers' representatives the measures to exercise this right, with the possibility to act unilaterally only in case reaching an agreement were not possible.

Notwithstanding, Ugict-CGT still underlines that the protection assured by the right to disconnect could be improved. The aforementioned organisation contests, *inter alia*, that the

---

<sup>27</sup> S. BINET, *Pour un droit à la déconnexion et une réduction effective du temps de travail*, in *Lettre Économique*, 2014, 7, 1.

<sup>28</sup> CGT, *De nouveaux droits pour garantir la réduction du temps de travail et la santé à l'ère numérique*, 25 November 2015, link: [http://www.ugict.cgt.fr/doc\\_download/413-propositions-redigees-fj-et-deconnexion-25112015](http://www.ugict.cgt.fr/doc_download/413-propositions-redigees-fj-et-deconnexion-25112015) (last consultation: 27 October 2017).

tools individuated to enforce the right should be defined directly by law, clearly indicating that the employer cannot address requests to the employee during the rest periods. In addition, according to this trade union, the duration of the daily or weekly time slot of disconnection should correspond to the number of hours of rest currently assured to the employee by law or collective bargaining<sup>29</sup>. Furthermore, another request, based on best practices adopted in Germany<sup>30</sup>, concerns the introduction of specific instruments providing for the automatic erase of e-mails received by the workers during the period of absence, to allow them to reply to unread correspondence without suffering stress.

In relation to other main trade unions, CFDT shared the positions of CGT with reference to the importance to limit the working time also through a right to disconnect, even if with a less conflictual behaviour with reference to the legislator<sup>31</sup>.

From the employers' side, main doubts have been raised by the representatives of small and medium enterprises. In detail, CPME underlined that the introduction of the right to disconnect in a troubled economic phase, together with other innovations provided by *Loi Travail*, represents a supplementary obligation bearing on employers<sup>32</sup>, that could augment the number of claims before the local Courts and endanger the economic recovery<sup>33</sup>.

From a practical point of view, a first relevant attempt to discipline right to disconnect through collective bargaining was made in 2013, with the *Accord National Interprofessionnel* (ANI) executed on 19th June, that invited employers to experiment new initiatives to warn employees and managers about the importance of the safe utilization of company devices, even introducing periods of disconnection aimed to facilitate a better work-life balance<sup>34</sup>.

---

<sup>29</sup> CGT, *Laissez-nous bien travailler toutes et tous*, 18 December 2015, link: <http://www.ugict.cgt.fr/publications/cadres-infos/laissez-nous-bien-travailler-toutes-tous> (last consultation: 27 October 2017).

<sup>30</sup> Reference is made to the internal policy of the German company Daimler, see M. KAUFMANN, *Deutsche Konzerne Kämpfen gegen den Handy-Wahn*, 17 February 2014, link: <http://www.spiegel.de/karriere/erreichbar-nach-dienstschluss-massnahmen-der-konzerne-a-954029.html> (last consultation: 5 November 2017), 1 ff. and I. ODDO, *ADAPTability/14 – BYOD: la nuova frontiera del lavoro “mobile”*, link: <http://www.bollettinoadapt.it/adaptability13-byod-la-nuova-frontiera-del-lavoro-mobile/> (last consultation: 5 November 2017), 2014, 1 ff.

<sup>31</sup> CFDT, *Arrêtons de penser la durée de travail sur une base hebdomadaire*, 3 Juin 2016, link: [https://www.cfdt.fr/portail/actualites/vie-au-travail/-arretons-de-penser-la-duree-de-travail-sur-une-base-hebdomadaire-srv1\\_367768](https://www.cfdt.fr/portail/actualites/vie-au-travail/-arretons-de-penser-la-duree-de-travail-sur-une-base-hebdomadaire-srv1_367768) (last consultation: 27 October 2017) and CFDT, *Forfait-jours: un relevé déclaratif assure santé et sécurité du salarié*, 28 Septembre 2016, link: [https://www.cfdt.fr/portail/theme/droits-des-salaries/forfaits-jours-un-releve-declaratif-assure-sante-et-securite-du-salarie-srv1\\_384157](https://www.cfdt.fr/portail/theme/droits-des-salaries/forfaits-jours-un-releve-declaratif-assure-sante-et-securite-du-salarie-srv1_384157) (last consultation: 27 October 2017).

<sup>32</sup> A. TONNELIER, *Les petites entreprises entendent peser sur le scrutin présidentiel*, 28 February 2017, link: [http://www.lemonde.fr/economie-francaise/article/2017/02/28/les-petites-entreprises-entendent-peser-sur-le-scrutin-presidentiel\\_5086759\\_1656968.html](http://www.lemonde.fr/economie-francaise/article/2017/02/28/les-petites-entreprises-entendent-peser-sur-le-scrutin-presidentiel_5086759_1656968.html) (last consultation: 25 October 2017).

<sup>33</sup> T. DUBOIS, *Loi Travail: le droit à la déconnexion à l'épreuve de la réalité*, 6 January 2017, link: <http://www.paris-normandie.fr/actualites/economie/loi-travail--le-droit-a-la-deconnexion-a-l-epreuve-de-la-realite-XH7977198> (last consultation: 27 October 2017).

<sup>34</sup> H. GUYOT, *L'adaptation du droit du travail*, op. cit., 2.

From 2014, the increasing diffusion of BYOD policies<sup>35</sup> among several companies, and the growing number of digitized workers, imposed the topic referred to a better protection of work-life balance on the top of the agenda of social partners, and, afterwards, of Government and Parliament.

Hence, several agreements executed in last years tried to introduce a right to disconnect. Among them, one of the most relevant is the one concerning the *contrat forfait-jours*, referred to professional firms, executed on 1st April 2014 by the trade unions CGT-CFDT and the employers' organization Fédération SYNTEC.

The *accord* SYNTEC – concerning a professional sector of about 910,000 workers in France, 76% of them belonging to the category of office workers – prescribed a number of safeguards aimed to protect health, safety and social life<sup>36</sup> of employees who entered in the derogatory regime of *contrat forfait-jours*: in particular, article 4.8.1 deals with an obligation to disconnect.

This article, named “*Temps de repos et obligation de déconnexion*”, bestows to workers who have executed a *contrat forfait-jours* a right to a minimum and essential rest, to be guaranteed in case of exceptional extension of the working day, of 11 consecutive hours per day and of 35 consecutive hours every two weeks.

To assure that the rest periods will be respected, the *accord* SYNTEC introduces, with article 4.8.1, paragraph 5, a worker's obligation to disconnect from company devices, and the possibility for the employer to verify its fulfilment through specific monitoring instruments. In addition, paragraph 7 prescribes that the employer shall be obliged to introduce, in the company regulation, rules and policies directed to guarantee to the employee the freedom to disconnect from the abovementioned tools.

The discipline contained in the *accord* SYNTEC represents one of the most relevant attempts made by social partners to assure to workers a better work-life balance. Notwithstanding, it raised also some objections.

First of all, the *accord* is a collective agreement referred to only one specific category of workers. Besides that, the number of beneficiaries is further reduced because the possibility to disconnect is conferred only to employees who accepted the special regime of *contrat forfait-jours*. Moreover, the collective agreement substantially does not guarantee to workers a general

---

<sup>35</sup> J.-F. FUNKE, *La pratique du BYOD* (“Bring Your Own Device”), *JCP S, act.*, 2015, 36, 1 ff.; P. LUBET, S. CULLAFROZ-JOVER, *La souplesse du droit face à l'usage croissant du BYOD: étude sur la gouvernance des données au sein de l'entreprise connectée*, 18 March 2015, link: <https://www.altanalaw.com/medias/la-souplesse-du-droit-face-a-lusage-croissant-du-byod> (last consultation: 2 November 2017).

<sup>36</sup> A. D'ALANÇON, J. MARTINEZ, *Mise en oeuvre du nouvel accord relatif aux forfaits-jours dans la branche des bureaux d'études (SYNTEC)*, *JCP S*, 2014, 1479, 4.

and wide right to deactivate company devices after work, but it only imposes to the employee an obligation to disconnect, in order to respect the minimal daily and weekly rest periods. For this reason, finally, the wording of the rule is not detailed and does not specify time and methods to exercise it, as appear from article 4.8.1, paragraph 7<sup>37</sup>.

### 3 “LAVORO AGILE” AND THE “ITALIAN WAY” TO RIGHT TO DISCONNECT

#### 3.1 A RIGHT FOR AGILE WORKERS: THE POINT OF VIEW OF THE ITALIAN LEGISLATOR

With reference to Italy, the debate about a law concerning the right to disconnect<sup>38</sup> and smart working concretely started in 2016, partially as a result of the initiative taken by the French legislator. Until last year, indeed, the respective regulatory framework appeared to be limited to collective bargaining and company practices.

In 2016, the Government, and in the meantime a group of members of Parliament, advanced two proposals to regulate this phenomenon, still enclosed in the more general framework of the discipline of smart working (in Italy, “lavoro agile”). These bills, identified as No. 2229 and 2233, were introduced in the Italian Senate.

The bill No. 2229, proposed by MPs Sacconi, D’Ascola, Marinello and Pagano, explicitly recognized the right to disconnect through article 3, paragraph 7, which indicated that the worker “*have right to disconnect from technological devices and from on-line platforms without bearing any consequence on the prosecution of the labour relationship and on compensation*”. In any case, the measures to benefit of the right to disconnect would have to be adopted respecting: i) the objectives agreed with the employer; ii) the implementing criteria set by the occupational health physician; and iii) the possible period of availability of the worker.

Following the scheme of bill No. 2233<sup>39</sup>, introduced by the Government, the right to disconnect was regulated by article 16: this provision, concerning in general the form of the mandatory agreement to be executed between a worker and an employer to accede to smart

---

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> M. MASCHKE, *Digitalisation: challenges for company codetermination*, ETUI Policy Brief, 2016, 7, 1 ff.; *contra* F. ROTONDI, *Diritto alla disconnessione: perché vietare ciò che è già vietato?*, 12 September 2016, link: <http://formiche.net/2016/09/12/diritto-alla-disconnessione-perche-vietare-cio-che-e-gia-vietato/> (last consultation: 9 October 2017), 1 ff.

<sup>39</sup> V. PINTO, *La flessibilità funzionale e i poteri del datore di lavoro. prime considerazioni sui decreti attuativi del "Jobs Act" e sul lavoro agile*, RGL, 2016, 2, 345 ff.; E. DAGNINO, *Lavoro agile: una questione definitoria*, 25 November 2015, link: <http://www.bollettinoadapt.it/lavoro-agile-una-questione-definitoria/> (last consultation: 29 October 2017), 1 ff.; M. SACCAGGI, *Primo commento al “lavoro agile”: finalità e ipotesi regolatorie*, 2 November 2015, link: <http://www.bollettinoadapt.it/primo-commento-al-lavoro-agile-finalita-e-ipotesi-regolatorie/> (last consultation: 29 October 2017), 1 ff.

working regime, established, for the parties, an obligation to indicate the technical and organizational measures functional to assure to the worker the right to disconnect from technological devices utilized to realize the performance.

The bills No. 2229 and No. 2233 of 2016 were then joined in a common proposal – bill No. 2233-B – passed by the Parliament as part of Law No. 81/2017<sup>40</sup>.

In particular, Law No. 81/2017 deals with “lavoro agile” from article 18 to article 24 and represents a general reprisal of contents of bill No. 2233.

Article 18, paragraph 1 of Law No. 81/2017 confirms that smart working is not intended as a new labour agreement, but as a particular kind of dependent work, aimed to enhance competitiveness of companies and ease conciliation between work and private life. The agreement to accede to the smart working regime must be in written form and, as per article 19 of Law No. 81/2017, must regulate the activity that the worker could carry on outside the premises of the factory, also with reference to instruments and devices needed to realize the performance and to the way in which the employer can exercise his power of direction. Finally, the law passed on 10 May 2017 introduces other rights and guarantees for the smart workers, as the ones concerning formation (article 20), limits to the employer’s power of control (article 21), workers’ health and safety (article 22) and the extension of the mandatory assurance against injuries or professional illnesses also to the activity performed outside the factory (article 23).

The right to disconnect is dealt with by article 19 of Law No. 81/2017. The provision specifies that the written agreement between worker and employer must also regulate the rest periods of the employee and indicate the technical and organizational measures taken by the parties to assure to the worker the right to disconnect from company devices.

The Italian legislator – partially following the French example – has drafted the rule concerning the right to disconnect only as a cornice: no mention is made to time slots that might have to remain free from employer’s solicitations, or to specific instruments to ensure worker’s rest periods<sup>41</sup>. The right to disconnect is a mandatory element of the agreement that the parties of the labour relationship have to execute to accede to smart working regime, therefore its field of application is limited to smart workers, and less extended from the French rule. The content of the right, in any case, may be implemented by collective agreements. In addition, also in

---

<sup>40</sup> In particular, the first part of Law No. 81/2017 is referred to measures to improve social and juridical protection of autonomous workers, while the second part deals with the discipline of smart working. With reference to the latter, see D. POLETTI, *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei "diritti digitali"*, *Resp. Civ. e Previd.*, 2017, 1, 8 ff.

<sup>41</sup> E. DAGNINO, I. MOSCARITOLO, *Diritto alla disconnessione: un diritto di nuova generazione?*, 19 September 2016, link: <http://www.bollettinoadapt.it/diritto-alla-disconnessione-un-diritto-di-nuova-generazione/> (last consultation: 19 October 2017).

Italy the legislator excluded to enact an employee's obligation to disconnect, embracing trade unions' instances and in the light not to undermine the principle enshrined on article 2087 of Italian Civil Code, ascribing exclusively to the employer the duty to adopt all needed means to assure the protection of employees' health.

### **3.2 ITALIAN SOCIAL PARTNERS: FIRST COLLECTIVE AGREEMENTS AND THE REQUEST OF INVOLVEMENT OF WORKERS' ORGANIZATIONS**

The bill concerning smart working was, in general, appreciated by main social partners. As to workers' organizations, the proposal met the positive reaction of CISL, that through the metalworkers' federation FIM stressed the importance of the provisions introducing an obligation of written form for the agreement to accede to the smart working regime, and to whom the bill represents a first step to adapt Italian labour law framework to the upcoming new technological revolution<sup>42</sup>. Even CGIL, that initially criticised the proposal highlighting the risks connected to an undeclared augmentation of the working time, then recognised some positive aspects of the of the Law No. 81/2017, as the provisions allocating smart workers in the domain of dependent work.

In any case, both CISL and CIGL – in the memories presented, respectively, during the auditions before the Labour Commission of the Senate in March 2016, and before the Labour Commission of the Chamber of Deputies at the beginning of 2017, demanded to improve the bill, without achieving the consent of the Parliament.

With specific reference to the right to disconnect, CISL, being concerned to risks that attain to an individual agreement setting the conditions of smart work, insisted for the introduction of a provision expressly recognising at least the priority regulative role of collective agreements, to be executed by the most representatives trade unions according to criteria of art. 51 of Legislative Decree 81/2015<sup>43</sup>. CGIL demanded to provide for specific rules to protect the smart workers' privacy and personal data that could be revealed when the employee exercise the right to disconnect, and to prevent the employer to utilize specific tools to survey workers when they are outside their offices. Both workers' organisations, finally, requested to the Parliament to provide for stronger tax incentives for employers accepting to regulate smart work and right to disconnect through collective bargaining, and to provide for

---

<sup>42</sup> CISL, *Audizione della Cisl presso la Commissione lavoro, previdenza sociale del Senato della Repubblica*, 8 March 2016, link: <https://www.cisl.it/attachments/article/1963/Audiz%20Cisl%20presso%20Comm%20Lavoro%20Senato%208-3-2016%202.pdf> (last consultation: 23 October 2017).

<sup>43</sup> *Ibidem*.

more guarantees concerning the workers' possibility to leave from the smart working agreement without the interruption of the labour relationship<sup>44</sup>.

With reference to employers, Confindustria generally appreciated Law No. 81/2017, and in particular agreed with trade unions about the importance of the expressed indication that "agile workers" are employees, in order to avoid any ambiguity of law that could increase the number of juridical proceedings. As to right to disconnect, Confindustria does not directly deal with the topic, but suggests two amendments that could endanger its effectiveness<sup>45</sup>. The first one is the request to modify the aforementioned law, in order to provide for a general equivalence between a working day spent to the employer's premises and one passed under the smart working regime, consequently excluding the employers' liability in case the worker should overcome the maximum daily time while working under the smart regime. The second concerns the introduction of time slots of workers' availability, during which the employee is obliged to promptly reply to employer's requests while, outside these periods, he could be contacted by telephone or e-mail but not compelled to be immediately available. This ambiguous suggestion could reveal itself as an overturning of the goal pursued by the proposers of the right to disconnect, entailing its substitution with an employee's right not to promptly fulfil employers' assignments outside normal working time.

As to collective bargaining, from 2015 the number of agreements essaying to regulate the right to disconnect – even before the introduction of the bill finally approved in 2017 by the Parliament – gradually increased.

In particular, most relevant examples are referred to bank sector and, recently – also in the light of the upcoming technological improvement brought by Industry 4.0 – to the field of mechanical engineering industry.

In relation to bank clerks, the right to disconnect has been included in some agreements concerning the adoption of different smart working regimes, and referred to protection of employees' health and work-life balance. A relevant example is the agreement (the "Unicredit agreement") reached on 22 April 2016 between the bank Unicredit S.p.A. and the Commission composed by representatives of trade unions, among them FISAC/CGIL and FIRST/CISL<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> CGIL, *Audizione Cgil su ddl lavoro autonomo e lavoro agile*, 10 January 2017, link: <http://www.cgil.it/audizione-cgil-ddl-lavoro-autonomo/#> (last consultation: 28 October 2017).

<sup>45</sup> CONFINDUSTRIA, *Audizione su disegno di Legge AC. 4135*, 10 January 2017, link: <http://www.confindustria.it/wps/wcm/connect/www.confindustria.it5266/94504d61-6747-458b-8621-11319022b1c0/Audizione+AC+4135+++10.01.2017.pdf?MOD=AJPERES> (last consultation: 26 October 2017).

<sup>46</sup> CGIL, *Il diritto alla disconnessione*, 13 May 2017, link: <http://www.fisac-cgil.it/63000/internazionale-il-diritto-alla-disconnessione> (last consultation: 28 October 2017).

In particular, article 5 of the abovementioned agreement provides that communications between the company and employees, through telephone, e-mail, chat or other functional devices, shall have to be realized respecting the rules about working time provided by the national collective agreement applicable by the employer. Therefore, the parties, even if did not regulate the possibility for the worker to exercise a specific right not to be contacted outside the ordinary working time, imposed on the employer the obligation to respect workers' rest periods.

As indicated above, the issues concerning right to disconnect involved, recently, also manufacturing. In particular, the national collective agreement executed in November 2016, through its section IV, title III, article 5, encourages the workers' and employers' organizations to find, at company level, solutions to promote the conciliation between working time and private life. The same article, also, expressly makes reference to smart working, specifying that, once the Italian Parliament will have adopted a general law on this matter, the social partners will consider whether integrate the collective agreement. A similar provision, unusual for an agreement concerning workers of manufacturing, if considered together with the bill about smart working recently approved by the Italian Parliament, seems to open a new phase for employees of mechanical engineering industry.

In the light of above, even if the positive conditions of the Unicredit agreement cannot be reasonably reached in all fields, the positive outcome of first experimentations made by collective bargaining about right to disconnect encourage to retain that the provisions of Law No. 81/2017 could be well implemented by social partners, hopefully without delegating the regulation of this relevant legal institute to individual agreements.

#### **4 CONCLUSIONS: AN UPDATED PROTECTION OF WORK-LIFE BALANCE AS A GLOBAL ISSUE**

The social and political debate developed in France and in Italy, and the efforts of social partners to update collective agreements, highlight that technological evolution urges the introduction of a "second generation" of rights, protecting aspects of workers' life previously not deeply influenced by labour obligations.

One of them is the protection of employees' work-life balance, declined *in concreto* also through the right to disconnect.

On this point, the solutions individuated are both relevant and partially different.

In France, the regulation of the right to disconnect is, in principle, delegated to social partners, with the possibility of unilateral employer's intervention only when an agreement on

that aspect cannot be reached. In Italy, conversely, the legislator made reference directly to an individual agreement between workers and employers, even if this provision does not seem to prevent collective agreements to discipline right to disconnect.

The French solution, then, is directed to a wider number of workers and not limited – as in Italy – to employees' that joined the smart working regime.

At the same time, both in France and in Italy the legislator did not provide for a strict regulation of this right, without indicating means to reach the goal of a better workers' protection, or time slots to be respected: these elements, therefore, will have to be analysed and disciplined case by case.

From their side, trade unions urge that the matter is definitively delegated to collective bargaining, without space for unilateral employer's initiatives, and request the legislator to detail limits to the possibility to solicit workers outside ordinary business hours.

Data concerning the increasing role of technology in work organization underline that the issue related to protection of employees' work-life balance and rest periods is destined to become, in few years, a global issue. To address it and find a positive balance between different instances, also the role of international bodies, as ILO, appears fundamental.

With reference to this aspect, the main issue seems to be updating Conventions referred to working time and rest periods, according to the new instances deriving from technological evolution. On this point, even if differences between national approaches are still wide, the common element emerging from the described debate is the need to impose to parties of a labour relationship, possibly through collective bargaining, the obligation to respect minimum workers' rest periods, without admitting employees' solicitations outside the agreed working time. Furthermore, member States have to be encouraged to provide for specific instruments to protect employees' work-life balance – also outside the area of smart working and even of traditional dependent work –, and to promote campaigns to warn employees about risks for health deriving from digitization, to face the relevant changes in work organization brought by technological evolution.

## **5 REFERENCES**

AA. VV., *Comment réussir la transformation numérique en entreprise?*, *La Semaine Juridique Social*, 2015, 39, act. 341, 1 ff.;

ADAPT (edited by), *Audizione informale nell'ambito della discussione congiunta delle risoluzioni 7-00449 Cominardi e 7-00808 Tinagli, concernenti iniziative in materia di occupazione in relazione agli sviluppi dell'innovazione tecnologica*, in DAGNINO E., TIRABOSCHI M. (edited by), *Verso il futuro del lavoro. Appunti e spunti su lavoro agile e lavoro autonomo*, ADAPT University Press, 2016;

BARIET A., *L'essence de la Loi Travail*, *Dalloz actualité*, 29 August 2016, link: <http://www.dalloz-actualite.fr/flash/l-essentiel-de-loi-travail#.WB39FvnhDIU> (last consultation: 5 November 2017);

BARRIOT E., DOMERGUE B., BARIET A. et al., *Projet de loi travail: le renvoi à la négociation d'entreprise est généralisé*, *Dalloz actualité*, 19 February 2016, link: <http://www.dalloz-actualite.fr/flash/projet-de-loi-travail-renvoi-negociation-d-entreprise-est-generalise#.WB3-3vnhDIU> (last consultation: 5 November 2017);

BARRIOT E., *Projet de loi Travail: les mesures sur la durée du travail*, *Dalloz actualité*, 26 July 2016, link: <http://www.dalloz-actualite.fr/flash/projet-de-loi-travail-mesures-sur-duree-du-travail#.WB391fnhDIU> (last consultation: 5 November 2017);

BENTIVOGLI M., *Sindacato futuro nell'era dei big data e Industry 4.0: la smart factory necessita della smart union*, in *#SindacatoFuturo in Industry 4.0*, ADAPT University Press, 2015, 3 ff.;

BINET S., *Pour un droit à la déconnexion et une réduction effective du temps de travail*, in *Lettre Économique*, 2014, 7, 1;

CFDT, *Arrêtons de penser la durée de travail sur une base hebdomadaire*, 3 Juin 2016, link: [https://www.cfdt.fr/portail/actualites/vie-au-travail/-arretons-de-penser-la-duree-de-travail-sur-une-base-hebdomadaire-srv1\\_367768](https://www.cfdt.fr/portail/actualites/vie-au-travail/-arretons-de-penser-la-duree-de-travail-sur-une-base-hebdomadaire-srv1_367768) (last consultation: 27 October 2017);

CFDT, *Forfait-jours: un relevé déclaratif assure santé et sécurité du salarié*, 28 Septembre 2016, link: [https://www.cfdt.fr/portail/theme/droits-des-salaries/forfaits-jours-un-releve-declaratif-assure-sante-et-securite-du-salarie-srv1\\_384157](https://www.cfdt.fr/portail/theme/droits-des-salaries/forfaits-jours-un-releve-declaratif-assure-sante-et-securite-du-salarie-srv1_384157) (last consultation: 27 October 2017);

CGIL, *Audizione Cgil su ddl lavoro autonomo e lavoro agile*, 10 January 2017, link: <http://www.cgil.it/audizione-cgil-ddl-lavoro-autonomo/#> (last consultation: 28 October 2017);

CGIL, *Il diritto alla disconnessione*, 13 May 2017, link: <http://www.fisac-cgil.it/63000/internazionale-il-diritto-alla-disconnessione> (last consultation: 28 October 2017);

CGT, *De nouveaux droits pour garantir la réduction du temps de travail et la santé à l'ère numérique*, 25 November 2015, link: [http://www.ugict.cgt.fr/doc\\_download/413-propositions-redigees-fj-et-deconnexion-25112015](http://www.ugict.cgt.fr/doc_download/413-propositions-redigees-fj-et-deconnexion-25112015) (last consultation: 27 October 2017);

CGT, *Laissez-nous bien travailler toutes et tous*, 18 December 2015, link: <http://www.ugict.cgt.fr/publications/cadres-infos/laissez-nous-bien-travailler-toutes-tous> (last consultation: 27 October 2017);

CISL, *Audizione della Cisl presso la Commissione lavoro, previdenza sociale del Senato della Repubblica*, 8 March 2016, link: <https://www.cisl.it/attachments/article/1963/Audiz%20Cisl%20presso%20Comm%20Lavoro%20Senato%208-3-2016%202.pdf> (last consultation: 23 October 2017);

CONFINDUSTRIA, *Audizione su disegno di Legge AC. 4135*, 10 January 2017, link: <http://www.confindustria.it/wps/wcm/connect/www.confindustria.it5266/94504d61-6747-458b-8621-11319022b1c0/Audizione+AC+4135+-+10.01.2017.pdf?MOD=AJPERES> (last consultation: 26 October 2017);

COTTIN J.-B., *Forfait jours : état des lieux du contrôle jurisprudentiel des accords collectifs*, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 6, 5 Février 2015, 1080.

D'ALANÇON A., MARTINEZ J., *Mise en oeuvre du nouvel accord relatif aux forfaits-jours dans la branche des bureaux d'études (SYNTEC)*, *La Semaine Juridique Social*, 2014, 51, 1479, 4;

DAGNINO E., *Lavoro agile: una questione definitoria*, 25 November 2015, link: <http://www.bollettinoadapt.it/lavoro-agile-una-questione-definitoria/> (last consultation: 29 October 2017);

DAGNINO E., MOSCARITOLO I., *Diritto alla disconnessione: un diritto di nuova generazione?*, 19 September 2016, link: <http://www.bollettinoadapt.it/diritto-alla-disconnessione-un-diritto-di-nuova-generazione/> (last consultation: 19 October 2017);

DAL PONTE G., PANDOLFO D., ROSOLEN G., *The future is agile*, 6 June 2016, link: <http://www.bollettinoadapt.it/the-future-is-agile/> (last consultation: 26 October 2017);

DAU-SCHMIDT K.G., *Labor Law 2.0: The impact of new information technology on the employment relationship and the relevance of the NLRA*, *Emory Law Journal*, 2014, 64;

DOUTRELAU A., *Le rapport Mettling veut mesurer l'impact du numérique sur le travail*, *Dalloz actualité*, 17 September 2015, link: <http://www.dalloz.fr/pros.lib.unimi.it/documentation/Document?id=ACTU0174473> (last consultation: 9 October 2017);

DUBOIS T., *Loi Travail: le droit à la déconnexion à l'épreuve de la réalité*, 6 January 2017, link: <http://www.paris-normandie.fr/actualites/economie/loi-travail--le-droit-a-la-deconnexion-a-l-epreuve-de-la-realite-XH7977198> (last consultation: 27 October 2017);

EUROFOUND, *Sixth European Working Conditions Survey*, 2015, link: [http://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef\\_publication-/field\\_ef\\_document/ef1568en.pdf](http://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication-/field_ef_document/ef1568en.pdf) (last consultation: 9 October 2017);

FAUVARQUE-GOBIN L., *La conciliazione vita-lavoro nella Loi travail*, in CASANO L., IMPERATORI G., TOURRES C. (edited by), *Loi travail: prima analisi e lettura. Una tappa verso lo "Statuto dei Lavori" di Marco Biagi?*, ADAPT University Press, 2016, 76 ff.;

FUNKE J.-F., *La pratique du BYOD ("Bring Your Own Device")*, *La Semaine Juridique Social*, 2015, 4, act. 36, 1 ff.;

GUYOT H., *L'adaptation du droit du travail à l'ère numérique*, *La Semaine Juridique Social*, 2016, 37, 1310, 2;

IMPERATORI G., *Francia: il Rapport Badinter, un primo passo verso la riforma del Code du travail* in CASANO L., IMPERATORI G., TOURRES C., (edited by), *Loi travail: prima analisi e lettura. Una tappa verso lo "Statuto dei Lavori" di Marco Biagi?*, ADAPT University Press, 2016, 87 ff.

KALANICK T., *The future of work: independence and flexicurity*, 15 October 2015, link: <https://psmag.com/the-future-of-work-independence-and-flexibility-c2d711255dbd#.gpjjhddb> (last consultation: 26 October 2017);

KAUFMANN M., *Deutsche Konzerne Kämpfen gegen den Handy-Wahn*, 17 February 2014, link: <http://www.spiegel.de/karriere/erreichbar-nach-dienstschluss-massnahmen-der-konzerne-a-954029.html> (last consultation: 5 November 2017);

LESTAVEL T., *Les promesses très commerciales du “big data”*, *Alternatives économiques*, 2015, 350, 70-73;

LUBET P., CULLAFROZ-JOVER S., *La souplesse du droit face à l’usage croissant du BYOD: étude sur la gouvernance des données au sein de l’entreprise connectée*, 18 March 2015, link: <https://www.altanalaw.com/medias/la-souplesse-du-droit-face-a-lusage-croissant-du-byod> (last consultation: 2 November 2017);

MASCHKE M., *Digitalisation: challenges for company codetermination*, *ETUI Policy Brief*, 2016, 7, 1 ff.;

METTLING B., *Transformation numérique et vie au travail*, 2015, link: [http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/rapport\\_mettling\\_transformation\\_numerique\\_vie\\_au\\_travail.pdf](http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_mettling_transformation_numerique_vie_au_travail.pdf) (last consultation: 5 November 2017);

MORDANT C., *Droit à la déconnexion: ce que font (ou pas) les entreprises pour lutter contre l’invasion des mail professionnels*, *Le Monde*, 14 March 2016, link: [http://www.lemonde.fr/economie/article/2016/03/14/les-premiers-pas-des-drh-contre-l-invasion-du-mail-professionnel\\_4882136\\_3234.html](http://www.lemonde.fr/economie/article/2016/03/14/les-premiers-pas-des-drh-contre-l-invasion-du-mail-professionnel_4882136_3234.html) (last consultation: 2 November 2017);

ODDO I., *ADAPTability/14 – BYOD: la nuova frontiera del lavoro “mobile”*, link: <http://www.bollettinoadapt.it/adaptability13-byod-la-nuova-frontiera-del-lavoro-mobile/> (last consultation: 5 November 2017), 2014;

ORAZI A., *Contrattazione collettiva, lavoro e lavoratore. Commento al c.d. “Rapporto Combrexelle”*, Working Paper ADAPT No. 182/2015;

PAI J., *Industry 4.0. The vision for advanced manufacturing*, Central Tool Room & Training, Centre Min of MSME, India, 2014;

PINTO V., *La flessibilità funzionale e i poteri del datore di lavoro. prime considerazioni sui decreti attuativi del “jobs act” e sul lavoro agile*, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2016, 2, 345 ff.;

POLETTI D., *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei “diritti digitali”*, *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2017, 1, 8 ff.;

RAY J.-E., *La loi qui libère...*, *Droit Social*, 2015, 10, 752 ff.; RAY J.-E., *Le droit à la déconnexion, droit à la vie privée du XXIe siècle*, *Droit Social*, 2002, 939 ff.;

ROTONDI F., *Diritto alla disconnessione: perché vietare ciò che è già vietato?*, 12 September 2016, link: <http://formiche.net/2016/09/12/diritto-alla-disconnessione-perche-vietare-cio-che-e-gia-vietato/> (last consultation: 9 October 2017);

SACCAGGI M., *Primo commento al "lavoro agile": finalità e ipotesi regolatorie*, 2 November 2015, link: <http://www.bollettinoadapt.it/primo-commento-al-lavoro-agile-finalita-e-ipotesi-regolatorie/> (last consultation: 29 October 2017);

SEGHEZZI F., *Lavoro e relazioni industriali nell' "Industry 4.0"*, *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2016, 1, 178 ff.;

SEGHEZZI F., *Siamo sicuri che il mondo si divide in autonomi e dipendenti?*, in DAGNINO E., TIRABOSCHI M. (edited by), *Verso il futuro del lavoro. Appunti e spunti su lavoro agile e lavoro autonomo*, ADAPT University Press, 2016, 11 ff.;

TADDEI F., *Il lavoro è cambiato anche nei suoi orari*, *L'Unità*, 29 November 2015, 9;

TIRABOSCHI M., SEGHEZZI F., *La fine del lavoro? No, un nuovo inizio*, in DAGNINO E., TIRABOSCHI M. (edited by), *Verso il futuro del lavoro. Appunti e spunti su lavoro agile e lavoro autonomo*, ADAPT University Press, 2016, 8 ff.;

TIRABOSCHI M., *Una regolazione agile per il lavoro che cambia*, in DAGNINO E., TIRABOSCHI M. (edited by), *Verso il futuro del lavoro. Appunti e spunti su lavoro agile e lavoro autonomo*, ADAPT University Press, 2016, 3 ff.;

TONNELIER A., *Les petites entreprises entendent peser sur le scrutin présidentiel*, 28 February 2017, link: [http://www.lemonde.fr/economie-francaise/article/2017/02/28/les-petites-entreprises-entendent-peser-sur-le-scrutin-presidentiel\\_5086759\\_1656968.html](http://www.lemonde.fr/economie-francaise/article/2017/02/28/les-petites-entreprises-entendent-peser-sur-le-scrutin-presidentiel_5086759_1656968.html) (last consultation: 25 October 2017);

TOURRES C., NESPOLI F., *Il percorso della Loi travail tra proteste e proposte*, in CASANO L., IMPERATORI G., TOURRES C. (edited by), *Loi travail: prima analisi e lettura. Una tappa verso lo "Statuto dei Lavori" di Marco Biagi?*, ADAPT University Press, 2016, 9 ff.

VALENDUC G., VENDRAMIN P., *Work in the digital economy: sorting the old from the new*, ETUI - European Trade Union Institute, Brussels, 2016, 20;

WEISS M., *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2016, 3, 651 ff.

# REFORMA TRABALHISTA E MOVIMENTOS DE REESTRUTURAÇÃO, PRECARIZAÇÃO E REDUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

## LABOR REFORM AND MOVEMENTS OF RESTRUCTURING, PRECARISATION AND REDUCTION OF EMPLOYMENT LAW IN BRAZIL

Amauri Cesar Alves<sup>1</sup>  
Thiago Henrique Lopes de Castro<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Direito do trabalho no Brasil: momentos e movimentos. 3. Reestruturação do direito do trabalho: prevalência do negociado coletivamente sobre o legislado e novas possibilidades de “negociação individual”. 4. Redução do direito do trabalho. 4.1. Desregulamentação. 4.2. Redução do conceito de relação de emprego e do âmbito de aplicação da regra celetista. 4.3. Flexibilização trabalhista. 5. Precarização de direitos e a reforma trabalhista. 6. Conclusão. 7. Referências.

**SUMMARY:** 1. Introduction. 2. Labor law in Brazil: moments and movements. 3. Restructuring of employment law: the prevalence of collective bargaining over the legislated and new possibilities of "individual bargaining". 4. Reduction of employment law. 4.1. Deregulation. 4.2. Reduction of the concept of employment relationship and the scope of application of the bargaining rule. 4.3. Labor flexibility. 5. Precariousness of rights and labor reform. 6. Conclusion. 7. References.

### 1 INTRODUÇÃO

O cenário político-social que permeia a regulação da matéria trabalhista no direito brasileiro, historicamente, tem oscilado entre percursos que vão da lógica corporativista ao surgimento e retomada do ideal neoliberal. A problemática que se pretende abordar neste estudo se refere às diversas situações pelas quais passou o Direito do Trabalho no Brasil, ora se apresentando como instrumento de equilíbrio entre as classes empregadora e trabalhadora, ora trazendo promessas de vanguarda em favor dos hipossuficientes, para, então, culminar num projeto de esvaziamento de direitos dos trabalhadores pós reforma trabalhista.

A consolidação das leis trabalhistas na década de 40 do século passado se inspirou em um discurso dialético entre o poderio econômico e a classe trabalhadora, sustentando-se a ideia

---

Artigo enviado em 04/06/2018.

Artigo aprovado em \_\_/\_\_/\_\_.

<sup>1</sup> Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela PUC.Minas. Professor da Universidade Federal de Ouro Preto (Graduação e Mestrado). Coordenador do Grupo de Estudos de Direito do Trabalho da UFOP.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Professor Substituto da Universidade Federal de Juiz de Fora (*Campus* Governador Valadares).

de concessões sociais pela via legislativa, tendo-se, em contrapartida, o abandono do ideário marxista por parte desta. Nessa sistemática de concessões recíprocas, cumpriria ao Estado o papel de terceiro observador e mediador da tensão social existente. O que daí se observou é o fato da atuação do ente público não ter se limitado à referida função mediadora. Houve um intenso controle e pacificação social das massas. Em contrapartida, não houve zelo pela eficácia plena do que fora positivado, não se materializando as promessas de direitos anteriormente realizadas. Nesse sentido, o pensamento neoliberal ganha força. A desoneração do Estado e da empresa são os discursos adotados com fito de se renovar o modelo produtivo em declínio e criar novos postos de trabalho, o que não se concretizou.

O objetivo deste trabalho concentra-se, então, em elucidar o redesenho do Direito do Trabalho em momentos diversos no país, buscando demonstrar a retomada de um projeto neoliberal em face do direito trabalhista nos últimos anos, após períodos em que se vislumbraram alguns avanços pró trabalho. Intenciona-se, assim, evidenciar a importância da atuação estatal como instrumento de controle da relação entre capital e trabalho, bem como o avanço da influência neoliberal no rearranjo dessas ferramentas.

Diante dessas considerações iniciais a hipótese que se levanta é a de que o Direito do Trabalho passa por momentos de maior ou menor pressão de uma classe sobre a outra e de ambas sobre o Estado. São momentos de um Direito do Trabalho sempre em movimento.

## **2 DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL: MOMENTOS E MOVIMENTOS**

O Direito do Trabalho é fruto do capitalismo, se desenvolve no capitalismo e se presta, também e principalmente, para atender às demandas do capital. Há certo consenso, entretanto, de que o ramo jurídico especializado pretende corrigir as desigualdades havidas na contratação de trabalho no sistema capitalista, com a pacificação de uma relação que seria naturalmente conflituosa. Em verdade é o Direito do Trabalho instrumento de proteção do trabalho, mas, principalmente, é estrutura de preservação do capital e do *status quo*.<sup>3</sup>

A prevalência da norma heterônoma estatal na regulação do conflito natural entre as partes contrapostas faz com que o Direito do Trabalho seja expressão da vontade dos detentores do poder político, que por sua vez representam, quase sempre e majoritariamente, os detentores do poder econômico. Não é razoável supor que os detentores do poder político e econômico admitam uma estrutura jurídica e judiciária que lhe seja antagônica e que não represente, em

---

<sup>3</sup> Sobre o tema veja ALVES, Amauri Cesar. Função Capitalista do Direito do Trabalho no Brasil. **Revista LTr**. Legislação do Trabalho, v. 09, p. 1067-1082, 2013

boa medida, a expressão da sua vontade. É ingenuidade supor que o Direito do Trabalho seja a expressão de ideias socialistas ou que represente risco para o capitalismo. Tem natureza de “‘poder burguês’, outorgado por um ‘direito burguês’”, como compreende Bernar Edelman, embora se refira à França da segunda metade do século XX:

Como se o trabalho estivesse “do lado” do capital e do Estado! Como se o “direito operário” não fosse o direito burguês *para* o operário! E como se, enfim, milagrosamente, o direito do trabalho fosse uma zona juridicamente “protegida”. Não existe o “direito do trabalho”; existe um direito burguês que se ajusta ao trabalho, ponto-final.<sup>4</sup>

Ainda que se reconheça o Direito do Trabalho como instrumento estatal de mitigação das pressões internas entre sujeitos contrapostos é natural que também o Estado seja pressionado pelos atores sociais envolvidos. O trabalhador pressiona o capitalista, que por sua vez pressiona o Estado, que responde com a lei. Há momentos, é certo, em que a pressão da classe trabalhadora se dirige ao Estado, e não aos patrões. Fato é que empregados e empregadores pretendem que o resultado da atuação legislativa atenda aos seus interesses, mas naturalmente a pressão econômica se evidencia historicamente.

No Brasil o Congresso Nacional sempre esteve alinhado com os interesses do capital no que concerne à regulamentação trabalhista. O Poder Executivo quase sempre observou o mesmo alinhamento. Inobstante tal constatação, singela e inicial, é possível identificar quatro situações diferentes de resposta estatal às pressões sociais: momentos de aparente *equilíbrio* entre as forças contrapostas, momentos excepcionais em que é *maior a influência da classe trabalhadora*, momentos ordinários em que a *vontade do capital se sobrepõe* e o momento atual, de *radicalização extrema dos interesses patronais*. Tais pressões movimentam o Direito do Trabalho em sua expressão normativa heterônoma. São movimentos do Direito do Trabalho marcados por momentos de maior ou menor pressão de uma classe sobre a outra e de ambas sobre o Estado. Embora a análise histórica não seja objetivo central do presente artigo é relevante exemplificar momentos do Direito do Trabalho em movimento.

De início, sem olvidar importantes vozes em sentido contrário, podem ser trazidos como exemplos dois momentos históricos em que houve certo equilíbrio na atuação estatal, o que significou uma atenção quase equânime às pressões das forças antagônicas: 1943 e 1988. Tanto a CLT quanto a Constituição da República podem ser compreendidas como estruturas normativas que assimilaram razoavelmente as pressões do capital e do trabalho. Não se defende

---

<sup>4</sup> EDELMAN, Bernard. **A Legalização da Classe Operária**. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 19.

aqui tese de que houve igualdade de tratamento e de direitos entre as partes contrapostas, mas, sim, certo equilíbrio razoável.

Com a CLT os empregados urbanos receberam tutela estatal ampla e relevante em relação ao seu contrato de trabalho, o que foi fruto de lutas históricas da classe trabalhadora desde o início do século XX. Em contrapartida os detentores do poder rural não foram incomodados, os contratantes de trabalho doméstico não foram contrariados e os empregadores urbanos em verdade queriam criar mercado consumidor interno e aceitaram convenientemente a legislação. Vargas soube atuar decisivamente para transmitir a ideia do equilíbrio. A CLT desde 1943 até o início do presente século era vista majoritariamente como diploma normativo justo e equânime, que atendia aos interesses tanto de empregados quanto de empregadores. Fato é que nos momentos ordinários da vida política brasileira não há alterações significativas no conteúdo normativo celetista, que sempre foi bem assimilado por ambas as partes.

A Constituição da República, não obstante a prevalência numérica dos representantes do poder econômico na Assembleia Nacional Constituinte<sup>5</sup>, também pode ser vista como um momento de razoável equilíbrio. A previsão dos direitos sociais como direitos fundamentais constitui uma das mais relevantes conquistas da classe trabalhadora na Constituição da República. A principiologia justtrabalhista decorrente do novo Texto Constitucional deve ser entendida como garantia de um mínimo de controle contra abusos do poder econômico no plano da regulamentação trabalhista infraconstitucional. Em contrapartida importantes direitos fundamentais previstos constitucionalmente ainda não receberam regulamentação infraconstitucional (artigo 7º, incisos I, XI *in fine*, XXI, XXIII *in fine* e XXVII), correta interpretação, aplicação ou efetivação (artigo 7º, IV, XIII, XIV, XVI e XVII), por força da resistência organizada do capital que conquista corações e mentes no Poder Judiciário e no Poder Legislativo. A ausência de regulamentação infraconstitucional e a interpretação desfavorável (incorreta) do Texto Constitucional constituem pressão do capital contra as demandas sociais dos trabalhadores brasileiros.

Há momentos que podem ser exemplificados como períodos excepcionais em que a influência da classe trabalhadora se mostra mais significativa, ainda que não represente ruptura com o sistema. Os períodos Lula e Dilma na Presidência da República podem ser considerados, ainda que minimamente, momentos excepcionais de atenção às pressões da classe trabalhadora. Inicialmente merece destaque o aumento real do salário mínimo e seus claros efeitos na economia e na vida da classe trabalhadora. No plano normativo justtrabalhista exemplos também

---

<sup>5</sup> Sobre o tema veja ALVES, Amauri Cesar. **Pluralidade Sindical**: nova interpretação constitucional e celetista. São Paulo: LTr., 2015, especificamente Capítulo 3.

não faltaram. Citem-se aqui as Leis 12.690/2012 (Trabalho Cooperado), 11.788/2008 (Estágio), 12.023/2009 (Avulsos não-portuários, conhecidos como “Chapas”) e 12.619/2012 (Motoristas Profissionais) como momentos de extensão de direitos trabalhistas mínimos para além da relação de emprego.<sup>6</sup> Relevantes no âmbito do tratamento civilizatório dos trabalhadores domésticos a Lei 11.324/2006 e a Lei Complementar 150/2015. Provavelmente boa parte do ódio de certa elite brasileira contra os Presidentes Lula e Dilma decorre do fato de os trabalhadores domésticos terem recebido finalmente, depois de séculos de exploração desmedida, tratamento jurídico próximo daquele garantido aos demais empregados brasileiros.

Há momentos, ordinários em razão da natural prevalência dos interesses do capital sobre o trabalho no sistema capitalista, em que a influência do poder patronal prevalece na normatização trabalhista. Dada a sua característica ordinária muitos são os exemplos. Citem-se aqui aqueles decorrentes da Década Neoliberal<sup>7</sup> na produção normativa justralhista brasileira.

Finalmente há o momento excepcional e atual, que não é de simples prevalência do capital sobre o trabalho, mas, sim, de ruptura do pacto silencioso de um Direito do Trabalho que tutela o trabalho para proteger o empregador. Trata-se de um momento único, que revela um novo Direito do Capital<sup>8</sup> e que merecerá muitos debates nos próximos anos e alguns no presente estudo.

### **3 REESTRUTURAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO: PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO COLETIVAMENTE SOBRE O LEGISLADO E NOVAS POSSIBILIDADES DE “NEGOCIAÇÃO INDIVIDUAL”**

A mais destacada proposta apresentada originalmente pelo Poder Executivo no âmbito da Reforma Trabalhista era a que se refere à prevalência do negociado coletivamente sobre o legislado. Ocorre que, durante a tramitação do texto na Câmara dos Deputados, o tema perdeu centralidade mas merece análise por sua relevância para o direito do trabalho.

De início vale lembrar que no sistema juslaboral brasileiro não havia hierarquia entre normas trabalhistas. Não se aplicava, no ramo jurídico especializado, a pirâmide hierárquica

---

<sup>6</sup> Sobre o tema veja ALVES, Amauri Cesar. Direitos trabalhistas mínimos além da relação de emprego: efetivação do princípio constitucional da valorização social do trabalho. **REVISTA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO**, v. 79, p. 53-69, 2013.

<sup>7</sup> Sobre o tema veja CARDOSO, Adalberto Moreira. **A Década Neoliberal: a crise dos sindicatos no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2003.

<sup>8</sup> Sobre o tema veja ALVES, Amauri Cesar; ALVES, Roberto das Graças. Reforma Trabalhista e o Novo 'Direito do Capital'. Revista **Síntese Trabalhista e Previdenciária**, n. 338, v. XXIX, p. 47-74, 2017.

própria do direito civil. O Professor Maurício Godinho Delgado destaca como operava o critério normativo hierárquico vigente no direito do trabalho até então:

[...] a pirâmide normativa constrói-se de modo plástico e variável, elegendo para seu vértice dominante a norma que mais se aproxime do caráter teleológico do ramo justralhista. À medida que a matriz teleológica do direito do trabalho aponta na direção de conferir solução às relações empregatícias segundo um sentido social de restaurar, hipoteticamente, no plano jurídico, um equilíbrio não verificável no plano da relação econômico-social de emprego -, objetivando, assim, a melhoria das condições socioprofissionais do trabalhador -, prevalecerá, tendencialmente, na pirâmide hierárquica, aquela norma que melhor expresse e responda a esse objetivo teleológico central justralhista. Em tal quadro, a hierarquia de normas jurídicas não será estática e imutável, mas dinâmica e variável, segundo o princípio orientador de sua configuração e ordenamento.<sup>9</sup>

No plano do direito individual do trabalho o princípio básico para a compreensão da ausência de hierarquia normativa é o da *norma mais favorável*, que tende a privilegiar a aplicação da norma que melhor consulte aos interesses jurídicos do trabalhador empregado, independentemente da pirâmide normativa clássica civilista.

No plano do direito coletivo do trabalho, que é o que interessa na discussão aqui proposta, o princípio básico para a compreensão da aplicação normativa é o da adequação setorial negociada.

A pergunta que se impunha era referente à possível preponderância, *a priori*, de uma norma jurídica autônoma sobre outra heterônoma ou vice-versa. Na linha doutrinária do Professor Maurício Godinho Delgado, o princípio da adequação setorial negociada trata dos "critérios de harmonização entre as regras jurídicas oriundas da negociação coletiva (através da consumação do princípio de sua criatividade jurídica) e as regras jurídicas provenientes da legislação heterônoma estatal"<sup>10</sup>. Tal princípio resolveria, até a Reforma Trabalhista, as mais diversas situações fáticas:

Pelo princípio da adequação setorial negociada, as normas autônomas juscoletivas, construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional, podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justralhista, desde que respeitados certos critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justralhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta).<sup>11</sup>

<sup>9</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 183.

<sup>10</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1595.

<sup>11</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1595.

Percebe-se que em cada caso concreto deveria o intérprete avaliar o confronto entre normas autônoma e heterônoma para decidir sobre a aplicação de uma ou outra, atento ao princípio da adequação setorial negociada, sem que houvesse, sempre e aprioristicamente, a prevalência do negociado sobre o legislado.

O legislador reformador ignorou o princípio em análise, muito embora esteja tal valor em linha com a Constituição da República. A leitura do disposto no novo art. 611-A da CLT mostra a tentativa do legislador em fixar uma preconcepção de preponderância da norma autônoma, pretendendo uma hierarquia estática que até então inexistia.

É sempre importante lembrar que a regra celetista, original ou reformada, deve ser interpretada em conformidade com a Constituição da República. Sendo assim, o novo art. 611-A não tem o condão de afastar a origem constitucional do princípio da adequação setorial negociada. Trata-se da preservação do princípio independentemente da regra. Tal é a admoestação e a percepção do Prof. Maurício Godinho Delgado ao analisar os impactos da Reforma Trabalhista sobre o princípio da adequação setorial negociada:

Naturalmente que a ordem jurídica consiste em um conjunto lógico e sistemático de princípios e regras de Direito, inclusive de Direito Constitucional e de Direito Internacional do Trabalho, circunstâncias que deverão, em modo e ritmo adequados, civilizar o extremismo da Lei da Reforma Trabalhista, ajustando-a ao padrão humanístico e social que corresponde à Constituição da República, aos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais, inclusive trabalhistas, e ao próprio Direito do Trabalho.<sup>12</sup>

O legislador, preocupado em garantir os efeitos do que fez e consciente de suas arbitrariedades, tentou limitar a atuação da Justiça do Trabalho ao criar a nova regra do § 3º do art. 8º da CLT, também mencionado no § 1º do seu art. 611-A. Pretendeu o legislador reformador estabelecer a hierarquia entre as normas jurídicas e afastar do Poder Judiciário o poder/dever de avaliar seu conteúdo, em clara afronta ao disposto no art. 5º, XXXV da Constituição da República. O legislador imaginou restringir a análise do Poder Judiciário aos requisitos de validade do negócio jurídico (agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei), mas se "esqueceu" da norma constitucional que estabelece claramente que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

A situação é tão simples que nem demanda análise mais aprofundada. Se a norma de ACT ou CCT ameaça ou atinge direitos trabalhistas, cabe ao Poder Judiciário fixar sua aplicação ou não no caso concreto, o que se dará com a aplicação do princípio da adequação

---

<sup>12</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 1569.

setorial negociada, que tem respaldo constitucional. O Poder Judiciário trabalhista vai, sim, analisar o mérito de ACT e CCT independentemente do que pretende o disposto no art. 611-A da CLT, pois acima dele está o disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição da República.

Em tese inicial é até admissível que se perceba no art. 611-A da CLT uma presunção de prevalência do negociado sobre o legislado, mas tal somente se confirmará no caso concreto com a análise de mérito do conteúdo de ACT e CCT em confronto com a norma jurídica heterônoma, ou seja, com a aplicação do princípio da adequação setorial negociada.

Situação um tanto mais complicada no plano fático das relações capital-trabalho é a que decorre das novas possibilidades de “negociação individual” no contrato de emprego, vista a ausência do sindicato no momento do ajuste.

A Reforma Trabalhista, na prática, tentou mitigar a noção justralhista de hipossuficiência, pois em diversos dispositivos pressupõe igualdade contratual e jurídica entre empregados e empregadores. Fossem outros os verdadeiros autores da reforma, seria possível pensar em equívoco, mas, vendo a pauta da CNI, por exemplo, percebe-se, com clareza, que a ideia é a da maior aproximação da relação de emprego com o direito civil. O que se busca, ainda que a médio prazo, é a transformação do contrato de trabalho em um contrato comum, típico do direito civil.

O Direito do Trabalho sempre foi informado pelo princípio da imperatividade das normas trabalhistas, bem como teve desde 1943 como regra básica celetista a inalterabilidade contratual lesiva. A Reforma Trabalhista parece desconhecer tanto o princípio quanto a regra, pois permite que a negociação individual prejudique os interesses do trabalhador no contrato, tanto no momento da admissão quanto em seu curso.

Se é difícil aceitar a ideia de prevalência do negociado coletivamente sobre o legislado, é quase impossível compreender como justralhistas alguns novos dispositivos celetistas. Parece que o legislador reformador não conhece a ideia de subordinação jurídica. Não conhece o que é o temor do desemprego. Nunca viu de perto a face da fome. Somente tal ignorância com relação à realidade fática justifica permitir que o empregado possa, individualmente, negociar condições de trabalho que certamente lhe serão piores do que as atuais e abaixo do que hoje se compreende como patamar civilizatório mínimo.

A “livre” estipulação de cláusulas trabalhistas e a “livre” manifestação da vontade do empregado no contrato são, hoje, dogmas patronais desconectados com a realidade fática. O empregado, por ser subordinado ao patrão e quase sempre dependente economicamente do emprego, não tem a mesma potencialidade negocial que tem o empregador. Isso é óbvio em qualquer lugar do mundo que adote o capitalismo como sistema econômico. Ora, no capitalismo

há quem manda e há quem obedece, sendo a relação subordinada uma expressão do sistema. Não é possível pressupor igualdade negocial com subordinação jurídica.

O Grupo de Estudos de Direito do Trabalho da UFOP desenvolveu quadro exemplificativo das novas possibilidades negociais individuais do contrato de emprego, com destaque para a atuação da CNI na nova regulamentação celetista:

**Quadro 1 - Novas possibilidades na negociação individual:**

Tema	Proposta CNI	Nova regra CLT
Banco de horas	Proposta 9 da CNI	Art. 59, § 5º
Compensação mensal de jornada	Proposta 9 da CNI	Art. 59, § 6º
Sistema 12 x 36	Súmula nº 444 do TST	Art. 59-A
Alteração do contrato: presencial para teletrabalho	-	Art. 75-C
Disposições sobre infraestrutura para teletrabalho	-	Art. 75-D
Parcelamento das férias em 3 períodos	Proposta 51 da CNI	Art. 134, § 1º
Horário de intervalo especial da lactante	-	Art. 396, § 2º
Livre estipulação: curso superior e salário "razoável"	Proposta 02 da CNI	Art. 444, parágrafo único
Acordo para extinção do contrato	Proposta 78 da CNI	Art. 484-A
Arbitragem: curso superior e salário "razoável"	Proposta 82 da CNI	Art. 507-A
Termo de quitação anual de obrigações trabalhistas	-	Art. 507-B

Fonte: Grupo de Estudos de Direito do Trabalho da UFOP.

O Prof. Maurício Godinho Delgado critica a nova possibilidade de “livre estipulação” das condições de trabalho do empregado relativamente mais qualificado e relativamente melhor remunerado, que define como “alternativa contratual draconiana”, e denuncia segregação entre empregados vinculados a um mesmo empregador:

Ora, como o contrato de trabalho se trata, manifestamente, de um *contrato de adesão*, pode se estimar o caráter leonino de tal cláusula de inserção desse grupo de empregados em condições contratuais abaixo das fixadas em lei e, até mesmo, abaixo das fixadas na negociação coletiva concernente à respectiva categoria profissional. Note-se que a Lei da Reforma Trabalhista não está se referindo aos altos executivos de grandes empresas, com poderes estatutários e/ou contratuais impressionantes, além de ganhos contratuais diferenciados e estratosféricos (entre salários, verbas não salariais, a par de utilidades e benefícios diversos). Não: a nova regra legal está se reportando simplesmente aos empregados que sejam portadores de diploma de curso superior e que percebam salário mensal igual ou superior ao dobro do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. O caráter discriminatório da regra legal é simplesmente manifesto; ela institui algo inimaginável na ordem constitucional e legal brasileiras contemporâneas: a pura e simples segregação de empregados perante o mesmo empregador.

(...)

Ora, a diferenciação jurídica é tolerada no Direito – deixando de ser discriminatória – apenas caso ocorra por motivo realmente consistente, legítimo, essencial, imprescindível. Na regra enfocada, os dois fatores pinçados para respaldar a diferenciação jurídica (diferenciação jurídica profunda, radical, enfatize-se) não afastam e nem diminuem o poder empregatício devido pelo empregador, não afetando a situação de vulnerabilidade e hipossuficiência jurídicas, sociais e econômicas do empregado. Se não bastasse, esses dois fatores não justificam o tratamento jurídico espartano e segregador conferido a esse profissional relativamente mais qualificado e relativamente melhor remunerado no contexto da relação empregatícia.<sup>13</sup>

Nos termos da leitura (e não interpretação) do parágrafo único do art. 444 da CLT, por exemplo, poderia o empregado com curso superior e salário "razoável" negociar diretamente com o empregador no mesmo plano em que negocia o sindicato. Não é difícil imaginar qual será o argumento do empregador quando o empregado aqui destacado for negociar. O argumento provavelmente será o salário já "razoável" recebido pelo empregado, que não necessitaria nada mais além dele. Por absurdo que possa parecer, será um sério risco para o empregado brasileiro ultrapassar a barreira dos onze mil reais mensais, pois isso poderá significar ter que abrir mão de direitos hoje garantidos e infensos à negociação individual.

A conjugação de livre “negociação individual” com prevalência do negociado coletivamente sobre o legislado representa movimento patronal de ruptura com o modelo justralhista de pacificação das relações capital-trabalho no Brasil. Se o novo sistema negocial for implementado como pretendem os patrões haverá grave quebra no parâmetro justralhista brasileiro de preponderância da normatização heterônoma estatal. O risco é significativo, principalmente para a classe trabalhadora. O momento exige união dos trabalhadores no sentido de pressionar patrões e Estado com vistas a forçar um novo reequilíbrio de forças, sob pena de empobrecimento amplo, geral e irrestrito do povo brasileiro.

#### **4 MOVIMENTOS DE REDUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO**

Consolidada a legislação trabalhista pátria, o período histórico subsequente é caracterizado por modificações substanciais na forma de estruturação econômica e produtiva. Na lição de Ricardo Antunes<sup>14</sup>, o pós-guerra se caracteriza pelo surgimento nos países capitalistas avançados de um sistema de “compromisso” e “regulação”. Esse binômio oferecerá a ilusão de que o sistema de metabolismo social do capital pudesse ser duradouro, fundado e orientado pelo compromisso entre capital e trabalho mediado pelo Estado. Esse modelo, prossegue o autor, não se origina de discussões claramente estabelecidas, mas da reação

---

<sup>13</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 436-437.

<sup>14</sup> ANTUNES, Ricardo L. C. **Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho**. São Paulo: Boitempo, 2009, p.40.

econômica implementada após a crise de 30. Concediam-se ganhos sociais característicos do *Welfare State*, tendo como contrapartida o abandono da temática socialista por parte dos trabalhadores. A função do Estado não era puramente mediadora/arbitral, mas legitimadora de interesses gerais do capital.

A despeito dessa política de pacificação social, a década de 60 se distingue pelo fervor contrário ao modelo produtivo fordista-taylorista por parte da classe operária. Em que pesem os ganhos sociais, subsistiam a expropriação intensificada do operariado, a inexistência de participação sua na organização do processo de trabalho e o labor consistente na atividade repetitiva e desprovida de sentido<sup>15</sup>. A geração de trabalhadores desse período não vislumbrava os benefícios advindos dessas “concessões” e observados pela geração antecessora, no início do Séc. XX.

Nesse contexto de instabilidades, a década de 70 trouxe consigo crise econômica em dimensão global. Era necessária reestruturação econômico produtiva de forma a conciliar saúde financeira com os problemas advindos do declínio do *Welfare State*. Retoma-se o projeto liberal, com desconcentração produtiva, acumulação flexível de capital e intensificação da exploração da mão de obra.

No Brasil, a Lei do FGTS, de 1966, deflagrou a sucessão de modificações legislativas de cunho liberal. Todavia, é na década de 90, com a redemocratização, que essa corrente ganha maior representatividade. Isso resultou na aprovação sucessiva de leis que fragilizaram o âmbito de tutela trabalhista<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> ANTUNES, Ricardo L. C. **Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho**. São Paulo: Boitempo, 2009, p. 43.

<sup>16</sup> “(...) a título de exemplificação e em síntese, de algumas normas implementadas à época.

A Lei 9.300/1996 alterou a Lei 5.889/1972 para retirar a natureza jurídica remuneratória da utilidade consistente em moradia do trabalhador rural. A Lei 9.472/1997 possibilitou a terceirização de atividades essenciais em telecomunicações. A Lei 9.504/1997 afastou a possibilidade de vinculação jurídica empregatícia entre os partidos políticos e candidatos a cargos eletivos e os trabalhadores vinculados às suas campanhas. A Lei 9.601/1998 flexibilizou as limitações para a contratação a termo e instituiu a possibilidade de compensação anual de jornadas, conhecida como “banco de horas”. A Lei 9.608/1998 permitiu o trabalho voluntário em instituições públicas e privadas. A Lei 9.958/2000 estabeleceu limitações ao acesso do trabalhador à justiça, através da instituição das Comissões de Conciliação Prévia. A Lei 10.101/2000 dispôs sobre a participação dos trabalhadores nos lucros e resultados da empresa, com a desvinculação dos valores à remuneração contratual, além de permitir o trabalho no comércio aos domingos e nos dias feriados. A Lei 10.208/2001 criou norma trabalhista facultativa ao empregador, ao estabelecer que o contratante doméstico pode optar por estender ou não os direitos do FGTS ao trabalhador empregado.

A Lei 10.243/2001 limitou a remuneração dos denominados “minutos residuais” e retirou a característica remuneratória de diversas utilidades entregues pelo empregador ao empregado.

Merece destaque negativo, por fim, a MP 2164/2001, pelos efeitos de suas normas nos contratos de emprego. Instituiu o regime de trabalho a tempo parcial; permitiu a suspensão do contrato de trabalho para qualificação profissional; criou o já citado “banco de horas” e estabeleceu a possibilidade de “estágio” para alunos de ensino médio.” (ALVES, Amauri César. Neoliberalismo, “Flexibilização a Sangue-Frio” e Direito do Trabalho no Brasil. Revista LTr, ano 74, out. 2010, p. 1245-1255, 2010.)

Em 2016, com a queda da Presidente eleita e consequente assunção interina do poder por parte do partido mais expressivo dentro do Congresso Nacional, o movimento de redução do Direito do Trabalho atinge seu ápice. O projeto liberal, que havia perdido força desde 2003, se revigora e ganha expressão no âmbito legislativo. São aprovadas a Nova Lei da Terceirização, n. 13.429/2017, e a Reforma Trabalhista, n. 13.467/2017, aprofundando o movimento deflagrado na década de 1970.

É possível identificar três vias comumente utilizadas pelo legislador para se promover essa fragilização gradativa de direitos, que serão analisadas no presente estudo: a desregulamentação, a redução do conceito de relação de emprego e a flexibilização.

#### 4.1 DESREGULAMENTAÇÃO

Na lição do Prof. Maurício Godinho Delgado<sup>17</sup> a desregulamentação ocorre quando se excluem determinadas hipóteses da esfera protetiva trabalhista, permitindo a incidência de outros instrumentos normativos. Há a criação de âmbitos verdadeiramente isentos da lei protetiva laboral, o que se dá, em regra, pela via legislativa.

Trata-se de hipótese mais gravosa de redução de direitos. Há a negligência com relação aos efeitos do desequilíbrio contratual inerente à relação de trabalho. A seara do direito laboral é tolhida sob a falácia de que regulações menos protecionistas e menos interventivas propulsionariam o desenvolvimento econômico.

A este respeito, Delgado identifica 22 inovações exemplificativas da desregulamentação de direitos produzida pela Lei n. 13.467/2017:

No plano da desregulamentação trabalhista, citem-se, a título meramente ilustrativo, os seguintes aspectos: a) exclusão do conceito de “tempo à disposição” de vários lapsos temporais em que o trabalhador já se encontra dentro dos limites físicos do estabelecimento empresarial (novo texto do art. 4º, §§ 1º e 2º da CLT); b) introdução da prescrição intercorrente no processo de execução trabalhista (novo art. 11-Ada CLT); c) eliminação das horas *in itinere* da CLT (novo texto do §2º do art. 58 da CLT, com a revogação do §3º desse mesmo preceito legal); d) exclusão da natureza salarial dos intervalos trabalhistas (novo texto do §4º do art. 71 da CLT); e) exclusão da natureza salarial de distintas parcelas contratuais trabalhistas (novo texto do art. 457 da CLT); f) restrições na regulamentação dos danos moral e material no caput das relações de trabalho (novo Título II-A da CLT, art. 223-A até art. 223-G); g) inúmeras situações de exacerbação do poder empregatício do empregador na relação de emprego; h) incentivo legal à contratação autônoma, em contraponto à contratação empregatícia (novo art. 442-B da CLT); i) criação do “contrato de trabalho intermitente” (art. 442-A e art. 452-A até 452-H da CLT); j) eliminação de proteções normativas ao empregado relativamente mais qualificado e relativamente melhor remunerado (novo parágrafo único do art. 444 da CLT); k) diminuição das garantias antidiscriminatórias no contexto da equiparação salarial (novo texto do art. 461 da

---

<sup>17</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 71.

CLT); l) eliminação da possibilidade de incorporação, pela média, da gratificação percebida por dez anos ou mais no contrato de trabalho (novo §2º do art. 468 da CLT); m) eliminação de formalidades e proteções rescisórias ao empregado com mais de um ano de contrato (novo texto do art. 477 da CLT); n) igualação jurídica das dispensas individuais, plúrimas e coletivas (novo art. 477-A da CLT); o) permissão para a pactuação da arbitragem nas relações de trabalho (novo art. 507-A da CLT); p) permissão para celebração de termo anual de quitação de obrigações trabalhistas (novo art. 507-B da CLT); q) alargamento e maior desregulamentação da terceirização trabalhista.<sup>18</sup>

Há aqui exemplos claros de um momento de exceção na história do Direito do Trabalho no Brasil, em que os movimentos do capital em busca de uma norma legal favorável desconhecem em absoluto os anseios e necessidades da classe trabalhadora. O Estado sentiu como nunca a pressão do capital e sucumbiu, seja para satisfazer a defesa de interesses associados à elegibilidade propiciada pelos financiamentos de campanha privados, seja para reduzir custos operacionais, conforme discurso liberal, sem que a via do corte de tributos fosse necessária.

#### **4.2 REDUÇÃO DO CONCEITO DE RELAÇÃO DE EMPREGO E DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA REGRA CELETISTA**

Possibilidade diferente de redução do Direito do Trabalho é aquela consistente em restrição do conceito de relação de emprego com vistas à redução do âmbito de aplicação da regra celetista, pois não depende de alteração normativa, bastando medidas interpretativas e de aplicação do direito. Aqui a redução do Direito do Trabalho é efetivada principalmente pelo Poder Judiciário, sob os auspícios, sempre, dos detentores do capital.

A redução do conceito de relação de emprego se dá pela interpretação restritiva dos requisitos para a caracterização do vínculo previstos no artigo 3º da CLT. Em situações trabalhistas limítrofes, principalmente decorrentes das novas tecnologias da informação, tem o aplicador do direito espaço relativamente amplo para definição da relação jurídica. Não é incomum que intérpretes diferentes deem ao mesmo conteúdo fático respostas jurídicas diametralmente opostas. As respostas diferentes decorrem normalmente da interpretação mais ou menos ampla dos requisitos da relação de emprego. Merece destaque nesse cenário de escolhas interpretativas o conceito de *dependência* previsto no artigo 3º da CLT.

Transformações sociojurídicas, sobretudo no âmbito da contratação (ou intermediação) de mão de obra via plataformas eletrônicas, devem ser consideradas para que haja correta subsunção da regra celetista do artigo 3º ao caso concreto.

---

<sup>18</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 76.

Necessário compreender que o conceito de dependência fixado no artigo 3º da CLT se alterou ao longo do tempo (subordinação clássica, subordinação objetiva, subordinação reticular, subordinação estrutural). A discussão, por aqui, não obstante as diversas teorias e os vários epítetos para o fenômeno, parece polarizada entre os que defendem a restrição do conceito da subordinação e os que fazem uma análise ampliadora de seu alcance. Conseqüentemente haverá estratégias e movimentos de redução ou de ampliação do Direito do Trabalho.

No primeiro caso (restrição do conceito) a subordinação tendente a revelar o vínculo empregatício será apenas a clássica, que exige a presença da ordem patronal direta quanto ao modo da prestação laborativa. Trata-se de abordagem subjetivista, que se concentra na figura do empregador. Tal conceito, ainda que seja suficiente na grande maioria dos casos concretos, exclui da proteção justralhista muitos trabalhadores no hodierno sistema produtivo capitalista.

No segundo caso e em sentido oposto ao da exclusão, a melhor doutrina indica a ampliação do conceito de subordinação para que o Direito do Trabalho possa alcançar um maior número de trabalhadores dependentes de tutela especial. Trata-se de uma análise objetiva da subordinação, sem que o foco seja o empregador e passe a ser a inserção do trabalhador no contexto produtivo do tomador dos seus serviços. Neste sentido as teses de subordinação objetiva, integrativa, reticular e estrutural, bem desenvolvidas pela doutrina e razoavelmente assimiladas pela jurisprudência.

Embora a subordinação seja hoje reconhecida como o elemento fático-jurídico mais significativo na distinção entre relações de trabalho sem vínculo empregatício e emprego, não faz referência a CLT aos seus termos no artigo 3º, que fixa “dependência” como requisito para a caracterização da figura do empregado. Assim sendo há espaço interpretativo amplo para que se reconheça a dependência prevista na norma básica celetista tanto como subordinação clássica quanto como objetiva, integrativa, reticular ou estrutural.

A interpretação da regra jurídica evolui conforme se alteram as relações sociais. Durante muito tempo a subordinação foi identificada no plano dos fatos pela existência de ordens do contratante quanto ao modo da prestação laborativa. Subordinação clássica, na doutrina de Maurício Godinho Delgado, é a situação jurídica na qual o empregado se submete às ordens diretas de seu empregador no que concerne ao modo da prestação laborativa. Na subordinação clássica, de contornos subjetivos, o destaque para a identificação fática da figura jurídica se dá em conformidade com a atuação do empregador, que ostensivamente dirige o trabalho por meio de ordens diretas quanto ao modo da prestação laborativa. No plano fático é possível identificar

a subordinação pela fixação de horários, existência de chefias e punição disciplinar, dentre outras circunstâncias reveladoras do comando patronal direto. Posicionam-se parte da doutrina e da jurisprudência pátrias no sentido de que somente tal contorno jurídico enseja a caracterização da relação empregatícia, não cabendo ampliação de conceitos. Em sentido diverso está a doutrina do Prof. Maurício Godinho Delgado, de ampla aplicação no Brasil, referente à subordinação estrutural:

Estrutural é, finalmente, a subordinação que se expressa “pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento”. Nesta dimensão da subordinação, não importa que o trabalhador se harmonize (ou não) aos objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas chefias deste: o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços.<sup>19</sup>

Bom exemplo da divergência referente aos contornos jurídicos da subordinação consiste em duas decisões, de primeiro e segundo graus de jurisdição, exaradas em um processo judicial envolvendo a plataforma UBER. De início a sentença do Juiz Márcio Toledo Gonçalves, da 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, em síntese e no que concerne à subordinação estrutural:

Também presente a subordinação estrutural, uma vez que o reclamante, na função de motorista, se encontrava inserido na organização, dinâmica e estrutura do empreendimento.

Sob o ângulo desta, aliás, fica desmascarada a hipotética autonomia alegada pela ré. Afinal, o trabalhador supostamente independente, a despeito de ter controle relativo sobre o próprio trabalho, não detinha nenhum controle sobre a atividade econômica. Nada deliberava sobre os fatores determinantes da legítima autonomia, como, por exemplo, com quem, para quem e por qual preço seria prestado o serviço.

Cabe ressaltar: se o autor não tivesse, estruturalmente, inserido na cultura de organização e funcionamento da Uber, teria poder negocial para dispor sobre a dinâmica de cada um dos contratos de transporte que realizasse.

Fato é que a subordinação estrutural viabiliza o alargamento do campo de incidência do Direito do Trabalho, instrumento de realização de justiça social, conferindo resposta normativa eficaz às profundas transformações do modelo de expropriação do trabalho humano, tais como o fenômeno da “uberização”. Não importa mais a exteriorização dos comandos diretos para fins de caracterização da subordinação, pois, no fundo e em essência, o que vale mesmo é a inserção objetiva do trabalhador no núcleo, no foco, na essência da atividade empresarial.<sup>20</sup>

A leitura da sentença, verdadeira lição de Direito do Trabalho, permite compreender que seria até mesmo desnecessária a argumentação fundada em subordinação estrutural, visto que em perspectiva clássica já se afirma a presença do requisito no caso concreto.

---

<sup>19</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 352.

<sup>20</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. PJe: 0011359-34.2016.5.03.0112 (RO); Disponibilização: 25/05/2017; Órgão Julgador: Nona Turma; Relator: Maria Stela Alvares da S. Campos, disponível em [www.trt3.jus.br](http://www.trt3.jus.br), consulta em 26/04/2018.

Não obstante o acerto da decisão de primeiro grau, em sentido diametralmente oposto é o acórdão da 9ª Turma do TRT da 3ª Região:

Dissinto do r. entendimento primeiro, uma vez que o objeto social da reclamada refere-se ao fornecimento de serviços de contatos entre pessoas que necessitam de transporte e pessoas que se dispõem a fazer esse transporte, que o desenvolvimento da tecnologia possibilitou, e não o transporte de passageiros, devendo ser ratificados os termos dos documentos apresentados neste sentido - id. 8cf0bcd, 8377563 e 610307d, afastada a tese de existência de subordinação estrutural, porque a reclamada se caracteriza como plataforma digital, que objetiva interligar motoristas cadastrados aos usuários de transporte.

(...)

O conceito de subordinação estrutural adotado na r. sentença recorrida, na verdade possibilitaria o reconhecimento de vínculo de emprego em quase qualquer situação de contratação submetida à Justiça do Trabalho, de forma irrestrita, sem sequer necessidade da produção de provas e afastando-se a necessária aferição dos requisitos da relação de emprego em frente a determinada pessoa apontada como empregador. Dificilmente, em uma economia capitalista e em que as atividades econômicas se interligam, uma não se insere ou se interliga com outra - ainda que presente uma rede de interesses e atividades, é necessário ir muito mais além para se poder concluir por existência de relação de emprego.<sup>21</sup>

Enfim, a análise jurídica deve acompanhar necessariamente o desenvolvimento da sociedade, para que se preserve a finalidade do direito, mais especificamente do Direito do Trabalho, dada sua realidade protetiva da parte hipossuficiente da relação capital-trabalho. Sendo assim, a decisão colegiada do TRT da 3ª Região representa exemplificativamente redução do Direito do Trabalho em um grave momento de sua reconstrução decorrente das novas tecnologias da informação e da comunicação.

#### **4.3 FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA**

A lógica do sistema capitalista global desde a década de 1970 com o pós-fordismo e reestruturação produtiva é “menos Estado e mais Mercado”.<sup>22</sup> Os efeitos da política neoliberal foram mais sentidos no Brasil a partir dos anos 1990 até 2002. Houve avanços no sentido de um capitalismo menos opressor até 2015 e o país retoma, agora, os caminhos da precarização, sendo um de seus componentes a flexibilização.

<sup>21</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. PJe: 0011359-34.2016.5.03.0112 (RO); Disponibilização: 25/05/2017; Órgão Julgador: Nona Turma; Relator: Maria Stela Alvares da S. Campos, disponível em [www.trt3.jus.br](http://www.trt3.jus.br), consulta em 26/04/2018.

<sup>22</sup> VILELA, José Ricardo de Paula Xavier; CARVALHO NETO, Antônio; VILELA, Mariana de Oliveira. ORGANIZAÇÃO E PODER NO AMBIENTE DE TRABALHO NUM CONTEXTO DE LIBERALIZAÇÃO. In CACCIAMALI, Maria Cristina; RIBEIRO, Rosana; MACAMBIRA, Júnior (Org). **SÉCULO XXI: transformações e continuidades nas relações de trabalho**. Fortaleza: Instituto de Desenvolvimento do Trabalho, Banco do Nordeste do Brasil, Universidade de São Paulo, 2011. p. 287.

Flexibilização diz respeito à atenuação da força imperativa das normas trabalhistas, reduzindo amplitude, comandos e parâmetros para sua incidência. Tal possibilidade de atenuação decorre de permissivo normativo. Ademais, essa atenuação não é ilimitada, vez que se sujeita a limitações constitucionais.<sup>23</sup>

Antônio Fabrício de Matos Gonçalves trata do conceito de flexibilização, valendo-se da doutrina de Márcio Túlio Viana, que

... leciona que “quando se falar em flexibilizar o Direito do Trabalho, o que se quer é torna-lo mais elástico, menos duro, mais rígido”, demonstrando também que o termo possui significações distintas em outros países, como na Holanda, em que significa adaptar a jornada, nos Estados Unidos, ligado à variação de funções, na Espanha, precarização de contratações, e na Itália, como sinônimo de desindexação de salários.<sup>24</sup>

Lygia Maria de Godoy Batista Cavalcanti estabelece distinção e correlação entre flexibilização e desregulação ou desregulamentação:

A “desregulação”, também entendida como flexibilização unilateral, pode ser imposta pelo Estado ou pelo empregador com o fim de diminuir ou eliminar benefícios trabalhistas sem oferecer uma contrapartida determinada, aspecto que a diferencia da “flexibilização”, que *a priori* seria a adaptação autônoma, negociada e condicionada a uma contraprestação específica dos direitos trabalhistas.

(...)

... flexibilizar não é desregular, mas regular de modo diverso do que está regulado. Todavia, vale lembrar que, de acordo com o “grau” dessa flexibilização, pode-se chegar perto da fratura da norma existente, o que resulta em “desregulação”, com ou sem regulação substitutiva.<sup>25</sup>

A doutrina subdivide a flexibilização em heterônoma e autônoma<sup>26</sup>. A primeira se caracteriza pelo abrandamento promovido pela própria lei ou quando esta autoriza os interessados a promovê-la via negociação coletiva. A segunda ocorre quando a atenuação da regra deriva de negociação coletiva sindical, desde que se posicione “dentro dos limites fixados pela ordem jurídica heterônoma estatal”.<sup>27</sup>

No contexto da Reforma Trabalhista, muito se sustentou acerca dos benefícios da liberdade negocial coletiva, ao argumento de que se estreitaria a relação entre a norma e a

<sup>23</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

<sup>24</sup> GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos. **Flexibilização Trabalhista**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 115.

<sup>25</sup> CAVALCANI, Lygia Maria de Godoy Batista. **A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL: desregulação ou regulação anética do mercado?** São Paulo: LTr., 2008. p. 131.

<sup>26</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr. 2005.

<sup>27</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 72.

realidade fática. Defendia-se que essa pactuação não estaria inserida em um contexto de hipossuficiência, vez que os trabalhadores estariam representados pelo sindicato.

A Lei n. 13.467/2017 veio ao encontro dos anseios liberais. Foi acrescido o art. 611-A à CLT, o qual elenca as matérias passíveis de negociação coletiva. Em seu *caput*, dispôs ainda esse artigo de forma expressa que a convenção e o acordo coletivos teriam prevalência sobre a lei quando dispusessem sobre a matéria elencada em seus incisos.

Ocorre que a referida lei ordinária culminou na extinção (ou flexibilização) da principal fonte de arrecadação dos sindicatos. Isso resultou na fragilização financeira e organizacional dessas entidades representativas, prejudicando ainda mais a identidade de classe já atingida pelos novos modelos fragmentados de produção. Nesses termos, a negociação coletiva nada mais seria que a prevalência dos interesses da classe de maior poder econômico sobre a outra, desarticulada e incapaz de defender seus anseios negociais.

Ainda pior do que a flexibilização pela via normativa autônoma é aquela que se pretende do disposto no parágrafo único do artigo 444 da CLT, conforme visto anteriormente no presente estudo.

De um lado, ressurgiu a hipossuficiência da classe menos favorecida, independentemente do que pretendeu artificialmente o legislador da reforma. De outro, amplia-se o espectro de direitos que poderão ser reduzidos via flexibilização autônoma. Assim, a flexibilização tem servido à redução de direitos dos trabalhadores, sob a falácia de que essa atenuação resultaria no surgimento de novos postos de trabalho.

Antônio Fabrício de Matos Gonçalves, em outro momento histórico já lecionava sobre os fundamentos da flexibilização:

A flexibilização fundamenta-se ideologicamente na economia de mercado e na saúde financeira da empresa, justificando-se para que uma empresa saudável gere empregos. É também fundamento da flexibilização a grande massa de excluídos do mercado formal que, com a flexibilização, passaria a integrar o “mercado oficial” do trabalho e teria, portanto, mais dignidade. Todos esses argumentos assentam-se na teoria do neoliberalismo.<sup>28</sup>

Também em momento histórico anterior Héctor-Hugo Barbagelata propunha pesquisa sobre fatores impeditivos do “desenvolvimento da tendência para a flexibilidade do mercado de trabalho até suas últimas consequências, ou seja, a flexibilidade absoluta, com especial referência aos novos modelos de emprego que se promovem por esse meio.”<sup>29</sup> O autor uruguaio

<sup>28</sup> GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos. **Flexibilização Trabalhista**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 115.

<sup>29</sup> BARBAGELATA, Héctor-Hugo. **O PARTICULARISMO DO DIREITO DO TRABALHO**. São Paulo: LTr., 1996. p. 116.

em sua obra “O Particularismo do Direito do Trabalho” contempla limites sociais, sindicais, políticos e jurídicos ao que denomina flexibilidade absoluta, que em síntese seriam os seguintes:

Os *limites sociais* dizem respeito à capacidade de aceitação ou à tolerância que uma determinada sociedade possa ter com relação a novos modelos de emprego e à sua marginalização da proteção tradicional.

Os *limites sindicais* dependem da vontade e do poder de contestação das organizações sindicais existentes, ou das que se criem pelos trabalhadores interessados, diante dessas inovações.

Os *limites políticos*, que dependerão obviamente do grau de resistência social à flexibilização, se dão na forma de pressões desse tipo que obstam ao andamento legislativo de iniciativas flexibilizadoras.

Os *limites jurídicos* podem preexistir ou consistir de novas normas de prevenção e repressão de práticas dessa natureza. Os preexistentes resultam da normativa constitucional, internacional, legislativa ou estabelecida pela negociação coletiva e pelo dique imposto pela jurisprudência e a doutrina. A prevenção ou repressão jurídica da flexibilização ocorre quando não há simplesmente uma negativa de incorporar normas nesse sentido, mas que se proíbem certas formas ou modalidades de contratação, ou se assemelham às que gozam da proteção tradicional.<sup>30</sup>

Embora sejam análises realizadas por autor uruguaio na década de 1990 é possível contemplar a observância ou não de tais limites no atual momento brasileiro. Infelizmente o Governo Federal ignora pressões *sociais*. O Sr. Presidente da República, aparentemente ilhado e iludido, não quer enxergar sua pífia atuação e seus altíssimos índices de rejeição, bem como a recusa majoritária da Reforma Trabalhista pelo povo brasileiro. Os *sindicatos* foram também atingidos em cheio e em seus cofres pela Reforma Trabalhista. Se já eram pouco eficientes no Brasil historicamente, atravessam agora não só crise de legitimidade, mas, também, financeira. Do ponto de vista *político* infelizmente o Congresso Nacional revelou-se golpista, apressado, açodado, premido pelo capital para promover a Reforma Trabalhista. O Sr. Presidente da Câmara dos Deputados, um dos principais artífices da Reforma Trabalhista, é claramente aliado dos patrões e declarado adversário do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho. Resta a esperança da imposição de *limites jurídicos* à Reforma Trabalhista, principalmente a cargo da Advocacia Trabalhista, do Ministério Público do Trabalho e da Magistratura Trabalhista.

Em síntese conclusiva sobre a flexibilização no momento atual do Brasil é possível afirmar que a Reforma Trabalhista de 2017 leva ao ápice a ideia de redução do caráter imperativo da regra celetista, pois permite negociação coletiva contra a lei e até mesmo negociação individual menos favorável que o conteúdo normativo vigente, em uma ruptura de modelo que se faz sem peias e sem limites.

---

<sup>30</sup> BARBAGELATA, Héctor-Hugo. **O PARTICULARISMO DO DIREITO DO TRABALHO**. São Paulo: LTr., 1996. p. 116.

## 5 PRECARIZAÇÃO DE DIREITOS E A REFORMA TRABALHISTA

O Direito do Trabalho brasileiro enfrenta a maior ameaça de toda a sua história. A Lei 13.467/2017 reúne em seus dispositivos reformadores da CLT desregulamentação, flexibilização e tentativas de redução do Direito do Trabalho, conforme já foi visto. Tudo isso, somado, caracteriza precarização das relações capital-trabalho no Brasil de hoje. O Professor Maurício Godinho Delgado contextualiza a Reforma Trabalhista:

Acolhendo as teses ultraliberalistas do Estado Mínimo e do império genérico e incontestável dos interesses do poder econômico nas diversas searas da economia, da sociedade e das políticas públicas, a nova legislação, de maneira célere e compulsiva, deflagrou agressivo processo de desregulamentação e flexibilização trabalhistas, completado por severas restrições ao acesso à Justiça do Trabalho por parte do trabalhador brasileiro.<sup>31</sup>

O destaque do Professor Maurício Godinho Delgado, nesta passagem do seu Curso de Direito do Trabalho, é para desregulamentação, flexibilização e restrições ao acesso à Justiça do Trabalho.

Onofre Alves Batista Júnior trata de momento histórico pouco anterior, pós crise global de 2008 (relativamente pouco sentida no Brasil). Em seu livro “O Outro Leviatã e a Corrida ao Fundo do Poço” o autor discorre sobre a precarização do trabalho no mundo. Traz como principais características ou efeitos da precarização a terceirização, o *law shopping*, a automação, a desindustrialização, o trabalho informal, a desconstrução do trabalho como mecanismo de distribuição de renda e a dissolução dos ideais democráticos. Para fins do presente estudo vale compreender os contextos de *law shopping* e dissolução de ideais democráticos, posto que se amoldam ao cenário brasileiro atual:

A modernidade líquida dos sonhos neoliberais esvazia, gradativamente, a pessoa humana (dotada de dignidade) e o capitalismo parasitário desfaz a ideia de responsabilidade. O “mercado total” globalizado reafirma o dogma da competição capitalista e coloca em disputa religiões, artes, ideias e, nesse contexto, o próprio direito passou a ser considerado como produto que compete em escala mundial. Na modernidade líquida, ocorre uma verdadeira “seleção natural de ordenamentos jurídicos”, uma espécie de “darwinismo normativo”, no qual sobrevivem apenas aqueles ordenamentos mais complacentes com a lógica do capital e com a ideia de lucros agigantados. Assim, firmando uma contradição patente, não é mais o direito que deve dar os contornos do mercado e disciplinar a “livre concorrência”, mas a livre concorrência que vai definir qual deve ser o direito.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 155.

<sup>32</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **O Outro Leviatã e a Corrida ao Fundo do Poço**. São Paulo: Almedina Brasil, 2015. p. 169.

Embora não contemple especificamente o Brasil, menos ainda o momento atual da Reforma Trabalhista, o texto permite concluir que a receita neoliberal foi seguida à risca por aqui. Os discursos patronais pró reformas sempre foram no sentido de dotar o país de competitividade internacional no que concerne à regulamentação trabalhista. A crítica à CLT se desenvolveu no sentido de sua inadequação aos padrões internacionais, o que encareceria os preços dos produtos brasileiros e lhes retiraria competitividade. Falácia, entretanto. O Direito do Trabalho brasileiro não é dos mais protetivos e nem dos mais amplos.<sup>33</sup> Na verdade o que se fez por aqui é o que se faz globalmente, ou seja, *law shopping*, que permite ao empregador escolher produzir no país que oferece leis mais flexíveis, menos rígidas, mais atrativas para a perpetuação dos lucros sempre em alta. Infelizmente a disputa entre nações para atrair investimentos produtivos causa empobrecimento global e concentração de renda jamais vista, sem resolver problemas sociais e sem considerar o trabalhador como cidadão que deve ser respeitado em sua dignidade humana.

Toda essa destruição do Direito do Trabalho patrocinada pela Reforma Trabalhista somente poderia decorrer de um ambiente de pouco espaço democrático, como o atualmente vivenciado no Brasil. Infelizmente há uma aparente retroalimentação do sistema, pois a precarização do trabalho tende a enfraquecer ainda mais a democracia. Mais uma vez são importantes (e em certo sentido proféticas) as análises de Onofre Alves Batista Júnior ao tratar da relação entre democracia e a crise do trabalho e do Direito do Trabalho em contexto global:

A democracia ocidental firmou-se vitoriosa no século XX como “democracia do trabalho”, fundamentada por sobre a participação no trabalho remunerado. O cidadão precisa ganhar seu salário (dinheiro) para poder fazer valer seus direitos políticos, portanto, o trabalho remunerado garante a sobrevivência e a existência privada, bem como fundamenta a existência política do homem-cidadão. O trabalho, portanto, garante as premissas de um ambiente democrático. Nesse compasso, a modernidade líquida vem dissolvendo o núcleo de valores da sociedade centrada no trabalho, promovendo a ruptura de uma aliança histórica entre o capitalismo, o *Welfare State* e a democracia.

Não se trata somente da existência de “milhões de desempregados”, que poderiam, pelo menos em tese, sobreviver (mal) com prestações estatais ou seguros-desemprego (assistencialismo estatal), mas o modelo que se esboça de “capitalismo sem emprego” coloca em causa a própria democracia, a evitação da pobreza e a ideia de justiça (distributiva) no sentido contemporâneo. Como afirma Ulrich Beck, a liberdade política e a democracia estão em jogo, porque, sem segurança material, não existe liberdade política, portanto, não existe a democracia, restando no ar tão somente um clima pesado de ameaças por parte de novos e velhos regimes, e de ideologias de caráter totalitário.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> É possível tal afirmação tão-somente em vista da não ratificação, pelo Brasil, da Convenção 158 da OIT e da compreensão hegemônica de que a dispensa sem justa causa é direito *potestativo* do empregador. Dessa ausência de direito humano e fundamental decorrem injustiças e desrespeito ao trabalhador que não permitem qualificar o Brasil como país civilizado do ponto de vista trabalhista.

<sup>34</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **O Outro Leviatã e a Corrida ao Fundo do Poço**. São Paulo: Almedina Brasil, 2015. p. 197-198.

Em síntese, para o Brasil pós 2016: a fragilidade democrática possibilitou a reforma precarizante e esta tende a enfraquecer ainda mais a democracia.

Juan Carlos Zurita Pohlmann e Marcos Augusto Maliska sugerem que há no âmbito do Direito do Trabalho uma identificação, que os autores tratam como eufemismo<sup>35</sup>, entre flexibilização e precarização:

... compreende-se que o problema da precarização das relações de trabalho decorre do resultado de um momento mundial de convergência de fatores complexos que facilitam aos empregadores a redução dos custos de produção pela flexibilização dos contratos de trabalho.<sup>36</sup>

Para fins do presente estudo e principalmente do momento histórico atual pode-se compreender precarização das relações capital-trabalho como esforço patronal e estatal combinado tendente a promover desregulamentação trabalhista, flexibilização de direitos e redução do alcance e da estrutura de proteção do Direito do Trabalho no Brasil.

Os Professores Cláudio Jannotti da Rocha e Ailana Ribeiro denunciam a desnaturação do Direito do Trabalho sob o véu da Reforma Trabalhista:

E não é preciso ser um *expert* em direito do trabalho, nem mesmo ter qualquer conhecimento técnico de Direito para notar que as alterações expostas acima - bem como as inúmeras outras trazidas pelo PLC 38/2017 - representam concessão de benesses aos empregadores às custas da precarização ou mesmo retirada de direitos do trabalhador.

O que se presencia, portanto, é uma franca inversão dos valores norteadores do direito do trabalho, que passa a se aproximar muito mais dos interesses do capital do que dos interesses da classe trabalhadora, cuja luta representou a grande fonte material do surgimento e consolidação do ramo justralhista.

(...)

Nota-se que, em seu sentido original, o processo de desnaturação, estimulado por um agente externo desnaturante, que pode ser, por exemplo, o calor, provoca a drástica alteração das estruturas da proteína, de modo que a sua identidade é transmutada. O resultado é uma proteína desprovida da sua atividade biológica característica.

Assim, o PLC 38/2017 e o seu arcabouço de teses empresariais advogando contra a proteção jurídica da classe trabalhadora podem ser comparados a um agente desnaturante, apto a promover uma verdadeira transmutação das estruturas identitárias do direito do trabalho. O resultado? Certamente - e lamentavelmente - será um direito do trabalho desprovido da sua atividade orgânica característica.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> POHLMANN, Juan Carlos Zurita; MALISKA, Marcos Augusto. A PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO E O ESTADO CONSTITUCIONAL. In RAMOS FILHO, Wilson. **TRABALHO E REGULAÇÃO**: as lutas sociais e as condições materiais da democracia. Vol. I. Belo Horizonte: Fórum.

<sup>36</sup> POHLMANN, Juan Carlos Zurita; MALISKA, Marcos Augusto. A PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO E O ESTADO CONSTITUCIONAL. In RAMOS FILHO, Wilson. **TRABALHO E REGULAÇÃO**: as lutas sociais e as condições materiais da democracia. Vol. I. Belo Horizonte: Fórum.

<sup>37</sup> ROCHA, Cláudio Jannotti da.; RIBEIRO, A. S. A Desnaturação do Direito do Trabalho sob o Véu da Reforma Trabalhista. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, v. 338, p. 102-110, 2017. p. 108.

O momento histórico é ímpar. Não se trata de simples prevalência do capital sobre o trabalho, mas, sim, de ruptura do pacto silencioso de um Direito do Trabalho que tutela o trabalhador para proteger o empregador, conforme visto anteriormente no presente estudo. Mais uma vez, Maurício Godinho Delgado:

Os objetivos da reforma, conforme se percebe, foram distintos. Em sua grande maioria, tais objetivos foram direcionados à diminuição do valor trabalho na economia e na sociedade brasileiras, com a elevação dos ganhos econômicos pelo sistema capitalismo do País ao longo de seu manejo contratual da força de trabalho. Para tanto, foram perfilados diversos caminhos, porém convergentes: elevação do poder unilateral do empregador no interior do contrato de adesão empregatício; enfraquecimento da imperatividade das regras jurídicas trabalhistas; exacerbação dos poderes da negociação coletiva trabalhista, mas na direção da flexibilização de regras, garantias e direitos fixados em lei; enfraquecimento do sindicalismo de trabalhadores no País.<sup>38</sup>

O desafio agora é tão grande quanto o impacto da legislação reformista na CLT e no Direito do Trabalho em geral. Caso não haja compreensão do Poder Legislativo referente à necessidade urgente (pós 2019) de revogação total da Reforma Trabalhista, caberá ao Poder Judiciário limitar seus efeitos, ou, em última hipótese, ao povo brasileiro afirmar seu protagonismo nas relações capital-trabalho. Tais desafios remetem o Brasil a três cenários distintos para o futuro.<sup>39</sup> O primeiro cenário, catastrófico para a classe trabalhadora e expressão maior da realização do projeto de poder patronal, é que haja a franca e incontestável aplicação dos novos conteúdos celetistas. O segundo, em sentido contrário, é que haja finalmente uma revolução proletária no país, fruto da ruptura do pacto silencioso fundamentado até então no sistema estatal de proteção trabalhista. Ocorre que nenhum dos dois cenários é provável. Certo é supor que haverá uma forte corrente jurídica de interpretação restritiva, de perspectiva constitucional, dos principais pontos da Reforma Trabalhista. Importante, então, desenvolver brevemente tais cenários.

A síntese do primeiro cenário é o empobrecimento da classe trabalhadora brasileira e, conseqüentemente, de todo o país. Já está mais do que comprovado, no Brasil e no mundo, que restringir direitos trabalhistas, não obstante possa gerar economia para o empregador em um primeiro momento, não gera empregos. A década neoliberal é prova objetiva disso. Em sentido contrário, ou seja, sem reformas trabalhistas precarizantes, o país cresceu e gerou milhões de empregos no período 2004-2014, com distribuição de renda e dias melhores para a imensa maioria da classe trabalhadora. Partindo de tal premissa, o que vai acontecer ao trabalhador

---

<sup>38</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 1680.

<sup>39</sup> Sobre os cenários possíveis no momento veja ALVES, Amauri Cesar; ALVES, Roberto das Graças. Reforma Trabalhista e o Novo Direito do Capital. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**. v. XXIX, 2017. págs. 47-74, 2017.

brasileiro caso não haja freios de interpretação e aplicação da Lei nº 13.467/2017 é a exacerbação da sua vulnerabilidade social. A consequência óbvia e até esperada por alguns é a ampliação do abismo econômico entre ricos e pobres, o que piora a inserção do trabalhador no mercado de consumo e, ao final, trará impacto também nos ganhos dos empregadores. O empobrecimento da população refletirá nas vendas e nos lucros de muitos dos que hoje comemoram a nova legislação.

A síntese do segundo cenário é uma convulsão social decorrente de um dos efeitos do primeiro, que é o empobrecimento geral da classe trabalhadora. Dentre os três cenários aqui destacados este é o mais difícil de se concretizar. Parece que a natureza pacífica do trabalhador, tão decantada por Getúlio Vargas, acabou por ser mesmo uma característica inafastável da gente brasileira. Mas é fato que a Reforma Trabalhista foi rejeitada pela imensa maioria da população. Manifestaram-se de modo inequívoco e quase unânime as centrais sindicais, a Igreja Católica, a OAB, o MPT, a Magistratura (incluindo parte significativa do TST) e estudantes. Ocorre que até o momento a insatisfação é pacífica, pois os piores efeitos só serão sentidos pelos trabalhadores no médio prazo. Assim, quando a pobreza começar a chegar onde nunca esteve, talvez haja a ruptura com o modelo de capitalismo sem freios que se aplica hoje no Brasil.

O mais provável, como já antecipado, é que haja resistência à Lei nº 13.467/2017 no plano de sua interpretação e aplicação. Em síntese, dois modos de enfrentamento são possíveis no terceiro cenário: interpretação restritiva da Reforma em perspectiva constitucional e a construção de novas estratégias interpretativas do direito do trabalho a partir da Reforma. Não são os dois modelos necessariamente excludentes, mas, sim, caminhos para um mesmo rumo, que é o da restrição dos efeitos nocivos das medidas precarizantes fixadas pela Lei 13.467/2017. No primeiro modelo, a estratégia já é suficientemente conhecida e deve ser sempre aplicada, pois privilegia a Constituição da República como ápice do ordenamento jurídico e óbice às construções normativas que lhe sejam contrárias. O segundo modelo não refuta o primeiro, obviamente, e permite construir novas estratégias interpretativas a partir do conteúdo da Lei 13.467/2017, uma vez que ela tenta fixar novos contornos de aplicação do direito do trabalho no Brasil. São, neste caso, novas respostas para novos ataques do capital sobre o trabalho. O que se espera, enfim, é que o Direito do Trabalho não se torne, definitivamente, Direito do Capital.

## 6 CONCLUSÃO

É a partir da década de 1940 que a seara laboral ganha maior expressividade no ordenamento jurídico pátrio. A compreensão desse contexto político-social permite elucidar a natureza das garantias asseguradas à época ao trabalhador, em movimento que ensaiou uma espécie de vanguarda social no Brasil.

O decurso do tempo demonstrou que os direitos assegurados não se materializaram na sociedade brasileira, seja pela frágil eficácia assegurada pelo Poder Público, seja por não abarcar sob seu manto de proteção grande parte da mão de obra ativa do país.

Ao invés de desempenhar o papel inicialmente proposto, na condição de mediador do conflito social existente, o que se observou foi a assunção por parte do Estado da função legitimadora da prevalência de uma classe sobre a outra.

A Década de 1960 é caracterizada pela introdução do ideário neoliberal no país, vindo a se consolidar como pensamento dominante na Década de 1990 e a se exacerbar no período posterior a 2016. Sustenta-se a desoneração de Estado e empresa, sob a promessa de reformulação do modelo produtivo e criação de novos postos de trabalho, o que não se observa na prática.

Nesse cenário, há a franca redução da esfera de proteção laboral, por meio da desregulamentação, flexibilização e restrição do âmbito de incidência do Direito do Trabalho. Assim, tem-se que a recente aprovação da chamada “Reforma Trabalhista” é corolário de um movimento maior, desencadeado no cenário internacional na década de 1970 e que se consolidou no Brasil por meio da tomada do poder por parte de um presidente não eleito.

Assim é que este estudo buscou apresentar os diversos momentos e movimentos de (des)construção do Direito do Trabalho no Brasil até os dias atuais. Se o panorama anterior era caracterizado por direitos que, apesar de positivados, não foram efetivados ou sequer estendidos a todos, o que se tem nos dias atuais é sequer a existência formal de vários desses direitos, em um prognóstico cada vez mais desfavorável à parte hipossuficiente da relação contratual.

## 7. REFERÊNCIAS

ALVES, Amauri Cesar. Direitos trabalhistas mínimos além da relação de emprego: efetivação do princípio constitucional da valorização social do trabalho. *REVISTA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO*, v. 79, p. 53-69, 2013.

ALVES, Amauri Cesar. Função Capitalista do Direito do Trabalho no Brasil. *Revista LTr. Legislação do Trabalho*, v. 09, p. 1067-1082, 2013.

ALVES, Amauri Cesar. Pluralidade Sindical: nova interpretação constitucional e celetista. São Paulo: LTr., 2015.

ALVES, Amauri Cesar; ALVES, Roberto das Graças. Reforma Trabalhista e o Novo 'Direito do Capital'. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, n. 338, v. XXIX, p. 47-74, 2017.

ANTUNES, Ricardo L. C. Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2009.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. O PARTICULARISMO DO DIREITO DO TRABALHO. São Paulo: LTr., 1996.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr. 2005.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. O Outro Leviatã e a Corrida ao Fundo do Poço. São Paulo: Almedina Brasil, 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. PJe: 0011359-34.2016.5.03.0112 (RO); Disponibilização: 25/05/2017; Órgão Julgador: Nona Turma; Relator: Maria Stela Alvares da S. Campos, disponível em [www.trt3.jus.br](http://www.trt3.jus.br), consulta em 26/04/2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. PJe: 0011359-34.2016.5.03.0112 (RO); Disponibilização: 25/05/2017; Órgão Julgador: Nona Turma; Relator: Maria Stela Alvares da S. Campos, disponível em [www.trt3.jus.br](http://www.trt3.jus.br), consulta em 26/04/2018.

CARDOSO, Adalberto Moreira. A Década Neoliberal: a crise dos sindicatos no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2003.

CAVALCANI, Lygia Maria de Godoy Batista. A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL: desregulação ou regulação anética do mercado? São Paulo: LTr., 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

EDELMAN, Bernard. A Legalização da Classe Operária. São Paulo: Boitempo, 2016.

GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos. Flexibilização Trabalhista. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

POHLMANN, Juan Carlos Zurita; MALISKA, Marcos Augusto. A PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO E O ESTADO CONSTITUCIONAL. In RAMOS FILHO, Wilson. TRABALHO E REGULAÇÃO: as lutas sociais e as condições materiais da democracia. Vol. I. Belo Horizonte: Fórum.

ROCHA, Cláudio Jannotti da.; RIBEIRO, A. S. A Desnaturalização do Direito do Trabalho sob o Véu da Reforma Trabalhista. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, v. 338, p. 102-110, 2017.

VILELA, José Ricardo de Paula Xavier; CARVALHO NETO, Antônio; VILELA, Mariana de Oliveira. ORGANIZAÇÃO E PODER NO AMBIENTE DE TRABALHO NUM CONTEXTO DE LIBERALIZAÇÃO. In CACCIAMALI, Maria Cristina; RIBEIRO, Rosana; MACAMBIRA, Júnior (Org). SÉCULO XXI: transformações e continuidades nas relações de trabalho. Fortaleza: Instituto de Desenvolvimento do Trabalho, Banco do Nordeste do Brasil, Universidade de São Paulo, 2011.

## **IN THE SPIRIT OF FLEXIBILITY": an overview of Renzi's reforms (the so-called jobs act) to 'improve' the italian labour market**

### **NO ESPÍRITO DA FLEXIBILIDADE: uma visão geral das reformas de Renzi (o trabalho chamado) para "melhorar" o mercado de trabalho italiano**

Maria Tereza Carinci<sup>1</sup>

**SUMMARY:** 1. The new "indefinite contract with increasing protection" (*contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*): a captivating formula conceals pejorative rules on dismissal in indefinite contracts. – 2. Reduced protection for dismissal and effects on the employment contract structure: the employer's strengthened power (of withdrawal and disciplinary) and the resulting employee interest squeeze. 3. Indefinite contracts and the employer's strengthened powers in performing the employment: *ius variandi* and control power. 4. A new central position for indefinite contracts within the 'flexible' contract framework? 5. "In the spirit of flexibility": a solution for which problems?

**SUMÁRIO:** 1. O novo "contrato indefinido com proteção crescente" (*contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*): uma fórmula cativante oculta regras pejorativas sobre demissão em contratos indefinidos; 2. Redução da proteção para demissão e efeitos sobre a estrutura do contrato de trabalho: o poder fortalecido do empregador (de retirada e disciplinar) e o resultante aperto de interesse dos funcionários; 3. Contratos indefinidos e os poderes fortalecidos do empregador na execução do emprego: *ius variandi* e poder de controle; 4. Uma nova posição central para contratos indefinidos dentro do quadro de contratos 'flexíveis'? 5. "No espírito da flexibilidade": uma solução para quais problemas?

#### **1 THE NEW "INDEFINITE CONTRACT WITH INCREASING PROTECTION" (CONTRATTO DI LAVORO A TEMPO INDETERMINATO A TUTELE CRESCENTI): A CAPTIVATING FORMULA CONCEALS PEJORATIVE RULES ON DISMISSAL IN INDEFINITE CONTRACTS**

Albeit being entitled "indefinite contract with increasing protection" ("*contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*"), it is undisputed that Legislative Decree No. 23/2015 - implementing the act issued by the Government under Parliamentary delegation (*legge delega*) No. 183/2014 - does not foresee any new type of contract having special and 'increasing protection' at all. As regards any employee hired after its entering into force (7

---

Artigo recebido em 20/04/2018.

Artigo aprovado em \_\_/\_\_/\_\_

<sup>1</sup> Full Professor in Labour Law and Industrial Relations, School of Law, University of Milan, Italy; Coordinator of the Doctoral School in Comparative, Private and Civil procedural Law, University of Milan, Italy; Coordinator of the Labour Law Section, Department of Private Law and Legal History, University of Milan, Italy; Member of the Italian Association of Labour and Social Security Law; Ph.D. in Labour Law and Industrial Relations, School of Law - Alma Mater Studiorum University of Bologna, Italy; J.D. (cum laude), School of Law - Alma Mater Studiorum University of Bologna, Italy.

RDRST, Brasília, Volume IV, n. 03, 2018, p 157-168, Set-Dez/2018

March 2015), it just limits itself to worsen the prior rules on dismissal of indefinite contracts under section 2094 of the Civil Code<sup>2</sup>.

Legislative Decree No. 23/2015 does not affect the causes justifying dismissal, but changes the protection which the employee may claim in the event of unlawful dismissal. In short, the most important changes of such new regulations are the following.

Reinstatement protection is no longer a rule but an exception and, thus, compensatory protection becomes the general rule. Reinstatement protection may now only be appealed to (i) in case of nullity of the dismissal<sup>3</sup>; and (ii) as regards any dismissal on subjective grounds by undertakings<sup>4</sup>, in the event of 'lack of the notified material event'<sup>5</sup>.

There are new criteria to fix the amount of the compensation, which not only make the calculation rigid and automatic - thus evading the judicial discretionary power<sup>6</sup> -, but also drastically reduce the figure. In the event of unjustified dismissal by medium and large sized employers, the compensation will be equal to 2 monthly salaries for each year of seniority of the employee, between a minimum of 4 and a maximum of 24 monthly salaries<sup>7</sup>. It will then be reduced to half in the event of flawed grounds or procedure<sup>8</sup>. In case of a smaller-sized employer, the amount of the compensation is cut by half in each of the cases considered and cannot exceed 6 monthly salaries<sup>9</sup>. Those moderate amounts are then bound to go down further if the parties agree to the conciliation under the Legislative Decree<sup>10</sup>. This possibility is widely boosted due to the fact that, in this case, the disbursements made to the employee are not taxable income<sup>11</sup>.

In this new "indefinite contract with increasing protection" ("*contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*"), the only thing that 'increases' – but not so much, to be honest – is the amount of the compensation now referred to the employee's seniority.

---

<sup>2</sup> Article 18 of the Workers' Statute; article 8 of Law No. 604/1966.

<sup>3</sup> Article 2 of Legislative Decree No. 23/2015.

<sup>4</sup> The dimensional requirements are still those under article 18, paragraphs 8 and 9, of the Workers' Statute.

<sup>5</sup> Article 3, paragraph 2, of Legislative Decree No. 23/2015.

<sup>6</sup> The compensation may no longer be weighed carefully by taking the specific situation into consideration: employment soundness and size of the undertaking, the employee's seniority, behaviour of the parties (cf. article 18, paragraphs 5, 6 and 7, of the Workers' Statute and article 8 of Law No. 604/1966).

<sup>7</sup> Article 3, paragraph 1, of Legislative Decree No. 23/2015.

<sup>8</sup> It means that the indemnity is fixed in 1 monthly salary for each year of service and between a minimum of 2 and a maximum of 12 monthly salaries. Article 4 of Legislative Decree No. 23/2015.

<sup>9</sup> Article 9, paragraph 1, of Legislative Decree No. 23/2015

<sup>10</sup> Indeed, in this case after having deducted the social security compensation as usual, the compensation is calculated as one monthly salary for each year of service of the employee between a minimum of 2 and a maximum of 18 monthly salaries (cf. article 6 of Legislative Decree No. 23/2015). The amounts are then cut by half for smaller sized employers (article 9, paragraph 1, of Legislative Decree No. 23/2015).

<sup>11</sup> Article 6 of Legislative Decree No. 23/2015.

Even if the limits (justification), obligations (grounds) and burdens (procedure) already foreseen in the past for dismissal remain unchanged, in the new system, the effectiveness is reduced in a considerable way: indeed, compensatory protection does not prevent the act of dismissal - even if vitiated - from leading to the termination of the contract upon a certain and, moreover, moderate financial burden weighing upon the employer.

Therefore, in the new context, the fact of choosing whether to expedite a dismissal in breach of the limits and rules set forth by law becomes a mere assessment of costs for the employer<sup>12</sup>

## **2 REDUCED PROTECTION FOR DISMISSAL AND EFFECTS ON THE EMPLOYMENT CONTRACT STRUCTURE: THE EMPLOYER'S STRENGTHENED POWER (OF WITHDRAWAL AND DISCIPLINARY) AND THE RESULTING EMPLOYEE INTEREST SQUEEZE**

If things stand as above the result is that, in solving the conflict between the employer's interest to ensure its own organisation's operations based on the selected result<sup>13</sup> and the employee's conflicting interests (in income continuity, in the realisation of his/her own professional and human personality through work), Legislative Decree No. 23/2015 significantly shifts the point of balance in favour of the former.

This is not done based on the causes justifying the dismissal. Indeed, not only does the principle of justification of the dismissal remain unchanged in light of its constitutional<sup>14</sup>, EU and international significance, but also those concepts of just cause and justified subjective and objective grounds for dismissal already identified by law beforehand.

Besides, it is not possible to change those concepts, without removing them, in order to shift the interest balance axis in favour of the employer. The just cause and the justified subjective and objective grounds for dismissal – as interpreted to date by the law in force – already fully recognise and protect the employer's interest in the organisation's operations (just cause and justified subjective grounds) and in changing the existing organisational structure in view of better achieving its own aims (justified objective grounds). Indeed, the employee may

---

<sup>12</sup> It is clear that this is how things stand, moreover, as regards workers with less seniority and, thus, with a very low cost of dismissal. But the employer could find it advantageous with the future in mind to take the risk to incur the immediate but, in any event, foreseeable disbursement resulting from a flawed dismissal also in respect of employees with greater seniority, should that cost (progressive and, in any event, subject to a maximum limit) be offset with the lower salary to be paid to newly hired employees to do the same job.

<sup>13</sup> Regardless of whether it is productive (article 41 of the Constitution) or ideal (articles 2, 18, 19, 39 and 49 of the Constitution).

<sup>14</sup> Cf. Constitutional Court 46/2000.

be lawfully dismissed either if he/she proves to be in considerable breach of contract (the 'considerable breach' requested by the concept of justified subjective grounds), such as to jeopardise the structure's normal operation, or if it results that his/her tasks may no longer be used in the new organisation freely chosen, as well as consistently and effectively accomplished by the employer.

Therefore, as regards the causes justifying dismissal, since 1966, our system has chosen to fully privilege the employer's interest in arranging the organisation (namely, by making the existing organisation work or by changing it) compared to the employee's interest in keeping his/her own job<sup>15</sup>.

Instead, the reform has had repercussions on the different types of protection applying upon an unjustified dismissal (besides being flawed lacking the respective grounds or upon a procedural flaw), by reducing them in a drastic way.

Thus, the employer has a wider scope to exercise the power of dismissal (and also the disciplinary power of which the dismissal for subjective grounds is the maximum expression), certainly, in breach of the principle of justification, but with the sole risk of paying a reduced compensation.

Indeed, according to the interpretation given by many parties, there would only be compensatory protection if the employer were to dismiss an employee for just cause or for justified subjective grounds, who then proves to be liable for a slight or very slight breach, instead – thus the so-called 'lack of the material event' (that is the total lack of any breach or non-chargeability of any such breach to the employee) which, in the event of disciplinary

---

<sup>15</sup> Cf. L. Mengoni, *I poteri dell'imprenditore*, in *Diritto e valori*, Il Mulino Bologna, 1985, p. 394-396: 'Free from the public law complications typical of corporative law, the rules of the Civil Code, which define the employer's powers in its capacity as entrepreneur (head of the business), became an expression of the needs for technical and organisational functionality typical of any business doing operations in a modern technological society, just like it had been quickly developing in Italy during the years after the Second World War. [In the first twenty-year period following the entering into force of the Republican Constitution] Instead, the other aspect of the freedom of economic initiative, that is the entrepreneur's power over work organisation remains immune to any law and regulatory amendments (...). The rules of the Civil Code were only amended in one point. The fact of recognising a power of dismissal *ad nutum* to the employer, symmetric to the employee's power to resign (...) was a manifest contradiction in a code which assigns legal relevance to the instrumental link of the employment contract with the business interest. *Such significance means that, without prejudice to the entrepreneur's freedom to choose the aims of the productive organisation created by the entrepreneur, thus excluding any criticism on the technical aim of the organisation arranged by any such entrepreneur beforehand, the company's interest is subject to an objective assessment, made in connection with the company's objective structure and bound to provide a measure to control the grounds of certain measures of the employer towards its workers*, in order to ascertain whether they are functionally justified 'compared to the organisation's needs, in view of achieving *that technical result arranged beforehand*'. On the contrary, precisely the most serious instrument for the employee of the entrepreneur's organisational power, that is dismissal, was provided for under section 2118 of the Civil Code, as the content of a free power of withdrawal from the contract, in light of mere exchange contracts (for an unlimited duration), rather than being *instrumental* to the undertaking's needs and, therefore, subject to the limit of the technical discretionary power. *In this respect, Law No. 604 of 15 July 1966, takes on the meaning of a partial rationalisation of the Code by requiring that, should the conditions for terminating the contract for breach fail to arise, the dismissal is objectively justified by the undertaking's interest*' [italics are mine].

dismissal, would still lead to reinstatement<sup>16</sup> –. This shall be the case of a dismissal for justified objective grounds of an employee following a reorganisation, maybe planned, but not effectively carried out by the employer.

It is clear that the employer's interest in arranging the organisation is thus strengthened. The act of dismissal (also in its disciplinary act form) may jeopardise the employee's position – by virtue of the termination effect which, in any event, follows the flawed act of dismissal – also upon a *merely declared* organisational change or upon a *slight* breach. The defaulting employee is thus even less protected than an ordinary debtor under any synallagmatic contract. In the latter case, there may only be termination, as is well known, upon a considerable breach in light of the counterparty's interest<sup>17</sup>

This strengthening – in law – of the power of dismissal (even in its disciplinary form) has clear repercussions – *de facto* – on the employee's overall position. Indeed, dismissal protection is the employment contract's crucial junction underpinning the effectiveness of the entire legal positions granted to the employee for the protection of his/her own interests.

There would thus be an overall weakening of the employee's position, in stating and claiming the rights granted in his/her favour throughout the performance of the employment contract.

Therefore, discriminatory dismissal and retaliatory dismissal become crucial: such types of dismissal have the duty to prevent executive and disciplinary power from exceeding the respective limits to the detriment of the typical positions of the employee in his/her dimension as a human being and as an individual placed in a social context.

### **3 INDEFINITE CONTRACTS AND THE EMPLOYER'S STRENGTHENED POWERS IN PERFORMING THE EMPLOYMENT: *IUS VARIANDI* AND CONTROL POWER**

The other Legislative Decrees, passed meanwhile by implementing Act No. 183/2014 issued by the Government under Parliamentary delegation, concerning the applicable rules to all employment contracts, both existing and future, go in the same direction as Legislative Decree No. 23/2015, which entails – only for newly hired employees – clear flexibility of indefinite contracts during the phase of termination of the employment contract and, consequently, also during the performance of the employment.

---

<sup>16</sup> Article 3, paragraph 2, of Legislative Decree No. 23/2015.

<sup>17</sup> Section 1455 of the Civil Code.

First, it is worth considering here article 3 of Legislative Decree No. 81/2015 which, by reformulating the provisions under section 2103 of the Civil Code, significantly loosens the restrictions weighing upon the employer in exercising the *ius variandi*. Indeed, at present, the power to horizontally change the employee's tasks is no longer limited to the tasks equivalent to the last tasks 'effectively fulfilled', but may include all tasks of the 'level and statutory category classification of the last [tasks] effectively fulfilled'; whilst the power to deskill the employee is generally recognised within the statutory category 'in the event of any change to the company's organisational structure having repercussions on the employee's position', that is a general possibility to which the collective bargaining agreements of any level may add others. Therefore, the prohibition of any amendments is strongly softened which, provided that entered into in a protected manner, could lead to the assignment of tasks belonging to statutory categories or to lower classification levels and also, if necessary, to a salary reduction.

Article 23 of Legislative Decree No. 151/2015 goes in the same direction, which reformulates article 4 of the Workers' Statute. Indeed, the new provision also includes in the area of lawful exercise of the control power – regardless of any trade union or administrative filter – the case of remote control (not unintentional, but direct) over the fulfilment of the respective work, carried out through the 'instruments used by the employee to do his/her work and the instruments for recording accesses and attendance'.

The regulatory amendment as a whole therefore outlines an indefinite contract characterised by an expansion of the employer's powers – and, therefore, by the employer's authority recovery – and, consequently, inevitably by a squeeze (in law and then *de facto*) of the employee's position and interests.

The 'new' indefinite contract is – finally – a very flexible and versatile contract, both in the phase of termination of the employment contract and throughout the performance of the employment. Indeed, it is true that flexibility kept developing in the past for a long period of time 'on the fringes' of indefinite contracts, by multiplying and loosening the restrictions, as well as by lowering the protection of 'non-standard' employment contracts – first of all, fixed-term contracts –. It has now moved to the heart of standard employment agreements.

#### **4 A NEW CENTRAL POSITION FOR INDEFINITE CONTRACTS WITHIN THE 'FLEXIBLE' CONTRACT FRAMEWORK?**

We must still ask ourselves if the doses of flexibility injected into the body of indefinite contracts are capable of making the latter rise again to the contract mostly chosen by employers,

thus outclassing the other forms of 'flexible' work and settling that dualism which has been affecting our labour market for many years.

Notwithstanding the statement included under article 1 of Legislative Decree No. 81/2015 – pursuant to which 'indefinite contracts constitute the customary form of employment contract' –, it does not seem that things stand like this.

Indeed, throughout the reform, the plethora of types of non-standard employment contracts provided for by law<sup>18</sup> has not been reduced at all and, moreover, the flexibility distinguishing them has not been reassessed but strengthened.

In particular, as regards fixed-term contracts – which constitute the most widespread 'flexible' contract and, therefore, the greatest 'competitor' of indefinite contracts –, Legislative Decree No. 81/2015 limits itself to reassert and, at the most, complete the framework outlined by Law by Decree No. 34/2014 (the so-called 'Poletti' Decree) which, as we may remember, had already led to the completion of the institution. As a matter of fact, on one hand, Legislative Decree No. 81/2015 confirms the final overcoming of the causality (and, thus, of the temporariness) of fixed-term contracts and, on the other hand, repropose two limits – one of temporary nature and one of quantitative nature – which, given the way in which they are structured, do not act as an effective barrier to the use of this type of contract: the wide temporary limit of 36 months as a whole – referred to the specific contract or to the series of contracts between the employer and the employee 'to fulfil tasks of equal level and statutory category'<sup>19</sup> – is liable to considerable internal modulation as a result of the high number of extensions allowed (equal to 5<sup>20</sup>). The quantitative limit fixed in a percentage of 20% of employees with indefinite contracts in force with the employer – however, subject to many objections – is assisted by an administrative sanction (thus reconfirming the provision under Law by Decree No. 34/2015) to be deemed, however, to be the only one, in accordance with the express exclusion in the event of breach of the transformation of the fixed-term contract into an indefinite contract<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Within the scope of employment contracts, the only type to be abrogated is the job sharing contract which, however, has remained almost unused in practice (cf. articles 41-45 of Legislative Decree No. 276/2003, abrogated by article 55, paragraph 1, letter d), of Legislative Decree No. 81/2015). As regards self-employment, instead, project based work is abrogated (articles 61-69 *bis*, of Legislative Decree No. 276/2003, abrogated by article 52 of Legislative Decree No. 81/2015). Joint ventures where the contribution of the member of the joint venture consists in his/her work (section 2549 of the Civil Code, as amended by article 53 of Legislative Decree No. 81/2015) are also abrogated.

<sup>19</sup> Article 19 of Legislative Decree No. 81/2015.

<sup>20</sup> Cf. article 21 of Legislative Decree No. 81/2015, which reconfirms the provisions under Law by Decree No. 34/2015.

<sup>21</sup> Article 23 of Legislative Decree No. 81/2015.

Any interest of the employee hired in breach of the quantitative limit to challenge the lawfulness of the contract is thus softened, since it would not obtain any benefit therefrom and, if anything, it would lead to risk the renewal or extension.

Therefore, in the system outlined by the Jobs Act, indefinite contracts and fixed-term contracts are put at the same level: the choice between one or the other is not subject to effective limits; both are widely flexible, both throughout the performance of the employment contract and in the phase of terminating the employment contract.

The employer shall then opt for an indefinite contract or for a fixed-term contract based on a mere assessment of costs.

And in so far as costs are concerned, it is clear that there is still a difference between the two types of contract even if, at present, it is rather slight<sup>22</sup>: any employer choosing the so-called indefinite contracts with 'increasing protection' must record in the financial statements the compensation it would be forced to pay were the judge to deem the dismissal unjustified; a cost which, instead, totally lacks in fixed-term contracts.

This is the reason why, through the '2015 Stability Law'<sup>23</sup>, indefinite contracts have been boosted financially with contributory reliefs<sup>24</sup>. Indeed, at present, the financial incentive tips the scales of the advantages – as regards costs, but not rules<sup>25</sup> – in favour of indefinite contracts.

Having stated the above, we must now ask ourselves whether indefinite contracts are bound to reoccupy ground compared to the different types of self-employment – project based work, freelance work coordinated by an employer, freelance professionals (VAT holders) –.

In this respect, Legislative Decree No. 81/2015 introduces the so-called work 'heter-organised' by the principal 'namely, exclusively personal and ongoing work, whereby the principal organises all performance related aspects, also including working hours and workplace' and foresees the application of the rules typical of employment<sup>26</sup>. Nonetheless, at the same time, as regards self-employment, the freelance work coordinated by an employer under section 409, No. 3, of the Code of Civil Procedure, still exists, however abrogating, at

---

<sup>22</sup> Moreover, as regards newly hired employees, in light of the fact that – as already stated – the compensation is calculated based on seniority.

<sup>23</sup> Law No. 190/2014.

<sup>24</sup> As regards any new hiring with an indefinite contract throughout year 2015, article 1, paragraph 118, of Law No. 190/2014 exempts the employer from paying the contributions for a maximum period of 36 months, save for the Inail (Industrial Injury Compensation Board) contributions and save for agricultural work, apprenticeship contracts and housework, for a maximum annual amount equal to Euro 8,060.00 for each worker. Furthermore, article 1, paragraph 20 *et seq.*, of Law No. 190/2014 has foreseen the full deductibility of the cost of indefinite term staff from the IRAP (Regional Business Tax) taxable base.

<sup>25</sup> The dismissal in contracts with 'increasing protection', even if unjustified, interrupts the employment contract.

<sup>26</sup> Article 2 of Legislative Decree No. 81/2015.

the same time, project based work and the related protection rules, thus leading to a clear employee protection regression<sup>27</sup>.

There are no doubts as to the fact that the legislator aims at widening the scope of application of the protection typical of employment, or better still and more precisely, at amending employment contracts by expanding the latter<sup>28</sup>. The new type of 'heter-organised' work has precisely this aim.

However, it is not clear whether the operation may be successful and, therefore, how much employment contracts – and the related protection – are bound to expand. It depends a lot on the meaning that interpreters will assign to the word 'heter-organisation' distinguishing the new type introduced by article 2 of Legislative Decree No. 81/2015<sup>29</sup>.

Only provided that 'heter-organisation' ever takes on a precise and definite meaning<sup>30</sup>, enabling the latter to clearly distinguish it from 'organisation' (*coordinamento*) typical of the freelance work organised by an employer<sup>31</sup>, and a wider meaning than that usually assigned to the 'heter-organisation' distinguishing section 2094 of the Civil Code, the new 'heter-organised employment' may effectively widen its own scope of application. Instead, should a confusing situation arise, it is very likely that employers will prevail freelance work organised by an employer under section 409, paragraph 3, of the Code of Civil Procedure – not only including fixed-term contracts, but also indefinite contracts –, maybe incurring the risk of a contract redefinition. Indeed, freelance work organised by an employer, as self-employed work, is excluded from the typical protection of employment contracts<sup>32</sup> (it is sufficient to think of the protection in the event of illness; of the rules on working hours; or of the maximum time limit,

---

<sup>27</sup> Article 52 of Legislative Decree No. 81/2015.

<sup>28</sup> This author agrees with the idea that article 2 of Legislative Decree No. 81/2015 changes the concept of employment under section 2094 of the Civil Code, by identifying the so-called 'heter-organised work', bound to embrace employment contracts. In this sense, T. Treu, *In tema di Jobs Act: il riordino dei tipi contrattuali*, in GDLRI, 2915, p. 163.

<sup>29</sup> However, the issue is made difficult by the fact of foreseeing many cases excluded from the scope of application of the rule, a possibility in which, however, the 'heter-organisation' condition could incur in practice (cf. article 2, paragraph 2, of Legislative Decree No. 81/2015).

<sup>30</sup> However, P. Ichino writes, *Sulla questione del lavoro non subordinato, ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli Stati membri*, in RIDL, 2015, II, p. 577, that 'the heter-organisation element seems to lack an appreciable distinctive value'.

<sup>31</sup> According to O. Razzolini, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni.*, in WP Massimo D'Antona 266/2015, p. 10 *et seq.*, the 'heter-organisation' takes the shape of a unilateral power that the principal exercises throughout the performance of the contract, whilst 'organisation' (*coordinamento*) needs be understood as an activity carried out upon the mutual agreement of the parties, either by virtue of the agreement reached in drawing up the agreement, or by virtue of a future negotiation.

<sup>32</sup> Only in some cases has the legislator expressly extended some of the protection typical of employment contracts to freelance work organised by an employer. For instance, the employment procedure (section 409, paragraph 3, of the Code of Civil Procedure); the waiver and settlement regime (section 2113 of the Civil Code); the employment receivables revaluation regime (section 429, paragraph 3, of the Code of Civil Procedure); the rules on strike of essential public services (Law No. 146/1990); social security protection.

or of the extension and renewal regime typical of indefinite and fixed-term contracts) and, thus, cheaper.

In any event, indefinite contracts and fixed-term contracts are by now equivalent in practice. And, therefore, it is not obvious that the new 'heter-organised employment' contracts – even if strictly interpreted – produce the effect of putting the indefinite contract with 'increasing protection' at the centre of the system'. Indeed, the employer could find it more advantageous to draw up a fixed-term contract inferring 'heter-organised' work.

The legislator is well aware of this and once again acts to boost – at least in this first phase – hiring with an indefinite contract of workers already parties to self-employment contracts (regardless of whether they are project based, freelance work organised by an employer in which ongoing and organised work is inferred, or self-employed contracts *tout court* drawn up with VAT holders), by providing in this respect for two types of benefits for the employer. The first is of financial nature: indeed, the drawing up of an indefinite contract involves the lapse of all administrative, contributory and tax unlawful acts related to the wrong definition of the previous self-employment contract. Instead, the second is of regulatory nature and concerns the past legal relationship between the parties: the conclusion of the indefinite contract is conditional upon an act of conciliation – to take place in a protected venue –, which needs to foresee the employee's waiver 'of all possible claims concerning the past employment contract'<sup>33</sup>. Hence, significant benefits – which are however added to the financial incentives already foreseen in general by the '2015 Stability Rule', as mentioned above – if we consider that the only *quid pro quo* would be the employer's obligation not to dismiss the employee during the twelve months following the hiring, unless if for cause.

Also from the latter standpoint, then, it is clear that the massive doses of flexibility generally introduced into the system do not ensure at all in themselves – and regardless of any incentives and benefits – that the indefinite contract may constitute, with the future in mind, 'the customary form of employment contract'.

## **5 "IN THE SPIRIT OF FLEXIBILITY": A SOLUTION FOR WHICH PROBLEMS?**

Finally, we need to ask ourselves for the problems that the new legal framework briefly described may solve.

---

<sup>33</sup> Article 54 of Legislative Decree No. 81/2015.

The problems afflicting the Italian labour market are clear and obvious to all: the high unemployment rate<sup>34</sup> and the low employment rate<sup>35</sup>; the marked dualism between protected employees, hired with an indefinite contract, and under protected workers – mainly young people–, confined in 'flexible' types of work<sup>36</sup>; the low productivity of labour<sup>37</sup>.

It is obvious that a labour market reform cannot in itself increase employment and reduce unemployment: their trend depends on the increase in the demand for goods – of which the labour requirements by companies are a dependent variable –, but certainly not on the amendments to the rules on employment<sup>38</sup>.

But this reform cannot even – in itself – settle the labour market dualism, by putting the indefinite contract at the centre of the system again.

As regards employment contracts, the loosening of restrictions and rules, precisely since made open-ended, does not remove the competitive advantage of fixed-term contracts, as such avoiding the rules on dismissal.

And any such situation could also arise in the alternative between 'heter-organised employment' contract and freelance work organised by an employer. Freelance work organised by an employer – already in itself advantageous since avoiding the protective rules typical of employment contracts (rules on illness, working hours, etc.) – could lead in fact to a valid functional substitute for employment contracts, should it be admitted by interpretation that there is some form of *unilateral power* of organisation by the principal (which is difficult to distinguish in practice by the employer's 'heter-organised' power typical of the new 'heter-organised employment').

Therefore, it is not the new rules – which inject doses of general flexibility into the system – but, if anything, the fact of providing for financial incentives in favour of indefinite contracts which may lead to settle the dualism afflicting our labour market. Therefore, it shall be necessary to maintain such incentives throughout time in order not to jeopardise the respective aim. However, without failing to mention that the overcoming of the labour market segmentation, if any, shall in any event take place 'on a fall', since the employment contract with 'increasing protection', as already stated, is certainly an indefinite contract, but is assisted by rules which are much softer than in the past as regards dismissal protection.

---

<sup>34</sup> Equal to 12.1% in the second half of 2015 and to 11.9% as at August 2015. The youth unemployment rate during the same period is equal to 41.1% and in the regions of Southern Italy to 57.4% (source: *Istat*, that is the Italian National Statistical Institute).

<sup>35</sup> Equal to 56.3% in the second half of 2015 (source: *Istat*).

<sup>36</sup> The rate of new fixed-term contracts in 2014 was equal to 68% (source: MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Rapporto annuale sulle comunicazioni obbligatorie 2015*).

<sup>37</sup> In 2014 labour productivity, calculated as the added value for each worked hour, fell by 0.7%.

<sup>38</sup> As regards these problems 'the labour market has an essentially passive role'.

There still remains the issue of the increase in labour productivity.

Also from this standpoint, it does not seem that the reform is going in the right direction. Indeed, the new rules make reference to a model based on an exasperated competition between insiders and outsiders, where the increase in the employed worker's commitment arises out of the fear to be dismissed (cheaply) and replaced with another more efficient, willing and (since newly hired) cheaper unemployed worker. It would have been better, instead – for the specific workers and for the system – to strengthen the mutual link between the employer and the employee, foreseeing a contractual model in which, after an initial probation period, the protection against a flawed dismissal was really bound to grow<sup>39</sup>, thus facilitating the mutual trust between the parties and, therefore, favouring greater commitment on the employee's side in view of the employer's targets but, at the same time, also the employer's involvement for the purposes of the employee's professional growth.

Were the new regulatory model 'in the spirit of flexibility' provided to us by the reform, thus, to very likely produce an increase in labour productivity, it will do so not for the increased value of the contribution of workers of greater professional competence, but rather as a result of the salary reduction.

---

<sup>39</sup> Cf. the proposal of the so-called “*contratto ad affidamento crescente*” of B. Caruso, *Nel cantiere del contratto di inserimento: il contratto ad “affidamento crescente*”, 12 May 2014, in [www.nelmerito.it](http://www.nelmerito.it); Id., *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto. Variazioni sul tema*, in WP Massimo D’Antona, 265/2015, p. 21.

# LA NUOVA DIRETTIVA EUROPEA SULL'ACQUISIZIONE E SALVAGUARDIA DEI DIRITTI PENSIONISTICI COMPLEMENTARI ALLA PROVA CON IL DIRITTO NAZIONALE ITALIANO

## THE NEW EUROPEAN DIRECTIVE ON THE ACQUISITION AND SAFEGUARDING OF COMPLEMENTARY PENSION RIGHTS TO THE TEST WITH ITALIAN NATIONAL LAW

Di Michele Squeglia<sup>1</sup>

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. La sfera di applicazione della direttiva 2014/50/UE: il “collegamento” dei regimi pensionistici complementari a un rapporto di lavoro. – 3. I “requisiti minimi” di acquisizione dei diritti pensionistici complementari. – 4. La tutela dei “diritti giacenti” nell’ambito del regime nel quale sono acquisiti. – 5. Il diritto di informazione sulle conseguenze della cessazione del rapporto di lavoro.

**SUMMARY:** 1. Introduction. 2. The scope of Directive 2014/50 / EU: the "link" of supplementary pension schemes to an employment relationship. 3. The "minimum requirements" for the acquisition of supplementary pension rights. 4. Protection of "dormant rights" under the regime in which they are acquired. 5. The right to information on the consequences of termination of employment.

### 1 INTRODUZIONE

Il prossimo recepimento della direttiva 2014/50/UE del 16 aprile 2014 – previsto entro il 21 maggio 2018 – avente ad oggetto «i requisiti minimi per accrescere la mobilità dei lavoratori tra Stati membri migliorando l’acquisizione e la salvaguardia dei diritti pensionistici complementari» – se porrà, da un lato, delicate e specifiche questioni di trasposizione, attinenti al principio della “libera circolazione delle persone” e della “mobilità professionale” con specifico riferimento ai sistemi pensionistici complementari dei diversi Stati membri, dall’altro, avrà modo di convalidare l’archetipo dell’impianto regolatorio introdotto dal legislatore italiano con il d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, e, più in generale, del sistema di previdenza complementare.

La chiave di collegamento per comprendere la direttiva è offerta dal principio della libertà di circolazione delle persone (*ex art. 45 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea*) che, lungi dall’essere disperso nel momento in cui si tratta di ridurre gli «ostacoli alla mobilità dei lavoratori creati da alcune regole concernenti i regimi pensionistici

---

Artigo recebido em 20/04/2018.

Artigo aprovado em \_\_/\_\_/\_\_

<sup>1</sup> Professore di Diritto del Lavoro nell’Università degli Studi di Milano; Dottore di Ricerca in Diritto del Lavoro nell’Università degli Studi di Bergamo; Master in Assicurazioni, Assistenza e Previdenza nell’Università di Castellanza; Specialista in Diritto del Lavoro nell’Università degli Studi di Napoli Federico II.

complementari», è recuperato e legislativamente modellato nei nuovi termini del dettato comunitario allo scopo di «migliorare e salvaguardare i diritti pensionistici complementari degli iscritti a tali regimi [...], riducendo gli ostacoli creati da alcune regole relative ai regimi pensionistici complementari collegati a un rapporto di lavoro [...]». All'evidenza, la questione si presenta affatto marginale per quegli Stati membri nei quali la previdenza complementare è significativamente diffusa. Specie se quella libertà, che consente ai lavoratori di trasferirsi in zone in cui vi è mancanza di manodopera o vi sono maggiori possibilità di occupazione, superando le strozzature che operano sul mercato del lavoro, finisse per scontrarsi con decisioni di natura previdenziale che farebbero desistere il lavoratore dal servirsene a causa del più elevato livello di protezione promesso dal proprio Paese di origine. E ciò differentemente dalla parallela libertà di prestazione di servizi (*ex art. 56 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*) che attiene segnatamente al diritto delle imprese di prestare servizi in un altro Stato membro distaccando temporaneamente i dipendenti in tale Stato alle stesse condizioni imposte da tale Stato ai propri cittadini. Prima di procedere all'analisi di merito della direttiva, sia consentita qualche riflessione sul contesto generale nel quale il legislatore comunitario si è mosso.

Dal fitto reticolato normativo si evince che solo in tempi relativamente recenti la previdenza complementare ha assunto un ruolo rilevante nel quadro europeo della sicurezza sociale. Del resto, se «la creazione di un grande mercato interno non deve essere finalizzata a rafforzare solo il settore dell'economia, del commercio, dei servizi, ma anche a cercare basi comuni per migliorare il benessere di tutti i cittadini, realizzare i diritti sociali fondamentali degli stessi e creare uno spazio sociale europeo che garantisca un'integrazione non solo a livello economico, ma anche sociale tra gli Stati membri» (R. PESSI, P. SANDULLI, *Le prospettive comunitarie in materia di previdenza integrativa*, in G. GEROLDI, T. TREU (a cura di), *Crisi e riforma dei sistemi pensionistici in Europa*, Franco Angeli, 1993, 216), ciò non significa che la protezione, per l'appunto, sociale dei lavoratori e, in particolare, il sistema della previdenza complementare, siano stati assistiti fin dall'origine da una organica regolazione, trattandosi per converso di materia eterogenea per normativa, fini e valutazione.

Solo quando è emerso il problema rappresentato dall'invecchiamento demografico, dalla copertura di mezzi adeguati di vita all'atto del pensionamento e, più in generale, dalla crisi del sistema previdenziale obbligatorio, si è manifestata la maggiore consapevolezza degli Stati membri sul ruolo della previdenza di secondo livello come «strumento in grado di svolgere almeno in parte i compiti specifici della previdenza pubblica» (cfr. P. LOI, *Fonti e disciplina della previdenza complementare nel diritto comunitario*, in A. TURSI (a cura di), *Le*

*fonti normative e negoziali della previdenza complementari in Europa*, Giappichelli, 2013, tomo II, 11; M. CINELLI, S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella riforma della previdenza complementare: l'esperienza italiana in prospettiva europea*, in S. SCIARRA (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, Il Mulino, 2007, 213 ss.; P. OLIVELLI, *Previdenza complementare e obbligatoria, complementare e privata*, in P. OLIVELLI, R. PESSI (a cura di), *La previdenza complementare nella Comunità Europea*, Giuffrè, 1992, 18 ss.).

Ne sono prova i regolamenti comunitari, emanati al fine di disciplinare i regimi di sicurezza sociale per i lavoratori subordinati, autonomi e i loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, che hanno costantemente escluso dal loro ambito di applicazione i regimi pensionistici complementari (cfr. i primi quattro commi del regolamento CE n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 che ha sostituito il precedente regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio del 14 giugno 1971), ivi comprese le regole in materia di totalizzazione dei periodi assicurativi.

Così, una volta ammessa la “rilevanza sociale” della progettazione e dell'attuazione della previdenza complementare, il problema si è spostato sulla necessità di evitare che le diverse discipline nazionali potessero in qualche modo generare condizionamenti alla libertà di circolazione dei lavoratori (cfr. L. NOGLER, *Quale sicurezza sociale nell'Unione Europea?*, in *RGL*, 1994, 50) e, conseguentemente, sui possibili rimedi da adottare nei casi di eventuali e possibili conflitti.

Dagli atti della Commissione europea, formulati dalla fine degli anni Ottanta e agli inizi degli anni Novanta (in particolare, le comunicazioni del 29 novembre 1989 e del 22 luglio 1991), emerge chiara la possibilità di valorizzare, sulla base delle previsioni contenute nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989 (e in particolare dell'art. 18), il diritto dei lavoratori alle prestazioni di sicurezza sociale «d'un niveau suffisant» e gli «interessi sociali oggettivi» connessi alla previdenza complementare (si veda M. DE LUCA, *Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali: profili problematici e prospettive*, in *FI*, V, 1990, 129; S. SCIARRA, *Riflessioni sulla Carta Europea dei diritti fondamentali*, in *ADL*, 2001, 408).

Un siffatto posizionamento della protezione sociale non poteva non produrre effetti rilevanti sul piano dell'interpretazione del dato normativo. Difatti, anche la giurisprudenza comunitaria aveva riconosciuto, da tempo risalente, anche se con indirizzi non sempre coerenti, che «lo scopo degli artt. 48-51 del Trattato non sarebbe raggiunto se i lavoratori migranti, a seguito dell'esercizio del loro diritto alla libera circolazione, fossero privati dei

vantaggi previdenziali garantiti loro dalle leggi di uno Stato membro; una tale conseguenza potrebbe dissuadere il lavoratore comunitario dall'esercitare il diritto alla libera circolazione e costituirebbe pertanto un ostacolo a tale libertà» (C. giust., sez. VI, 4 ottobre 1991, causa C-349/87, *Paraschi*; si vedano anche C. giust. 7 marzo 1991, causa C-10/90, *Masgio*, punto 18 della motivazione; C. giust. 22 febbraio 1990, causa C-228/88, *Bronzino*, punto 12 della motivazione).

È con il *Libro verde sui regimi pensionistici integrativi nel mercato unico* del 10 giugno 1997, COM(1997)283 def., che i timori, dapprima solo paventati, finiscono per concretizzarsi nella specifica individuazione dei profili nascenti dall'applicazione della disciplina della previdenza complementare che possono effettivamente compromettere la mobilità transfrontaliera nell'Unione europea. In specie, si argomenta di «un'azione legislativa a livello comunitario, limitata, per lo meno nella fase iniziale», al mantenimento dei diritti acquisiti per i contribuenti che cessano l'adesione attiva ad un regime pensionistico integrativo a seguito di un trasferimento per motivi di lavoro da uno Stato membro all'altro; ovvero alla garanzia dell'applicazione del principio attinente alla libera circolazione dei capitali e dei pagamenti e dell'individuazione di misure idonee affinché vengano pagate in altri Stati membri tutte le prestazioni spettanti in virtù del regime di pensione integrativa; e, infine, all'agnizione di criteri che consentano ai lavoratori, temporaneamente distaccati dal datore di lavoro in un altro Stato membro, di continuare a versare contributi al sistema pensionistico integrativo del Paese in cui hanno precedentemente lavorato. Particolarmente significativi sono i passaggi argomentativi del Libro verde dedicati alla indispensabilità di regole aventi ad oggetto l'acquisizione definitiva dei diritti da parte del lavoratore di uno Stato membro e quelle relative alla trasferibilità da uno Stato membro all'altro dei diritti pensionistici maturati. Nel primo caso, si precisa che «qualsiasi cambiamento di posto di lavoro prima di aver acquisito un diritto ai fini pensionistici implica che per tale periodo contributivo non verrà erogata alcuna pensione di anzianità [...] il trasferimento oltre confine per motivi di lavoro comporta l'adesione ad un nuovo regime pensionistico. Ciò può essere pertanto considerato un ostacolo alla mobilità transfrontaliera della manodopera».

In ordine alle difficoltà connesse alla trasferibilità, la Commissione si sofferma sulla natura degli ostacoli, da collegare al trasferimento dei diritti acquisiti ad un sistema pensionistico di un altro Stato membro diverso da quello nel quale i contributi sono stati versati, che «possono prendere la forma di leggi o di disposizioni attuative dei regimi pensionistici». Ne consegue allora che «il computo degli importi trasferibili penalizzando chi

lascia il regime pensionistico nonché una inadeguata tutela dei diritti “quiescenti” rappresentano seri ostacoli alla mobilità del lavoro».

La direttiva 98/49/CE del Consiglio del 29 giugno 1998 che, come noto, offre la definizione all'art. 3, lett. *b*, dei regimi pensionistici complementari da intendersi come «regimi pensionistici complementari di categoria stabiliti in conformità delle legislazioni e delle prassi nazionali, come contratti di assicurazione di gruppo, regimi a ripartizione convenuti da uno o più rami o settori, regimi basati su fondi pensione o promesse di pensione garantite da riserve contabili, o qualsiasi sistema collettivo o altro sistema analogo, intesi a fornire una pensione complementare a lavoratori subordinati o autonomi», si propone, impiegando alcuni postulati della tecnica di ordinamento dei sistemi pubblici di sicurezza sociale (così A. SGROI, *La trasferibilità della posizione previdenziale individuale nel mercato comune*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, Utet, 2004, IV, 83 ss.), di tutelare i diritti degli iscritti a regimi pensionistici complementari che si spostano da uno Stato membro all'altro, contribuendo alla rimozione degli ostacoli che si frappongono alla libera circolazione dei lavoratori subordinati e autonomi all'interno della Comunità (art. 1).

Essa, pur costituendo «una prima misura specifica intesa a migliorare l'esercizio del diritto alla libera circolazione dei lavoratori per quanto attiene ai regimi pensionistici complementari» (quarto considerando della direttiva 2014/50/UE in commento; in precedenza si veda anche la comunicazione della Commissione del 12 settembre 2003, rubricata *Second stage consultation of social partners on measures to improve the portability of occupational pension rights*, SEC(2003)916, 10), riconosce un debole principio di parità di trattamento (cfr. S. GIUBBONI, *La previdenza pensionistica complementare e le regole del mercato integrato*, in *LD*, 2008, 668) che si traduce o nel mantenimento dei diritti a pensione acquisiti dai lavoratori iscritti ad un regime pensionistico complementare nei confronti dei quali non vengono più versati contributi per il fatto di spostarsi da uno Stato membro ad un altro, nella stessa misura riservata agli iscritti nei confronti dei quali i contributi non vengono più versati, ma che restano nel primo Stato membro (art. 4), o nella garanzia dei regimi pensionistici complementari degli altri Stati membri di erogare tutte le prestazioni spettanti al netto delle imposte e delle spese di transazione eventualmente applicabili (art. 5), o, infine, nell'adottare misure necessarie per consentire che i contributi ad un regime pensionistico con sede in uno Stato membro continuino ad essere versati da o per conto del lavoratore distaccato che è iscritto a detto regime, durante il periodo di distacco in un altro Stato membro (art. 6).

In definitiva, la direttiva 98/49/CE finisce per incidere marginalmente dovendo, da un lato, fare i conti con «l'eterogeneità dei sistemi nazionali» (S. GIUBBONI, *op. cit.*, 670) e, dall'altro, contribuendo a generare all'interno della Comunità «a causa dell'inveramento del principio di parità [...], una possibile area di disuguaglianza che sarebbe auspicabile rimuovere individuando un regime minimo obbligatorio per tutti gli Stati» (A. SGROI, *op. cit.*, 101 ss.).

Ciò contribuisce a spiegare anche il mancato recepimento della direttiva di numerosi Stati membri tra cui l'Italia, che «ha ritenuto essere il proprio ordinamento interno già sostanzialmente adeguato alle prescrizioni in tema di parità di trattamento» (A. TURSI, *Note introduttive: la terza riforma della previdenza complementare*, in A. TURSI (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, in *NLCC*, 2007, 550).

Ad ogni modo, merita di essere evidenziato che oramai sembra palesarsi quella «consapevolezza della funzione dell'istituto di previdenza complementare [...] e che solo un'adeguata protezione delle aspettative maturate possa consentire il consolidamento della previdenza complementare, specie laddove permanga la volontarietà dell'adesione» (R. PESSI, *È possibile un welfare europeo*, in *MGL*, 2008, 4, 226).

La successiva comunicazione della Commissione al Consiglio di primavera 2005 (*Lavorare insieme per la crescita e l'occupazione – Il rilancio della strategia di Lisbona*, COM(2005)24, 2 febbraio 2005, 33) conclusivamente sottolineerà l'opportunità di presentare una serie di proposte per rimuovere gli ostacoli «alla mobilità dei lavoratori» derivanti dai regimi pensionistici professionali. Quella della possibile discriminazione sulla mobilità che può produrre lo stesso effetto dissuasivo che discende dalle discriminazioni «sulla nazionalità» (si veda anche P. LOI, *Fonti e disciplina della previdenza complementare nel diritto comunitario*, in A. TURSI (a cura di), *Le fonti normative e negoziali della previdenza complementari in Europa*, cit., 11) è valutazione che si fonda su alcuni fondamentali elementi emergenti dalla giurisprudenza della Corte e precisamente: nella causa C-190/98 del 16 settembre 1999 i giudici comunitari hanno ribadito che le «disposizioni, anche indistintamente applicabili, che impediscano ad un cittadino di uno Stato membro di lasciare il paese d'origine per avvalersi del diritto alla libera circolazione, o che lo dissuadano dal farlo, costituiscono quindi ostacoli frapposti a tale libertà [...]. Tuttavia, per poter costituire ostacoli del genere, occorre che esse condizionino direttamente l'accesso dei lavoratori al mercato del lavoro negli altri Stati membri» (si veda, in tal senso, anche C. giust. 10 maggio 1995, causa C384/93, *Alpine Investments*, in *Racc.*, I-1141, punti 36-38).

I passaggi appena delineati sono tali da evidenziare come sarebbe, davvero, frutto di operazione ermeneutica riduttiva ritenere il solo divieto di “discriminazione sulla nazionalità” sufficiente ad evitare il rischio che «il lavoratore migrante possa perdere in conseguenza dell'esercizio della libertà di circolazione, i diritti previdenziali maturati in relazione ai periodi di lavoro già svolti nello Stato membro di origine» (cfr. S. EMILIANI, *La previdenza complementare come ostacolo alla libera circolazione in ambito comunitario*, in *RDSS*, 2009, 1, 70, nota 24). A questo riguardo è possibile trovare diretta conferma di quanto appena detto dalla comunicazione della Commissione del 6 dicembre 2007 avente ad oggetto *La mobilità, uno strumento per garantire nuovi e migliori posti di lavoro: Piano d'azione europeo per la mobilità del lavoro (2007-2010)*, COM(2007)773, 4 e 5, 9, nella quale viene evidenziata *prima facie* la «grande importanza delle politiche che potenziano la capacità di risposta dei mercati del lavoro laddove incentivano la mobilità geografica e professionale ai fini della creazione di posti di lavoro e dello sviluppo dell'occupabilità e dell'adattabilità della forza lavoro UE in un contesto di rapida evoluzione dei mercati del lavoro». E ancora che occorre «informare meglio i cittadini dei loro diritti in materia di libera circolazione e convincerli dei benefici della mobilità per la loro carriera professionale».

D'altra parte, dalla strategia di Lisbona e dai principi contenuti nell'Agenda sociale (2006-2010) è rappresentata la rilevanza del ruolo che la “mobilità professionale” è chiamata a spiegare sulla materia della previdenza complementare: da un lato, contribuire a migliorare la capacità di adattamento dei lavoratori e delle imprese e, dall'altro, a favorire la flessibilità dei mercati del lavoro.

Dunque, la direttiva 2014/50/UE è frutto dei diversi ribollimenti a livello comunitario che oramai lo stesso Parlamento europeo fatica a tenere celati: basti riflettere ai precedenti tentativi, trasfusi in una proposta di direttiva, posti in essere dalla Commissione (proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al miglioramento della trasferibilità dei diritti a pensione complementare del 20 ottobre 2005, COM(2005)507) nella quale, in attuazione del programma di Lisbona, si era già ipotizzato di rimuovere gli specifici condizionamenti che potessero influire sulla scelta di una persona di cambiare occupazione, quali la salvaguardia dei requisiti minimi di acquisizione dei lavoratori in uscita ovvero dei diritti in sospenso nel fondo di origine, l'informazione dei lavoratori sulle conseguenze della mobilità e l'introduzione di una specifica garanzia di trasferibilità transfrontaliera delle posizioni pensionistiche complementari.

Una garanzia, quest'ultima, che prevedeva che gli Stati membri avessero dovuto adottare le misure necessarie «a garantire che un lavoratore in uscita, che nella nuova

occupazione non è più soggetto allo stesso regime pensionistico complementare, possa ottenere a richiesta, al più tardi entro diciotto mesi dopo la cessazione del rapporto di lavoro, il trasferimento all'interno di uno Stato membro o verso un altro Stato membro di tutti i diritti a pensione acquisiti» (art. 6).

Ma la vischiosità di questa disposizione, qualificata non a caso dalla dottrina «fortemente innovativa rispetto alla disciplina in vigore» (S. GIUBBONI, *op. cit.*, 671), si è da subito manifestata nella ferma convinzione, come spiega la stessa Commissione nella modifica (COM(2007)603 def., 9 ottobre 2007, 3) al testo della precedente versione della proposta di direttiva del 2005, «degli oneri eccessivi che si porrebbero a carico dei regimi pensionistici complementari e delle notevoli difficoltà di natura tecnica [...] (e, dunque) [...] fonte di complicazioni e di abusi» (cfr. anche il successivo Libro verde *Verso sistemi pensionistici adeguati, sostenibili e sicuri in Europa*, COM(2010)365 def., 13).

Allora tra la scelta di assicurare una specifica regolamentazione sulla portabilità della posizione individuale e quella di trovare una soluzione all'assenza attuale di una disciplina comune in ordine alla mobilità professionale associata alla previdenza complementare, si è giunti alla conclusione di stralciare la previsione contenuta nell'art. 6 e di pervenire quanto meno alla definizione di criteri minimi di tutela che salvaguardino il diritto ai pagamenti transfrontalieri delle pensioni complementari, l'acquisizione e il riconoscimento dei diritti pensionistici, l'affiliazione del lavoratore temporaneamente distaccato in un altro Stato membro, oltre alla garanzia di assicurare una compiuta e regolare informazione (artt. 5, 6 e 7).

Una scelta che trova conferma dalla rubrica della direttiva 2014/50/UE per l'appunto intitolata *Requisiti minimi per accrescere la mobilità dei lavoratori tra Stati membri migliorando l'acquisizione e la salvaguardia di diritti pensionistici complementari* senza alcun riferimento alla trasferibilità intracomunitaria delle posizioni pensionistiche complementari, a cagione della volontà di individuare più rassicuranti misure di conformazione (cfr. l'ottavo considerando).

Ad ogni modo, pare palesarsi l'idea che la direttiva possa contribuire a favorire quel «minimo comunitario di protezione sociale» (R. PESSI, *È possibile un welfare europeo*, in *MGL*, 2008, 4, 225), il «cui contenuto si evolve rispetto all'iniziale attitudine protettiva in chiave non discriminatoria e di libertà di circolazione verso una dimensione acquisitiva di uno statuto protettivo». Diversamente dalla direttiva 2003/41/CE, nella quale non è il principio di libertà di circolazione dei lavoratori, bensì i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, in linea di continuità con il «quadro di azione per i servizi finanziari», di cui alla comunicazione della Commissione dell'11 maggio 1999, essa si propone di evitare,

come ammette lo stesso legislatore comunitario spiegando “le ragioni” che lo hanno spinto ad intervenire, «la possibilità di decadenza dei diritti pensionistici complementari [...] qualora il rapporto di lavoro termini prima che il lavoratore abbia completato un periodo minimo di iscrizione nel regime [...], o prima che abbia raggiunto l'età minima può precludere ai lavoratori che si spostano fra gli Stati membri l'acquisizione di diritti pensionistici adeguati» (diciassettesimo considerando). Tuttavia, il risultato che ne è conseguito non può non suscitare qualche tensione interpretativa in sede di trasposizione nell'ordinamento nazionale che si avrà modo di indicare nella successiva analisi delle norme. Resta, comunque, il dato che segnare, in nove articoli, la disciplina della mobilità professionale del lavoratore in ordine ai «regimi pensionistici complementari connessi a un contratto di lavoro», ad eccezione dei regimi obbligatori di sicurezza sociale disciplinati dal regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, non è stato, e presumibilmente non sarà, agevole. Il rischio è quello di un impatto per così dire “diseguale”, specie considerando che alcuni Stati membri non ne sono pressoché interessati. Ciò non significa minimizzarne la portata, ma piuttosto ricondurla nella sua esatta dimensione: il riconoscimento di specifici diritti al lavoratore nell'ambito della previdenza complementare deve tener conto delle diversità registrate nei diversi ordinamenti nazionali, con le quali occorrerà confrontarsi affinché si trovi il giusto equilibrio fra le ragioni comunque prioritarie delle aspettative e diritti degli iscritti ai regimi pensionistici e quelle del mercato, della sostenibilità dei regimi esistenti e, infine, dell'adeguatezza della prestazione pensionistica complementare. Le soluzioni offerte positivamente da siffatte norme ad alcuni problemi della previdenza complementare trovano rispondenza nella tecnica legislativa dei “criteri minimi”, in luogo delle legislazioni nazionali che si presentano o mute al riguardo o suscettibili di equivoche interpretazioni.

Se ciò è vero si deve pure riconoscere che la direttiva non rimette in discussione il diritto di ciascun Paese a organizzare i propri regimi pensionistici, dal momento che essi «conservano la piena responsabilità dell'organizzazione e nel recepire la direttiva non sono tenuti a introdurre una legislazione che disponga l'istituzione di regimi pensionistici complementari» (nono considerando). Ma è altrettanto vero che l'effettività delle norme è imprescindibilmente legata all'attuazione che esse riceveranno nell'ordinamento del singolo Stato: sotto questo profilo, la direttiva individua dei requisiti minimi, lasciando ad essi non solo libertà di adottare o di mantenere le disposizioni eventualmente più favorevoli, ma allo stesso tempo escludendo che la sua attuazione possa in qualche modo giustificare un passo indietro rispetto alla situazione preesistente in ciascun Stato membro.

Così, preso atto delle sostanziali difformità delle discipline nazionali che regolano la previdenza complementare, la direttiva mira a rendere più omogenee siffatte discipline, facendole convergere verso un trattamento giuridico se non unitario quantomeno tendente alla “conformazione”. Ciò rende edotti i motivi per cui si è deciso di emanare tale fonte normativa che, per espressa previsione contenuta nell'art. 2, comma 4, si applica «unicamente ai periodi di occupazione successivi al suo recepimento», anziché un regolamento (che, come è noto, non deve essere oggetto di provvedimento statale a contenuto riproduttivo, integrativo o esecutivo: si veda C. cost. n. 183/1973, in *GCost*, 1973, 2413), caratterizzandosi la direttiva per una valenza più stringente nonché per l'immediata applicazione del proprio contenuto (o, secondo la nota definizione di A. PIZZORUSSO, di «mere indicazioni di scopi» in *Fonti del diritto, Disposizioni sulla legge in generale*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli, 1977, 478), oltre a meglio adattarsi alla caratteristica della volontarietà cui soggiace la prevalenza dei regimi di previdenza complementare (cfr. il ventiseiesimo considerando). Presentandosi impostata sull'“obbligo di conformazione” («gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 21 maggio 2018, ovvero garantiscono che entro tale data le parti sociali introducano le disposizioni richieste mediante accordo»), il legislatore nazionale non può discostarsi dalle statuizioni contenute nella direttiva in modo da abbassare la soglia di tutela offerta dalla libertà di circolazione dei lavoratori. Da questo punto di vista, l'obbligo di conformazione converge su quello di armonizzazione e, dunque, sull'eliminazione delle differenze di trattamento normativo esistenti nei diversi ordinamenti rispetto a certe materie (cfr. la definizione contenuta in R. FOGLIA, G. SANTORO-PASSARELLI, *Profili di diritto comunitario del lavoro*, Giuffrè, 1997, 75).

Si aggiunga poi che, sulla base dell'art. 7 della direttiva, rubricato *Requisiti minimi e di non regressione*, gli Stati membri, da un lato, «possono adottare o mantenere disposizioni più favorevoli rispetto a quelle fissate dalla fonte comunitaria in materia di acquisizione di diritti pensionistici complementari per i lavoratori, di salvaguardia dei diritti pensionistici complementari dei lavoratori in uscita nonché del diritto all'informazione per gli iscritti attivi e i beneficiari differiti» (comma 1); dall'altro, il recepimento della direttiva non deve in alcun caso costituire «motivo di riduzione dei diritti esistenti per l'acquisizione e la salvaguardia di diritti pensionistici complementari o del diritto all'informazione degli iscritti attivi o dei beneficiari negli Stati membri» (comma 2).

Parrebbe allora che l'applicazione di siffatta clausola di regressione possa far derivare in capo al singolo Stato, come già segnalato in precedenza da alcuni autori, «un vincolo diverso rispetto a quello della mera trasposizione della disciplina sostanziale derivante dalla direttiva, e dunque del semplice “adattamento” dell'ordinamento interno a quello comunitario [...], e più precisamente [...] ai poteri regolativi interni del singolo ordinamento rispetto alla materia disciplinata dalla direttiva» (U. CARABELLI, V. LECCESE, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, Working Paper CSDLE “Massimo D'Antona”.INT, 2005, n. 35, 2 e 47).

Peraltro agli Stati membri è fatto obbligo di comunicare alla Commissione tutte le informazioni disponibili in merito all'applicazione della direttiva entro il 21 maggio 2019 (art. 9): ciò significa che ogni Stato membro deve attestare la sussistenza di una “evoluzione” della propria situazione in modo da fornire un'adeguata giustificazione sul piano politico-istituzionale.

Tirando le somme del discorso qui condotto, la direttiva si presenta dunque significativa per diversi ordini di motivi: a) istituzionalizza nell'ambito dei regimi di previdenza complementare la mobilità professionale dei lavorativi tra gli Stati membri «riducendo gli ostacoli creati da alcune regole relative ai regimi pensionistici complementari collegati a un rapporto di lavoro»; b) traccia le condizioni ai fini dell'acquisizione dei diritti pensionistici complementari, della salvaguardia dei diritti pensionistici in sospeso nonché della trasformazione dei diritti acquisiti; c) stabilisce un flusso di informazioni che gli Stati membri sono tenuti ad assicurare agli iscritti attivi e ai beneficiari differiti in merito «alle conseguenze della mobilità e della cessazione del rapporto di lavoro sui loro diritti pensionistici complementari».

Preliminarmente occorre individuare l'ambito di riferimento entro cui circoscrivere i regimi pensionistici complementari che sono destinatari della direttiva 2014/50/UE.

## **2 LA SFERA DI APPLICAZIONE DELLA DIRETTIVA 2014/50/UE: IL “COLLEGAMENTO” DEI REGIMI PENSIONISTICI COMPLEMENTARI A UN RAPPORTO DI LAVORO**

Trattandosi di «regimi pensionistici complementari connessi ad un contratto di lavoro istituiti in base alla legislazione e alle prassi nazionali» e, dunque, presentandosi funzionalizzati a forme di tutela a favore di soggetti in condizione professionale come ad esempio «i contratti di assicurazione di gruppo o i regimi a ripartizione convenuti da uno o

più rami o settori, i regimi a capitalizzazione o le promesse di pensione garantite da riserve contabili delle imprese, o qualsiasi altro accordo collettivo o analogo» (secondo e undicesimo considerando), oltre alla già riferita esclusione dei sistemi obbligatori di sicurezza sociale, disciplinati dal regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, la direttiva 2014/50/UE individua gli ambiti di applicazione, articolandoli su due livelli: il primo verticale, il secondo trasversale.

Così, primieramente sono esclusi, ai sensi dell'art. 2, quei regimi pensionistici complementari per i quali le adesioni dei nuovi iscritti attivi sono cessate all'atto dell'entrata in vigore della fonte comunitaria e che restano preclusi ai nuovi iscritti nonché quelli soggetti a misure comprendenti l'intervento di organi amministrativi istituiti dalla legislazione nazionale o di organi giurisdizionali, non oltre il termine previsto per il loro intervento, con l'obiettivo di mantenere o di ripristinare la loro situazione finanziaria, ivi compresa la procedura di liquidazione.

L'undicesimo considerando, di contenuto emblematicamente esemplificativo, e l'art. 3, lett. *b*, chiariscono che la fonte comunitaria si dirige «a qualsiasi regime pensionistico aziendale o professionale istituito conformemente al diritto e alle prassi nazionali e collegato a un rapporto di lavoro, inteso a corrispondere una pensione complementare ai lavoratori dipendenti». Dal che si deduce l'implicita esclusione dei regimi previdenziali individuali ai quali non partecipi il datore di lavoro e delle prestazioni di invalidità e superstiti, sebbene per queste ultime sia estesa la tutela prevista in materia di salvaguardia dei diritti pensionistici in sospenso e di applicazione della disciplina informativa (cfr. art. 2, comma 3). Da questo punto di vista, una tale deroga prova ad escludere specifici condizionamenti sulla scelta del lavoratore in ordine alla sua libertà di circolazione, la quale in assenza di protezione potrebbe essere influenzata da discipline più favorevoli in caso di invalidità e morte.

Del pari sono esclusi i fondi di garanzia istituiti a fronte di insolvenza o di adeguamenti compensativi «che non fanno parte dei regimi pensionistici complementari connessi a un rapporto di lavoro e che mirano a salvaguardare i diritti pensionistici dei lavoratori in caso di insolvenza dell'impresa o del regime pensionistico» (tredicesimo considerando), i fondi nazionali di riserva per le pensioni, il pagamento *una tantum*, corrisposto direttamente o indirettamente da un datore di lavoro, qualora non sia connesso al versamento dei contributi ai fini dell'ottenimento di una pensione complementare (cfr. anche il quindicesimo considerando).

Sul piano della trasversalità, la direttiva prende in considerazione le caratteristiche e la natura particolare dei regimi complementari e, soprattutto le differenze fra i diversi Stati

membri che suggeriscono di escluderne l'applicazione nei casi di acquisizione e salvaguardia dei diritti pensionistici complementari per i lavoratori che si spostano «all'interno di un solo Stato membro» (art. 2, comma 5).

### **3 I “REQUISITI MINIMI” DI ACQUISIZIONE DEI DIRITTI PENSIONISTICI COMPLEMENTARI**

Se il ragionamento seguito dal legislatore comunitario è quello di lasciare agli Stati membri il compito di garantire che i diritti pensionistici acquisiti dai lavoratori in uscita rimangano nell'ambito del regime pensionistico complementare nel quale sono stati acquisiti, la previsione contenuta nell'art. 4 della direttiva 2014/50/UE interviene sulle disposizioni nazionali che subordinano l'acquisizione dei diritti pensionistici complementari al maturare di un certo periodo di iscrizione alla forma pensionistica complementare ovvero non ne consentono l'iscrizione prima del completamento di un certo periodo di occupazione o del raggiungimento di una certa età anagrafica.

In effetti, con tale disposizione ci si colloca nella logica degli standard minimi che ogni Stato membro è tenuto a garantire, superando le diverse previsioni contemplate dai propri ordinamenti. È proprio nella logica degli standard minimi che un lavoratore che cessa la contribuzione in uno Stato membro per svolgere attività lavorativa dipendente in un altro Stato membro non dovrebbe perdere i diritti che ha già acquisito nell'ambito del primo regime pensionistico e che avrebbe conservato se avesse cambiato datore di lavoro senza trasferirsi in un altro Stato membro (cfr. S. EMILIANI, *op. cit.*, spec. 76).

Si è già riferito che la facoltà di trasferire la posizione individuale maturata ad una diversa forma pensionistica e dunque la portabilità del montante accumulato, quale possibile alternativa tra il trasferimento nel nuovo regime del diverso Stato membro e il mantenimento dei relativi diritti, non è contemplata dalla direttiva 2014/50/UE, sebbene la stessa contenga una scialba indicazione nel ventiquattresimo considerando in base alla quale «per facilitare la mobilità dei lavoratori tra Stati membri, gli Stati membri dovrebbero adoperarsi al massimo per migliorare la trasferibilità dei diritti pensionistici maturati, in particolare nel momento in cui vengono istituiti nuovi regimi pensionistici complementari».

Viene in sostanza proposto un approccio più prudente rispetto alle iniziali (e più ardite) intenzioni, al fine di assicurare «la disponibilità di una pensione complementare [...] quale mezzo per garantire il tenore di vita delle persone anziane» e, conseguentemente, intervenendo sulla mobilità professionale, con l'individuazione di specifici requisiti temporali

di “attesa” e di “acquisizione”. Limiti che, stante la definizione contenuta nell'art. 3, lett. *d e e*, agiscono o «sul periodo di occupazione richiesto dalla legislazione nazionale o dalle previsioni di un datore di lavoro, prima che il lavoratore maturi il diritto di iscriversi ad un regime complementare» o «sul periodo di iscrizione attiva ad un regime di previdenza complementare (il cd. periodo minimo), conformemente al diritto nazionale o alle norme di un regime pensionistico complementare, per acquisire il diritto alla pensione complementare accumulata».

Sulla base del dato normativo risultante dall'insieme di queste norme, si interviene, dunque, sui “maturandi” e sui “giacenti” diritti pensionistici complementari che in alcuni contesti normativi si ritengono acquisiti solo dopo diversi anni di lavoro dipendente prestato presso una impresa e, in alcune circostanze, soltanto al raggiungimento dell'età pensionabile; cosicché qualsiasi cambiamento di posto di lavoro prima di aver acquisito tali diritti determina l'impossibilità di erogare alcuna prestazione pensionistica complementare. Requisiti che non sono equiparati alle altre condizioni per l'acquisizione del diritto ad una rendita vitalizia, stabilite con riguardo alla fase di pagamento, in conformità alla legislazione nazionale o alle regole di determinati regimi pensionistici complementari, in particolare nei regimi a contribuzione definita. Così, per esempio, «non costituisce un periodo di acquisizione il periodo di iscrizione attiva che l'iscritto è tenuto a completare dopo aver acquisito il diritto a una pensione complementare al fine di poter vantare un credito sotto forma di rendita o di capitale» (diciottesimo considerando).

La novità non è dunque solo formale, ma piuttosto propriamente sostanziale: cioè attiene all'individuazione di un preciso periodo temporale che presenta l'evidente finalità di rimuovere gli specifici condizionamenti che si frappongono alla mobilità professionale nella misura in cui i lavoratori possono essere indotti a rimanere iscritti alla forma di previdenza complementare per il tempo necessario alla maturazione dei relativi diritti. Proprio per tale ragione, l'art. 3 della direttiva stabilisce che gli Stati membri «adottano le misure necessarie affinché se è applicato un periodo di acquisizione ovvero un periodo di attesa, o anche entrambi, il periodo totale non superi in alcun caso i tre anni per i lavoratori in uscita». Rispetto alle precedenti versioni della direttiva, il limite si presenta più basso: tre anni a fronte dei precedenti cinque riservati agli affiliati attivi di età inferiore ai 25 anni nella versione emendata del 2007 (cfr. (COM(2007)603 def., 3).

L'individuazione di un termine non superiore a tre anni che può essere raggiunto anche cumulando il periodo di attesa con quello di acquisizione (accogliendo quanto in precedenza aveva suggerito la Commissione con la comunicazione del 12 settembre 2003, rubricata

*Second stage consultation of social partners on measures to improve the portability of occupational pension rights*, SEC(2003)916, 12) lascia trasparire la consapevolezza dell'unicità del problema, insuscettibile a giudizio del legislatore comunitario di una diversa soluzione, che tiene conto della necessità di “conformare” le diverse norme nazionali di riferimento, adottando «le misure necessarie».

Si pone così un freno alle discipline nazionali, vigenti in alcuni Stati membri, nei quali per non perdere i diritti maturati è specificatamente previsto un periodo di attesa e/o di acquisizione: ad esempio, in Francia e Germania, prima che entrassero in vigore le recenti riforme in materia previdenziale, erano stabiliti periodi significativamente lunghi. Precisamente in Francia, prima della riforma avvenuta con la l. 21 agosto 2003, n. 775 (c.d. riforma Fillon) le forme di risparmio previdenziale imponevano una permanenza minima di dieci anni. Per tali forme, confluite ora obbligatoriamente nel nuovo strumento del PERCO (ovvero nel *Plan pour la retraite collectif*) che peraltro «è probabilmente l'unica forma pensionistica complementare assimilabile, sul piano ontologico ai nostri fondi pensioni negoziali» (A. OCCHINO, A. BOLLANI, *Previdenza e forme pensionistiche complementari in Francia*, in A. TURSI (a cura di), *Le fonti normative e negoziali della previdenza complementari in Europa*, cit., 116), non è previsto alcun termine minimo sebbene permanga, in caso di cessazione del rapporto di lavoro, l'impossibilità di ricorrere alla smobilizzazione, prevedendosi invece la conservazione della posizione maturata presso il vecchio datore di lavoro in attesa del raggiungimento dei requisiti per l'erogazione della prestazione. Anche in Germania, nel regime antecedente all'entrata in vigore della legge sul miglioramento della previdenza complementare aziendale (*Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung*: BetrAVG), i regolamenti delle forme di previdenza complementare prevedevano l'estinzione del diritto alle prestazioni pensionistiche complementari in caso di scioglimento del rapporto di lavoro prima del compimento dell'età prevista quale requisito di accesso (M. FERRARESI, N. VASCHELLO, *Fonti normative e negoziali della previdenza complementare nell'ordinamento tedesco*, in A. TURSI (a cura di), *Le fonti normative e negoziali della previdenza complementari in Europa*, cit., 243). Allo stato attuale è sancito quale periodo minimo un limite di cinque anni, decorrente dalla data di assunzione dell'obbligazione contrattuale da parte del datore di lavoro ai fini della maturazione del diritto a ricevere le future prestazioni.

In sede di recepimento della norma comunitaria nel nostro diritto interno, occorre segnalare l'assenza di previsioni legislative contenute nel d.lgs. n. 252/2005, in ordine al diritto definito “di attesa”: il legislatore nazionale lascia alle fonti contrattuali l'eventuale

compito di individuare un eventuale termine minimo ai fini dell'iscrizione alla forma pensionistica complementare. A questa facoltà hanno mostrato di aderire alcuni fondi negoziali, come accade, ad esempio, con riferimento ai lavoratori subordinati assunti con le tipologie contrattuali a tempo determinato, anche part-time, e ogni altra tipologia di rapporto di lavoro flessibile, in genere di durata pari o superiore a tre mesi continuativi (si vedano, ad esempio, le previsioni dell'art. 5, lett. c, contenute nello Statuto del Fondo pensione complementare a capitalizzazione per i lavoratori dell'industria alimentare e dei settori affini; nel settore pubblico quelle dell'art. 5, lett. c, contenute nello Statuto del fondo pensione Sirio per i lavoratori dei Ministeri, degli enti pubblici non economici, della presidenza del Consiglio dei Ministri, dell'ANAC e del Cnel).

Orbene, leggendo la direttiva alla luce della ricostruzione sopra proposta, la mancata regolazione nell'ordinamento interno di un diritto di attesa può essere collegato alla disposizione contenuta nell'art. 4, comma 2, e, dunque, alla facoltà degli Stati membri «di autorizzare le parti sociali a stabilire, mediante contratti collettivi, disposizioni diverse, nella misura in cui dette disposizioni non forniscano una protezione meno favorevole e non creino ostacoli alla libera circolazione dei lavoratori». Un eventuale arretramento protettivo costituirebbe una deviazione rispetto all'attuale conservazione dei trattamenti più vantaggiosi: arretramento che risulta sempre possibile, ma parrebbe soltanto in via di mera eccezione (cfr., a riguardo, M. DELFINO, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *GDLRI*, 2002, 501; V. FERRANTE, *Sub art. 19*, in M. NAPOLI (a cura di), *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in *NLCC*, 2004, n. 6, § 6).

Tuttavia, limitandoci poi a una mera interpretazione letterale dell'art. 4, lett. a, la norma comunitaria può presentare, nelle pieghe della disciplina attualmente in vigore, qualche risvolto segnatamente attinente alla libera circolazione dei pagamenti e dei capitali (quindi nel diverso principio dell'art. 56 del TFUE) ove collegato alle previsioni contenute nell'art. 8, comma 6, del d.lgs. n. 252/2005, che riconosce ai lavoratori di prima occupazione, «limitatamente ai primi cinque anni di partecipazione alle forme pensionistiche complementari», un regime di favore ancorché si consente ad essi, nei venti anni successivi «al quinto anno di partecipazione a tali forme», di dedurre dal reddito complessivo i contributi eccedenti il limite di 5.164,57 euro per un importo pari alla differenza positiva tra 25.822,85 euro e i contributi effettivamente versati nei primi cinque anni di partecipazione alle forme pensionistiche complementari e, comunque, per un importo non superiore a 2.582,29 euro annui (sul punto, segnatamente si veda F. MARCHETTI, *La deducibilità fiscale agevolata dei contributi per i lavoratori di prima occupazione successiva al 1.1.2007*, in A. TURSI (a cura

di), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, cit., 918, che ritiene che «la disposizione appare tecnicamente articolata, avendo una valenza squisitamente fiscale ma utilizzando riferimenti, anche sul piano letterale, di chiaro tenore civilistico»). Peraltro, si aggiunga che, in caso di adesione a forme di previdenza complementari collettive, quelle individuali risultano deducibili in via residuale e cioè per la parte non impegnata nelle prime.

Sul diverso e specifico profilo del diritto “di acquisizione”, la direttiva 2014/50/UE precisa alla lett. *b* del medesimo art. 4 che, «se è prevista un'età minima per l'acquisizione dei diritti a pensione, questa non sia superiore a 21 anni per i lavoratori in uscita».

La lett. *b* ricollega l'età minima ai fini dell'acquisizione del diritto, ma non anche ai fini dell'iscrizione ad un regime pensionistico complementare: tale deduzione trova conferma nel diciassettesimo considerando della direttiva, allorquando lo stesso legislatore comunitario ammette che «i requisiti relativi a un'età minima per l'iscrizione a un regime complementare non costituiscono un ostacolo alla libertà di circolazione e non sono quindi oggetto della direttiva».

Conclusivamente, il termine triennale per acquisire il diritto alla prestazione pensionistica complementare, anche cumulato con quello di attesa, deve essere riferito altresì all'età minima posseduta (segnatamente non superiore ai 21 anni) del lavoratore in uscita.

Nel nostro ordinamento tale disciplina comunitaria incontra allo stato attuale una diversa regolazione sul piano dell'acquisizione della prestazione complementare che, come noto, è stato il risultato di scelte che hanno tenuto conto non solo dell'impatto sulla posizione dei singoli aderenti, ma soprattutto del significato del legame tra la previdenza complementare e quella di base, con le note ricadute sul dibattito sviluppatosi attorno all'individuazione del referente costituzionale della disciplina delle forme pensionistiche complementari. Si è così evidenziato che «Pur senza richiedere l'effettiva liquidazione del trattamento pensionistico di base la scelta del legislatore delegato si è quindi chiaramente attestata a favore di una stretta dipendenza della disciplina della previdenza complementare da quella del regime obbligatorio» e che «nell'ambito del dibattito sulla natura della previdenza complementare questo aspetto della disciplina potrà offrire un solido argomento per la tesi dell'intervenuta funzionalizzazione alla previdenza di base, con conseguente necessità di una collocazione nell'alveo del comma 2 dell'art. 38 Cost.» (S. TOZZOLI, *Le prestazioni di previdenza complementare*, in A. TURSI (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, cit., 758 ss.).

Difatti, l'art. 11, comma 2, del d.lgs. n. 252/2005 vincola il diritto alla prestazione pensionistica di vecchiaia al momento della maturazione dei requisiti di accesso alle

prestazioni stabiliti nel regime di appartenenza con «almeno cinque anni di partecipazione alle forme pensionistiche complementari». Si aggiunga che, ai fini dei cinque anni di partecipazione sono considerati utili tutti i periodi maturati dal lavoratore aderente per i quali lo stesso non abbia esercitato il riscatto totale della posizione individuale.

Trattasi di limiti che si presentano meno favorevoli, rispetto a quelli individuati dall'art. 4, lett. *a*, della direttiva 2014/50/UE, e dei quali il legislatore nazionale dovrà tenere conto in sede di recepimento della fonte comunitaria. Diverso è il ragionamento per la lett. *b* del medesimo articolo: in questo caso, l'adeguamento scatta solo «se è prevista un'età minima». Sotto questo profilo, il d.lgs. n. 252/2005 presenta una disciplina più favorevole dal momento che non individua alcuna età minima per l'acquisizione di diritti alla pensione per un affiliato attivo.

Infine, l'ultima lettera (lett. *c*) del primo comma dell'art. 4 stabilisce l'obbligo del regime pensionistico complementare di garantire al lavoratore in uscita che cessa il rapporto di lavoro e che non abbia ancora maturato diritti pensionistici il rimborso dei «contributi versati dal lavoratore in uscita o versati per conto del lavoratore in uscita conformemente alle disposizioni normative nazionali o agli accordi o ai contratti collettivi o, nel caso in cui il rischio d'investimento sia sostenuto dal lavoratore in uscita, la somma dei contributi versati o il valore degli investimenti risultanti dal versamento di tali contributi». Si tratta di un obbligo che, stante il diciannovesimo considerando della direttiva, è rinforzato con l'impiego dell'avverbio “sempre”. Si tratta di una disposizione che contempla anche una diversa soluzione tecnica a favore del lavoratore con riferimento agli eventuali rendimenti che si dovessero conseguire dal versamento dei contributi.

Ciò che è però significativo rilevare è l'assenza di tali previsioni all'interno del quadro normativo delineato dal legislatore italiano, a meno di non considerare assimilabili le indicazioni formulate dall'art. 14, comma 2, del d.lgs. n. 252/2005 in ordine all'istituto del riscatto totale della posizione individuale maturata che interviene in caso di invalidità del lavoratore che comporti la riduzione della capacità di lavoro a meno di un terzo ovvero nelle ipotesi di cessazione della propria attività e privo di occupazione per un periodo di tempo superiore ai 48 mesi. Peraltro, nel caso dell'istituto del riscatto si fa esplicito riferimento alla «posizione individuale maturata»; con ciò intendendo il complesso degli accantonamenti che comprendono, oltre il contributo del lavoratore, quello del datore di lavoro, il trattamento di fine rapporto e i rendimenti eventualmente accumulati.

L'ipotesi prospettata dall'art. 4, comma 1, lett. *c*, della direttiva 2014/50/UE, attiene segnatamente «al rimborso dei contributi versati dal lavoratore in uscita o versati per conto

del lavoratore in uscita»: si palesa dunque per il legislatore nazionale (o per le fonti contrattuali) una fattispecie di carattere generale che si aggiungerebbe alle tradizionali ipotesi previste per i casi di cessazione dei requisiti di partecipazione. Trattasi di una opzione che diventa, stante la fonte comunitaria, diritto indisponibile che non può essere limitato né in sede legislativa né in sede contrattuale: si liquidano i contributi accumulati al pari, ad esempio, della corresponsione del trattamento di fine rapporto quando il lavoratore non è iscritto ad alcuna forma pensionistica complementare.

Tale disposizione nell'ordinamento interno deve fare i conti con la nota distinzione tra la previdenza privata e risparmio volontario e, dunque, con «il vincolo di destinazione» che il fine previdenziale imprime all'accantonamento. Coglie certamente nel vero l'affermazione di una nota dottrina (R. PESSI, *La nozione costituzionalmente necessitata di previdenza complementare: un commento*, in M. MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Il Mulino, 2006, 328) quando sostiene che «la promozione del secondo pilastro previdenziale è coerente laddove il risparmio sia funzionale a sostituire, seppur in parte, la previdenza obbligatoria che restringe la sua area di protezione». Si tratta di una funzione confermata nella lunga serie di norme emanate negli anni che, mentre devolvono al risparmio volontario il compito di giungere ad una mera finalizzazione soggettiva dell'atto di risparmio, assegnano all'accantonamento previdenziale un vincolo oggettivo, rappresentato dalla protezione del lavoratore dai rischi di diminuzione (o perdita) della capacità di lavoro e guadagno. La finalità non è dunque quella di aumentare il volume complessivo di risparmio, quanto piuttosto quella di indirizzare il risparmio esistente verso l'impiego previdenziale, accordando ad esso un regime più favorevole rispetto ad impieghi alternativi (si veda anche M. SQUEGLIA, *La previdenza contrattuale. Un modello di nuova generazione per i bisogni previdenziali socialmente rilevanti*, in L. GALANTINO, S. HERNANDEZ (diretta da), *Studi di diritto del lavoro*, Giappichelli, 2014, in corso di pubblicazione, 31 ss.). Va tuttavia detto che incoraggiare questo tipo di risparmio significa anche favorire una forma di opportunismo (il c.d. *moral hazard*) da parte di chi sceglie di non risparmiare in modo adeguato per la propria vecchiaia, contando di fare affidamento sulla previdenza obbligatoria (S. GIANNINI, M.C. GUERRA, *Alla ricerca di una disciplina fiscale per la previdenza complementare*, in M. MESSORI (a cura di), *op. cit.*, 477; D. PACE (a cura di), *Il risparmio previdenziale ed i fondi pensione*, Franco Angeli, 1993). È chiaro, allora, che il recepimento della direttiva trascina con sé l'opzione sull'inquadramento costituzionale del c.d. “risparmio previdenziale” da cui dipende sia il trattamento fiscale delle somme accumulate dalle forme pensionistiche complementari sia l'imponibilità delle medesime dal punto di vista contributivo.

Una diversa lettura potrebbe essere operata sulla base del duplice disposto contenuto nel sesto considerando e nel già citato comma 5 dell'art. 2 della direttiva 2014/50/UE, allorquando precisano che «la presente direttiva non si applica all'acquisizione e alla salvaguardia dei diritti pensionistici complementari per i lavoratori che si spostano all'interno di un solo Stato membro. Gli Stati membri possono valutare la possibilità di esercitare le loro competenze nazionali al fine di estendere le norme applicabili ai sensi della presente direttiva agli iscritti che cambiano lavoro all'interno di un solo Stato membro». Ciò condurrebbe a concludere che la fonte comunitaria non vieta, o quanto meno non esclude, che uno Stato membro possa prevedere due diverse discipline: una per i lavoratori che si spostano all'interno di uno Stato membro; l'altra per i lavoratori che esercitano il proprio diritto alla libertà di circolazione tra gli Stati membri per il tempo necessario alla maturazione dei loro diritti. Conseguentemente solo in questa seconda ipotesi sorgerebbe «l'obbligo di conformazione» alla direttiva comunitaria.

#### **4 LA TUTELA DEI “DIRITTI GIACENTI” NELL'AMBITO DEL REGIME NEL QUALE SONO ACQUISITI**

Altro aspetto che intende tutelare la fonte comunitaria attiene al mantenimento dei diritti pensionistici in sospeso, vale a dire quei «diritti pensionistici maturati e mantenuti nel regime in cui sono stati maturati da un beneficiario differito». Con le disposizioni contenute nell'art. 5, la direttiva 2014/50/UE non intende però definire condizioni più favorevoli per i diritti pensionistici in sospeso rispetto ai diritti degli iscritti attivi, sebbene lasci agli Stati membri la facoltà di autorizzare «le parti sociali a stabilire, mediante contratti collettivi, disposizioni diverse, nella misura in cui dette disposizioni non forniscano una protezione meno favorevole e non creino ostacoli alla libera circolazione dei lavoratori» (comma 4).

Il ragionamento di fondo è quello di assicurare ai lavoratori in uscita la possibilità di lasciare i diritti pensionistici maturati «quali diritti in sospeso nel regime pensionistico complementare in cui gli stessi sono stati maturati». Peraltro, la disposizione si estende anche ai superstiti del lavoratore per effetto della previsione contenuta nell'art. 2, comma 3, della direttiva: si tratta di un'eccezione al generale divieto di estendere la fonte comunitaria alle tipologie delle pensioni di invalidità e superstiti.

Una volta statuito l'obbligo del mantenimento della posizione individuale maturata e accantonata presso il fondo pensione, occorre determinarne il valore sulla base di una valutazione che la medesima direttiva definisce “equa”. È proprio su questo aggettivo che ci

sembra ruotino i contenuti da assegnare all'obbligo in capo ai regimi pensionistici complementari.

In linea generale, un trattamento potrebbe definirsi “equo”, ad esempio, quando il valore dei diritti pensionistici complementari in sospeso progredisce nella stessa misura del valore dei diritti a pensione degli affiliati attivi oppure potrebbe analogamente definirsi “equo” quando, in un regime a prestazioni definite, è stabilito a priori un importo minimo garantito da liquidare al lavoratore in uscita. In questa prospettiva potrà definirsi equivalente il valore di diritti a pensione in sospeso quando venga quantificato tenendo conto di specifici parametri di riferimento per l'attualizzazione consueta di poste di bilancio e/o di emolumenti fissati per legge (ad esempio il tasso di inflazione programmato, gli importi delle prestazioni pensionistiche complementari in pagamento, il tasso di rendimento degli attivi nel loro regime pensionistico complementare). Ebbene, sui criteri generali da seguire in sede di determinazione del valore dei diritti in sospeso, la direttiva 2014/50/UE ne individua di diversi, posta la necessità di stabilire quello che meglio risponda all'equilibrio dei fondi pensione e, naturalmente, “considerando” anche i diversi schemi previdenziali, a prestazione ovvero a contribuzione definita, adottati dai diversi Stati membri.

Il primo criterio è quello di adottare «misure necessarie al fine di garantire che i diritti pensionistici in sospeso dei lavoratori in uscita e dei loro superstiti o il valore corrispondente siano in linea con il valore dei diritti degli iscritti attivi, o con l'evoluzione delle prestazioni pensionistiche in corso di pagamento».

Il secondo è quello di individuare altri modi ritenuti equi, quali: a) il mantenimento del valore nominale dei diritti pensionistici in sospeso se i diritti pensionistici maturati nel regime pensionistico complementare danno titolo alla liquidazione di un importo nominale; b) l'adeguamento del valore dei diritti a pensione in sospeso (mediante l'applicazione di un tasso d'interesse integrato nel regime pensionistico complementare ovvero di un utile sul capitale investito derivato dal regime pensionistico complementare) se il valore dei diritti pensionistici maturati varia nel tempo; c) il conseguente adeguamento del valore dei diritti pensionistici in sospeso, fatto salvo un limite proporzionale definito dal diritto nazionale o convenuto dalle parti sociali se il valore dei diritti pensionistici maturati in sospeso è adattato, per esempio in funzione del tasso di inflazione o del livello salariale.

Si tratta di tecniche solo relativamente innovative, comunque rispondenti alla logica degli standard minimi che i regimi pensionistici complementari sono tenuti ad adottare, sebbene resti agli Stati membri «la facoltà di autorizzare le parti sociali a stabilire, mediante contratti collettivi, disposizioni diverse, nella misura in cui dette disposizioni non forniscano

una protezione meno favorevole e non creino ostacoli alla libera circolazione dei lavoratori» (comma 4). Sennonché la direttiva 2014/50/UE, allo scopo di evitare spese amministrative eccessive risultanti dalla gestione di un gran numero di diritti pensionistici in sospenso di modesto valore (ventitreesimo considerando), prende anche in considerazione la possibilità che gli Stati membri consentano ai regimi pensionistici complementari di non mantenere i diritti pensionistici maturati di un lavoratore in uscita, ma di procedere al pagamento «con il consenso informato del lavoratore, compresi gli oneri applicabili di un capitale equivalente al valore dei diritti pensionistici maturati dal lavoratore in uscita, purché il valore dei diritti a pensione maturati non superi il limite stabilito dallo Stato membro interessato. In questo caso, lo Stato membro informa la Commissione del limite applicato».

Come si può vedere, si ripresenta l'analogia questione prospettata in precedenza, posto che la corresponsione di un capitale di valore equivalente ai diritti pensionistici maturati deve fare i conti con la finalità previdenziale e con la natura di risparmio vincolato cui sono assoggettati tali accantonamenti (si veda sulla questione anche A. TURSI, *Note introduttive: la terza riforma della previdenza complementare*, cit., 561 ss.). Una soluzione potrebbe essere allora rinvenuta ricollegandosi, per un verso, alla possibilità per le parti sociali di individuare “disposizioni diverse”, ove siano rispettate le due condizioni richieste dal comma 2 dell'art. 4, vale a dire il livello di protezione e la assenza di ostacoli alla libera circolazione e, per un altro verso, alla opportunità di non applicare la disciplina della salvaguardia dei diritti pensionistici complementari per i lavoratori che si spostano all'interno di un solo Stato membro, secondo il già segnalato comma 5 dell'art. 2.

## **5 IL DIRITTO DI INFORMAZIONE SULLE CONSEGUENZE DELLA CESSAZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO**

Se è questo l'assetto complessivo delineato dal legislatore comunitario, si può comprendere come sia indispensabile non solo la presenza di una specifica disciplina informativa, che peraltro si aggiunge a quelle già contemplate per diverse finalità dall'art. 11 della direttiva 2003/41/CE e dall'art. 7 della direttiva 98/49/CE, ma anche la necessità che il flusso delle informazioni risulti codificato secondo precisi e inequivocabili schemi.

Difatti, in sede di acquisizione e di salvaguardia dei diritti pensionistici complementari, l'informazione è necessaria non solo perché consente di valutare i modelli di pensione complementare offerti, ma può rappresentare l'ago della bilancia al fine di non deprimere il diritto alla libera circolazione e, dunque, la mobilità professionale. Sotto questo

profilo è fondamentale che le informazioni siano fornite, anche più di una volta all'anno, per iscritto «in modo chiaro ed entro un termine ragionevole», distinguendo gli iscritti attivi dai beneficiari differiti.

Nel primo caso è espressamente previsto che gli Stati membri assicurino ad essi di ottenere, su richiesta, informazioni in merito alle conseguenze della cessazione del rapporto di lavoro sui loro diritti pensionistici complementari. In specie, le informazioni devono essere fornite in relazione: a) alle condizioni che disciplinano l'acquisizione di diritti pensionistici complementari e alle conseguenze della loro applicazione in caso di cessazione del rapporto di lavoro; b) al valore dei loro diritti pensionistici maturati o una valutazione dei diritti pensionistici maturati effettuata al massimo nei dodici mesi precedenti la data della richiesta; c) alle condizioni che disciplinano il trattamento futuro dei diritti pensionistici in sospenso. Si aggiunga che qualora il regime pensionistico complementare consenta un accesso anticipato ai diritti pensionistici maturati tramite il pagamento di un capitale, le informazioni fornite devono includere altresì una dichiarazione scritta sulla base della quale l'iscritto può valutare la possibilità di ottenere indicazioni (sebbene però la lettera dell'art. 6 argomenti di un “parere”, dunque rientrante nell'ambito della consulenza e non invece in quello dell'assistenza) riguardo all'investimento di tale capitale per finalità pensionistiche.

In ordine ai beneficiari differiti (e ai beneficiari superstiti) è sancito che essi, su richiesta, ricevano informazioni relative a: a) il valore dei loro diritti pensionistici in sospenso o una valutazione dei diritti pensionistici in sospenso effettuata al massimo nei dodici mesi precedenti la data della richiesta; b) alle condizioni che disciplinano il trattamento dei diritti pensionistici in sospenso.

In sede di trasposizioni di tali norme nel diritto interno, è sufficiente segnalare che se, da un lato, è dato rilevare l'assenza di specifiche indicazioni del legislatore nazionale (fatta eccezione per l'attività informativa in capo al datore di lavoro in sede di adesione alla forma pensionistica complementare *ex* art. 8, comma 8, d.lgs. n. 252/2005), dall'altro lato, che siffatti obblighi di informazione sono specificatamente individuati dall'Autorità di vigilanza, ai sensi dell'art. 19, comma 2, lett. g, d.lgs. n. 252/2005, attraverso l'emanazione della normativa di carattere secondario al fine di evitare o eliminare distorsioni che possano recare nocimento agli associati e dalla quale si rinvengono segnatamente le modalità uniformi di informativa in merito all'andamento amministrativo e finanziario delle forme pensionistiche complementari (da ultimo, ad esempio, si veda la deliberazione Covip del 22 luglio 2010 sia per le comunicazioni periodiche nella fase di accumulo della posizione individuale sia per quelle da rendere in caso di erogazione di prestazioni).

## COMO MODERNIZAR O DIREITO DO TRABALHO? A novidade é “um paradoxo estendido na areia”<sup>1</sup>

## HOW TO MODERNIZE THE EMPLOYMENT LAW? The novelty is "a paradox extended in the sand"

Renata Queiroz Dutra<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Lacunas decorrentes da constituição e de decisões do STF 3. Inovações tecnológicas. 4. Reestruturação produtiva e novas formas de adoecimento ocupacional. 5. Considerações finais. 6 Referências.

**SUMMARY:** 1. Introduction. 2. Gaps from the constitution and decisions of the STF 3. Technological innovations. 4. Productive restructuring and new forms of occupational illness. 5. Final considerations. 6 References.

### 1 INTRODUÇÃO

As questões que desafiam o direito do trabalho residem precisamente na disputa ideológica que subjaz ao modelo de exploração do trabalho admissível em uma dada fase histórica do capitalismo.

No entanto, como característica principal, a argumentação que se coloca a favor de um determinado padrão de reformas trabalhistas<sup>3</sup>, assentadas em pressupostos neoliberais, recusa a reconhecer em si a presença de componentes ideológicos, apontando a ideologia<sup>4</sup> como um elemento contaminador que estaria presente apenas no outro, no discurso que lhe faz oposição ou lhe oferece resistência, mas jamais em seu próprio conteúdo. Assim, assume uma pretensa

---

Artigo recebido em 17/05/2018.

Artigo aprovado em \_\_/\_\_/\_\_.

<sup>1</sup> Referência à canção “A novidade”, dos Paralamas do Sucesso. Composição: Bi Ribeiro / Gilberto Gil / Herbert Vianna / Joao Barone.

<sup>2</sup> Doutora e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Professora Adjunta de Legislação Social e Direito do Trabalho da Universidade Federal da Bahia. Analista Judiciária do Tribunal Superior do Trabalho.

<sup>3</sup> A ideia de reformas, no plural, visa contextualizar o cenário vivido no país em uma conjuntura global, em que reformas com orientações semelhantes, ocorrem em diversos países do mundo, como Portugal, Espanha, França, Argentina, entre outros. Para considerações sobre as semelhanças entre Brasil e França, por exemplo, consultar: ARAÚJO, Maurício Azevedo de; DUTRA, Renata. Q.; JESUS, Selma Cristina S. Neoliberalismo e flexibilização da legislação trabalhista no Brasil e na França. In: *Cadernos do CEAS*, v. 242, p. 558-581, 2017.

<sup>44</sup> Gramsci define ideologia como sistema de ideias de um determinado sujeito coletivo ou grupo que não é imediatamente político, mas representativa de visão ou concepção do mundo concebida em sentido mais amplo (LIGUORI, Guido; VOZA, Pasquale. *Dicionário Gramsciano*, São Paulo, Boitempo, 2017, pp. 399-401).

neutralidade e elege, como tal, expressões e razões que pareçam neutras aos destinatários do discurso.

Ao eleger a expressão “modernização” como justificativa, os defensores dessa posição colocam o “moderno”, no sentido de novo ou atual<sup>5</sup>, como um caminho único, linear e inexorável, em relação ao qual poderíamos tão somente marchar à frente, parar ou recuar, sem jamais encontrarmos bifurcações que impliquem escolhas políticas, a serem travadas na esfera pública e margeadas pelos compromissos constitucionais que outrora assumimos.

Sintoma da razão neoliberal<sup>6</sup>, a defesa do padrão flexibilizador do direito do trabalho se faz apontando “o novo” como algo inexorável, que está fora do nosso controle, algo exclusivamente determinado pelas dinâmicas intangíveis do mercado, às quais só nos resta acompanhar, sob pena de resvalarmos no caminho do subdesenvolvimento, da queda das ações na bolsa de valores, do desemprego, da inflação, etc.

É um argumento que se constrói nos convencendo da desnecessidade de se convencer do argumento, porque nos conclama, a todo momento, ao conformismo em relação a uma sentença: não há alternativa<sup>7</sup>.

Contrapondo toda perspectiva que pressuponha a linearidade dos percursos históricos, esse ensaio busca dialogar com a demanda pelo novo. Sim, as relações de trabalho se transformaram nos últimos 70 anos e, por isso, a CLT, editada em 1943, embora tenha sido reiteradamente reformada, como bem aponta Jorge Luís Souto Maior<sup>8</sup>, contém anacronismos que precisariam ser suprimidos e/ou atualizados.

Entretanto, diante da necessidade de enfrentar o novo e contemplá-lo numa determinada ordem jurídica, as possibilidades abertas são muitas: elas decorrem da necessidade de enfrentar novos contextos produtivos e seus impactos, novas tecnologias e suas incompatibilidades com o modelo de regulação, novas figuras jurídicas, entre outras novidades, tal como podem ser absorvidas pelo paradigma constitucional vigente.

---

<sup>5</sup> De acordo com o dicionário Houaiss, modernizar quer dizer “tornar moderno, acompanhando as tendências do mundo atual”, se situar historicamente entre a Idade Média e a Revolução Francesa (em alusão ao período histórico estabelecido como modernidade), ou, ainda, contrapor-se às ideias de gasto ou retrógrado. (HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001).

<sup>6</sup> DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.

<sup>7</sup> “There’s no alternative” era o slogan de campanha de Margareth Thatcher, que representou a matriz neoliberal no Reino Unido.

<sup>8</sup> SOUTO MAIOR, Jorge Luís. “A CLT é velha”, publicado em 27/3/2017 no blog pessoal do autor. Disponível em: <http://www.jorgesoutomaior.com/blog/i-a-clt-e-velha>. Acesso em 29/4/2018, 18h12.

Assim, resta apurar se a Lei nº 13.467/2017 efetivamente enfrenta tais demandas e se, quando as enfrenta, as escolhas efetivamente feitas pela Lei podem ser consideradas um caminho “novo” para a ordem constitucional de 1988.

## 2 LACUNAS DECORRENTES DA CONSTITUIÇÃO E DE DECISÕES DO STF

Um dos momentos históricos marcantes de renovação da Consolidação das Leis do Trabalho foi a promulgação da Constituição de 1988, que constitucionalizou a matéria trabalhista e permitiu, em diversos temas, avanços no seu conteúdo, notadamente no que concerne ao reposicionamento da dignidade da pessoa humana no centro da ordem jurídica, à concretização do princípio da isonomia entre trabalhadores urbanos e rurais, avulsos e celetistas, homens e mulheres, bem como quanto à democratização das relações coletivas de trabalho.

A Constituição traz em seu bojo, evidentemente, as contradições da sociedade que a projetou, combinando com essa construção de avanços ou rupturas com a ordem pré-constitucional, o que Delgado denominou de “continuidades” em relação à ordem jurídica anteriormente vigente<sup>9</sup>.

Entretanto, no que toca às inovações, em alguns aspectos, Constituição inovou na ordem jurídica remetendo a disciplina da matéria à legislação infraconstitucional. Lacunosa e obsoleta, portanto, era a legislação trabalhista que não cumpria seu mister de regulamentar as novas diretrizes constitucionais e de dialogar com esse novo paradigma, fundante da ordem jurídica.

Três situações podem ser elencadas nesse sentido:

- o art. 7º, I, da Constituição Federal, que, ao prever como direito dos trabalhadores “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, **nos termos de lei complementar**, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”;
- o art. 7º, XXIII, da Constituição Federal, ao prever “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, **na forma da lei**”;
- ao prever, no art. 7º, IV, que estaria vedada, para qualquer fim, a vinculação ao salário mínimo (Súmula Vinculante nº 4 do STF), o texto constitucional implicou a declaração de inconstitucionalidade do art. 192 da CLT, que apontava como base de

---

<sup>9</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

cálculo do adicional de insalubridade o salário mínimo. O Ministro Gilmar Mendes, por meio de decisão liminar datada de 15/7/2008, no bojo do RE 565.714/SP, determinou que, até que o Congresso Nacional sanasse a questão, **editando lei prevendo uma nova base de cálculo para a parcela**, seria aplicável o próprio salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, apesar da inconstitucionalidade, porque o poder judiciário não poderia se sobrepor ao legislativo.

Nas duas primeiras situações narradas, a efetividade plena dos direitos mencionados não acontece por conta a ausência da legislação requerida constitucionalmente.

No caso da proteção contra a dispensa arbitrária, desde 1988, a situação da indenização devida em caso de dispensa arbitrária ou sem justa causa é regida pelo art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Todavia, o mencionado dispositivo limita-se ao aspecto pecuniário da dispensa, deixando de concretizar a plenitude do mandamento constitucional que fala de “indenização compensatória, *dentre outros direitos*”, na ideia de um sistema de proteção ao emprego. A lacuna impeditiva da plenitude da eficácia constitucional poderia ser pensada como um “novo” a ser enfrentado pela reforma trabalhista. Esse novo, aliás, consiste em demanda da normatização internacional, uma vez que o Brasil denunciou a Convenção nº 158 da OIT, sobre a proteção contra a despedida arbitrária, em 1996<sup>10</sup>.

Em segundo lugar, diferentemente dos adicionais de periculosidade e de insalubridade, o direito ao adicional de penosidade nunca foi implementado para os trabalhadores celetistas, porquanto inexistente na legislação brasileira norma que conceitue a parcela e determine os termos do seu pagamento. A lacuna impeditiva da plenitude da eficácia constitucional, também aqui, poderia ser pensada como um “novo” a ser enfrentado pela reforma trabalhista.

Aliás, vale pontuar que, no contexto da proteção ao meio ambiente laboral, como ensina Rocha, o Brasil enquadra-se no paradigma de transição, entre o paradigma tradicional e o paradigma emergente, considerando país ainda não incorpora de forma plena a tutela preventiva

---

<sup>10</sup> Merece registro o papel do STF no julgamento da ADI 1625, que discute a constitucionalidade do ato de denúncia da referida Convenção Internacional pelo Presidente da República à época (FHC/PSDB), por meio do Decreto nº 2.100/1996. Ajuizada ADC contra o Decreto de denúncia ainda no ano de 1997 (19/6/1997), a referida ação pendente de julgamento até a presente data. Iniciado em 2003, com o voto do então Ministro Maurício Corrêa, o julgamento vem se arrastando por mais de vinte anos, a demonstrar a seletividade e o manejo do tempo das ações judiciais como forma de fragilização e esvaziamento das pretensões jurídicas dos trabalhadores. O último andamento do referido processo foi o pedido de vista regimental do Ministro Dias Toffoli, ocorrido em 14 de setembro de 2016 e sem retorno até a data do fechamento desta tese. Cf.: Brasil. STF. Pedido de vista suspende julgamento sobre denúncia da Convenção 158 da OIT. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325338>. Acesso em 3/8/2017, 20h39.

do meio ambiente laboral, tampouco lida com este em sua totalidade e complexidade<sup>11</sup>. Na nossa ordem jurídica, segundo o autor, embora se adotem perspectivas preventivas que o afastam do paradigma tradicional, ainda persiste a convivência com medidas reparatórias/monetizadoras, muitas vezes de modo prioritário. Nessa esteira, medidas no sentido de avançar em direção ao paradigma emergente, que melhor se amolda aos comandos das Convenções nº 148 e 155 da OIT, seriam pertinentes no trilhar desse caminho internacional e constitucional. Todavia, não é disso que trata a reforma trabalhista.

Por fim, entre os três pontos de anacronismo da legislação em relação ao regime constitucional, cumpre mencionar que a persistência de uma situação de inconstitucionalidade declarada, como é o caso da base de cálculo do adicional de insalubridade, por inoperância do Poder Legislativo, é uma situação anacrônica a ser enfrentada por qualquer reforma que se dedique seriamente a atualizar o direito do trabalho. No entanto, no texto da Lei nº 13.467/2017 isso não aconteceu. Persiste no texto consolidado a referência ao salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, a despeito da inconstitucionalidade já declarada e da expressa requisição, pelo STF, de que fosse legislada uma nova base de cálculo para a parcela.

Em todas as três situações narradas, a necessidade de escolha e debate sobre as formas de sanear as omissões é premente, já que as alternativas a serem adotadas são muitas (estabilidade no emprego? Ampliação do seguro-desemprego? Exigência de motivação da dispensa? Regulamentação do adicional de penosidade por equiparação aos servidores públicos federais? Ou observância da proposta contida nos trabalhadores doutrinários da psicóloga Leny Sato<sup>12</sup>? Cálculo do adicional de insalubridade sobre o salário contratual? Ou sobre o salário-básico?). Entretanto, a inoperância com relação à atualização desses temas é uma escolha mais contundente ainda: implica reiterar a negação a esses direitos.

Poderiam ser mencionados, ainda, temas recorrentes nas relações de trabalho e que carecem de uma definição legal, como a questão do assédio moral individual, do assédio moral organizacional, do dano existencial, todos desenvolvidos pela jurisprudência pátria, com inspiração na doutrina e/ou no direito comparado, mas sem previsão na normatização interna do país. O “novo” foi negligenciado.

Também pareceria novo, em um regime democrático, a revogação expressa do disposto no art. 482, parágrafo único, da CLT, dispositivo que constitui resquício da Ditadura Civil-

---

<sup>11</sup> ROCHA, Júlio de Sá. *Direito ambiental do trabalho: mudanças de paradigma na tutela jurídica à saúde do trabalhador*. São Paulo: Atlas, 2013.

<sup>12</sup> Consultar referência em: MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 330-331.

Militar vivida no país e que prevê a prática de “atos atentatórios à segurança nacional” como hipótese de justa causa obreira, porque flagrantemente incompatível com o regime democrático experimentado a partir de 1988.

Outra atualização pertinente, do ponto de vista normativo, seria a exclusão da embriaguez habitual (art. 482, “f”, da CLT) como hipótese de justa causa, a partir do reconhecimento, pela Organização Mundial de Saúde, de que o alcoolismo é uma doença e que, como tal deve ser tratada, e não punida<sup>13</sup>, como aliás já procede a jurisprudência do TST.

Saliente-se, por fim, a necessidade de uma “limpeza” em anacronismos contidos no texto da CLT, que não implicariam transformações da realidade posta, mas que trariam frescor e atualidade à norma. Consistiriam, por exemplo, em rever todas as referências contidas na parte processual da CLT às juntas de conciliação e julgamento e aos vogais, bem como as referências desatualizadas aos Tribunais regionais.

Nenhuma das medidas acima relacionadas foram adotadas pela Reforma Trabalhista consubstanciada pela Lei nº 13.467/2017, que tentou se justificar a título de promover a modernização do texto da CLT e das relações de trabalho. O caminho eleito como moderno foi outro.

O que dizer então de “novidades” como a tarifação do valor das indenizações por dano moral, procedimento já declarado inconstitucional pelo Superior Tribunal de Justiça quando da aferição da constitucionalidade da Lei de Imprensa e hoje materializado na Súmula nº 281 do STJ?

O então da figura do trabalhador “hiperssuficiente”, assim compreendido e, portanto, autorizado a negociar em seu próprio prejuízo matérias que nem mesmo as entidades sindicais poderiam fazer até a reforma trabalhista (art. 444, parágrafo único, da CLT), o trabalhador cujo salário é igual ou superior a duas vezes o valor do teto da Previdência Social e que possui nível superior completo? Seria um “avanço” em relação a toda a doutrina clássica do direito do trabalho, que, por vezes, já delineou que a subordinação presente no contrato de trabalho, a qual elide a possibilidade de exercício pleno da autonomia da vontade pelo trabalhador, é a subordinação jurídica, e não a técnica ou econômica<sup>14</sup>?

---

<sup>13</sup> DELGADO, Gabriela Neves; DUTRA, Renata Queiroz. O alcoolismo sob o olhar da Constituição de 1988: a substituição da semântica da punição disciplinar pelo sentido de proteção social. *Revista dos Tribunais* (São Paulo. Impresso), v. 950, p. 481-498, 2014.

<sup>14</sup> Por todos: PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003, pp. 114-115. Vale dizer que Orlando Gomes, quando defendia a ideia de subordinação econômica, o fazia tendo em vista um potencial efeito expansionista do direito do trabalho e não seu recuo em relação a sujeitos juridicamente subordinados.

### 3 INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS

Outro forte apelo que a ideia de modernização coloca refere-se às transformações que a tecnologia pode engendrar no mundo do trabalho. A ideia corrente é a de que a legislação trabalhista deveria dialogar e considerar novas realidades tecnológicas.

Nesse sentido, por exemplo, dialogar com o novo seria pensar um enquadramento jurídico possível para as relações estabelecidas por meio do aplicativo Uber, que tem se furtado, por conta da intermediação dos algoritmos<sup>15</sup>, do enquadramento empregatício, gerando grandes controvérsias jurisprudenciais nos países por onde se instalou.

O caráter furtivo do Uber em relação a formas de regulação fundamentais, como o direito do trabalho e a própria proteção à concorrência, como salientou Ana Frazão<sup>16</sup>, torna fundamental traduzir na linguagem legislativa o mecanismo de funcionamento dessas novas experiências empresariais, a fim de evitar que elas produzam efeitos nocivos ao próprio sistema capitalista.

No entanto, o texto “modernizador” da Lei nº 13.467/2017 silencia a respeito da situação desafiadora. Fazendo uso das palavras de Delgado, ou bem o “afogadilho e o açodamento”<sup>17</sup> por meio do qual foi aprovada a referida legislação não comportava o tempo necessário para o amadurecimento da questão (levando à conclusão de que, portanto, a norma ainda não reunia condições democráticas de ser deliberada) ou o objetivo reformador não exatamente enfrentar aquilo que pode ser considerado como “novo” nas relações de trabalho brasileiras.

Uma segunda dimensão a ser considerada do novo é não apenas prever novas dinâmicas, mas considera-las em compasso com aquilo que as novas disponibilidades tecnológicas permitem. Por exemplo, poderia ser considerada uma manifestação do diálogo com as novas tecnologias a regulamentação do teletrabalho.

Entretanto, quando o art. 62, III, da CLT, ao tratar dessa nova possibilidade proporcionada pelo desenvolvimento tecnológico, exclui o trabalhador em regime de teletrabalho do recebimento da remuneração decorrente da sobrejornada, estabelecendo a presunção de que, tal como em 1943, o fato de ser um trabalhador “externo” implicaria a impossibilidade de controle de jornada.

---

<sup>15</sup> CHAVES JR, José; LEME, Ana; RODRIGUES, Bruno (Org.). *Tecnologias Disruptivas e a Exploração do Trabalho Humano*. 1ed. São Paulo: LTr, 2017, v. 1, p. 166-178.

<sup>16</sup> FRAZÃO, Ana de Oliveira. *A decisão do Reino Unido sobre os motoristas de Uber*. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/decisao-reino-unido-sobre-os-motoristas-da-uber-o-que-temos-aprender-com-ela-01112016> Acesso em 13/5/2018, 16h44 min.

<sup>17</sup> DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017, pp. 164.

Nessa perspectiva, regula-se a relação “nova” desconsiderando que as mesmas tecnologias que viabilizam o trabalho a distância viabilizam, com certo grau de segurança, o controle da jornada de trabalho, ainda que por meios indiretos.

Na verdade, como observam Valdete Severo e Eduardo Almiro, a dificuldade do tempo presente é a desconexão do trabalho<sup>18</sup> e não a nossa impossibilidade de aferir quando e por quanto tempo o trabalhador a distância esteve conectado. Assim, a fórmula adotada para enfrentar o novo pode também não ser tão nova.

#### **4 REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA E NOVAS FORMAS DE ADOECIMENTO OCUPACIONAL**

Para além das questões estritamente jurídicas e tecnológicas, as novidades compreendidas pela reestruturação produtiva geram novos impactos no mundo do trabalho e, por consequência, geram novas demandas de regulação para o direito do trabalho.

As mudanças mais relevantes, datadas do final da década de 1970, com a ascensão do modelo de gestão pós-fordista, produziram no mundo do trabalho impactos e demandas regulatórias não enfrentados pelo texto da CLT de 1943, construído sob um paradigma fordista/taylorista.

Compreender as análises da sociologia do trabalho acerca desses fenômenos recentes e pensar, avaliando, *para além de custos e benefícios*, o atingimento de bens jurídicos constitucionais por esses processos e formular maneiras de efetivamente protegê-los *apesar das novas conjunturas* parece ser um caminho de diálogo de uma ordem constitucional com fenômenos socioeconômicos novos.

A reestruturação produtiva pós-fordista se caracterizou pela flexibilização das relações de trabalho, com larga utilização de mão de obra terceirizada e manutenção de apenas um mínimo de trabalhadores com vínculos sólidos, permeados por uma massa de temporários e precários, cujos empregos podem oscilar ao sabor dos mercados.

Essa divisão dos trabalhadores atinge não apenas os precários, mas também os “centrais”, que ficam reféns do medo de se tornarem também precários, seguindo o caminho (sem volta) da precarização ou do desemprego. Trata-se de conformação nociva, cujos efeitos vão muito além da natureza jurídica precária dos contratos firmados com a maior parte dos trabalhadores ou do sentimento de insegurança que assola os poucos trabalhadores centrais.

---

<sup>18</sup> ALMIRO, Eduardo de Almeida; SEVERO, Valdete Souto. *Direito à desconexão nas relações de trabalho*. São Paulo: Ltr, 2016.

Isso porque, concomitantemente ao afrouxamento dos vínculos de trabalho, seja por meio da descartabilidade precária dos periféricos, seja pela ameaça constante aos “centrais” (temor do desemprego estrutural, que empurra os trabalhadores para programas de demissão incentivada, substituição da mão de obra de gerações anteriores pelos jovens, etc), esses dois grupos indistintamente são alvo de uma subordinação nunca antes vista no capitalismo, pela sua intensidade e pela predisposição ao domínio das habilidades, da inteligência e da sensibilidade dos trabalhadores.

Ao “desespecializar” os operadores e constituir novas equipes de trabalho, o toyotismo racionaliza o trabalho por meio de uma nova forma de subsunção do trabalho ao capital, que, segundo Giovanni Alves, não seria mais a subordinação formal-material (em sentido próprio), mas a subordinação formal-intelectual (ou espiritual) do trabalho ao capital<sup>19</sup>. O autor explica que “para fazer funcionar os novos dispositivos técnico-organizacionais da empresa toyotizada, o trabalho vivo é obrigado não apenas a ‘vestir a camisa’ da empresa, mas a ‘dar a alma’ (corpo e mente) ao capital”<sup>20</sup>.

Na análise de Giovanni Alves, a rede informacional oriunda do que se denominou “Quarta Revolução Tecnológica”<sup>21</sup>, é uma rede controlativa, que atua na captura da subjetividade dos trabalhadores. O autor se reporta a um controle sociometabólico pelo capital, que não se restringe mais ao espaço da relação de emprego, mas invade o lazer e a casa dos trabalhadores. O novo nexos psicofísico com o trabalho teria duas faces diversas: a captura da subjetividade no trabalho e a extensão de valores da produção para a vida, acarretando uma eticidade do econômico<sup>22</sup>.

Alves identifica três mecanismos do processo de captura da subjetividade dos trabalhadores pelo capital: as novas formas de pagamento, as equipes de trabalho e o engajamento estimulado<sup>23</sup>.

Com relação às formas de remuneração, a sistemática de pagamento por produtividade, de bônus produtividade e de participação nos lucros e resultados têm contribuído para a relação de compromisso subjetivo dos trabalhadores com os resultados da produção, a fim de se beneficiarem individualmente com isso.

---

<sup>19</sup> ALVES, Giovanni. *Trabalho e Subjetividade*. São Paulo: Editora Boitempo, 2011. p. 57.

<sup>20</sup> *Idem*, p. 153.

<sup>21</sup> A Quarta Revolução Tecnológica ou “Quarta Idade da Máquina” é definida por Giovanni Alves como a “revolução das redes informacionais”, desdobramento da Terceira Revolução Tecnológica, que consistiria na “revolução informática”. (ALVES, Giovanni. *Trabalho e Subjetividade*. São Paulo: Editora Boitempo, 2011. p. 70-71).

<sup>22</sup> ALVES, Giovanni. *Trabalho e Subjetividade*. São Paulo: Editora Boitempo, 2011.

<sup>23</sup> *Idem*, p. 120.

A contra face da moeda é o fato de que, desse modo, se transfere aos trabalhadores o controle do ritmo e da duração do trabalho, pois esses elementos determinarão a remuneração auferida. A ânsia por uma remuneração satisfatória e mesmo a necessidade de alcançá-la conduz os obreiros a um nível de produtividade excessivo que compromete a saúde e desvirtua limites máximos de jornada de trabalho já conquistados.

Contudo, a forma de remuneração mais adequada ao capitalismo não se revela a mais adequada aos trabalhadores, que, pressionados pela necessidade, traduzem-se em péssimos algozes de si mesmos, se forçando a ir até o limite das suas forças para produzir. Além disso, destaca-se a corrupção identitária que a necessidade de provar seus limites, diariamente, em favor de um trabalho alienado (leia-se, apropriável por outrem) pode acarretar.

Com relação às equipes de trabalho, o que se tem é a difusão do controle do empregador por vários olhos, o que Giovanni Alves denominou de “novo panóptico do capital”<sup>24</sup>.

A instituição de diversas equipes com líderes que, constantemente pressionados pelo alcance de metas, distribuem pressão para que os trabalhadores produzam e cobrem produção de seus pares, representa a apropriação da ideia de construção coletiva pela lógica do sistema capitalista, para que cada operário se torne patrão de si mesmo e dos outros.

Essa difusão da cobrança por resultados e a apropriação de experiências bem sucedidas em um cerco de competitividade instalado entre os trabalhadores, que é foco da gestão toyotista, muito mais que o fomento da cooperação entre os trabalhadores envolvidos nas equipes, rende ensejo ao que Vincent de Gaulejac denominou “moral do assédio”. Para o autor, é justamente essa dimensão da nova organização produtiva a responsável pelas ocorrências cada vez mais frequentes de assédio moral e do profundo sofrimento que ele ocasiona para os trabalhadores<sup>25</sup>.

O terceiro elemento caracterizador da nova dimensão assediadora do capital, também atrelado ao desenvolvimento de níveis de pressão psicológica exagerados, é o engajamento estimulado. Ele consiste na apropriação dos valores subjetivos dos trabalhadores em prol da reprodução capitalista. Exigem-se do trabalhador habilidades afetivo-comunicacionais, e, ao exigí-las, o capitalismo o faz a título de valorização das potencialidades obreiras<sup>26</sup>, que, contudo, são imediatamente apropriadas. Mais uma vez, Alves explica:

Agora, são os valores dos colaboradores, suas crenças, sua interioridade, sua personalidade que são cobiçadas. (...) Sob o toyotismo, o homem produtivo é instigado a pensar demais, mas de acordo com a racionalidade instrumental do capital. O cérebro dos operários e dos empregados não está mais livre como no taylorismo/fordismo, Deve-se combater nos locais

<sup>24</sup> ALVES, Giovanni. *Trabalho e Subjetividade*. São Paulo: Editora Boitempo, 2011, p. 120.

<sup>25</sup> GAULEJAC, Vincent de. *A gestão como doença social*. Aparecida – SP: Editora idéia e letras, 2007. p. 223-225.

<sup>26</sup> ALVES, Giovanni. *Trabalho e Subjetividade*. São Paulo: Editora Boitempo, 2011. p. 53.

de trabalho e nas instâncias da reprodução social o pensamento crítico ou aquilo que Gramsci tratou como ‘um curso de pensamentos pouco conformistas’. Incentivam-se habilidades cognitivo-comportamentais proativas e propositivas no sentido adaptativo aos constrangimentos sistêmicos. No plano linguístico-locucional deve-se trocar a sintaxe da luta de classes para a sintaxe da concertação social<sup>27</sup>.

Por outro lado, a extensão de valores da produção para a vida, acarretando o que se denominou “eticidade do econômico”, faz com que os valores cobiçados em um trabalhador ideal do modelo de produção toyotista sejam lançados como ideal para a vida. O discurso da competência e do empreendedorismo revela-se como inovação sociometabólica do capital que manipula os trabalhadores dentro e fora do trabalho. O tempo de trabalho agora também é o “tempo de não trabalho”<sup>28</sup> e o discurso das empresas torna-se um discurso para a vida:

Critérios de produtividade e desempenho saem do universo da empresa e se disseminam pela sociedade, tomando de assalto inclusive as relações afetivo-existenciais, medidas sob os parâmetros linguístico-comunicativos dos valores de desempenho e produtividade. (...) No plano do processo de subjetivação, existe uma afinidade nada eletiva entre as inovações sociometabólicas, que disseminam valores-fetichê, expectativas e utopias de mercado e o sociometabolismo da barbárie<sup>29</sup>.

A impossibilidade de desconexão do trabalho e dos valores que o permeiam, promovida pela cultura do envolvimento com o trabalho e da busca incondicional do sucesso, acontece ao mesmo tempo em que há uma intensificação adoecedora do ritmo de trabalho.

O capitalismo, sob o modelo toyotista de produção, passa a se concentrar na extração da mais-valia relativa em detrimento da mais valia absoluta: ou seja, as jornadas podem ser as limitadas pela lei, desde que dentro de tais jornadas haja uma intensificação do ritmo da produção que compense a ausência do sobrelabor<sup>30</sup>.

O consentimento dos trabalhadores em relação a esses mecanismos é forjado com respaldo não em um espírito de cooperação legítimo, mas, sobretudo, pelo medo de perder o emprego e da desfiliação que isso representa.

Trata-se da função sociorreprodutiva do desemprego, que atua numa perspectiva psicológica simbólica na sociedade do capital<sup>31</sup>. É sob o prisma do “afeto regressivo do medo”<sup>32</sup> que se dá a manipulação da subjetividade dos trabalhadores, condutora de uma afirmação identitária inautêntica pelos sujeitos envolvidos. Tendo sua mente tomada pela lógica produtiva de forma invasiva, esses trabalhadores não conseguem afirmar sua personalidade de modo

---

<sup>27</sup> *Idem*, p. 65.

<sup>28</sup> ALVES, Giovanni. *Trabalho e Subjetividade*. São Paulo: Editora Boitempo, 2011, p. 93.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 94-95.

<sup>30</sup> *Idem*, p. 118.

<sup>31</sup> *Idem*, p. 126 e 141.

<sup>32</sup> *Idem*, p. 140-141.

autônomo, sem a corrupção de suas potencialidades e projetos pessoais pelos objetivos empresariais e valores econômicos difundidos.

Dejours adverte que o modelo japonês exalta tais condições de tal forma que coloca o risco de que a transparência se desvie no sentido de uma vigilância generalizada e da desapropriação dessas inteligências práticas em favor da empresa, descambando para autonomia reduzida e controle hierarquizado mais perversos, porque indutores de uma sujeição impressionante, que transcende os limites da fábrica para colonizar o espaço da vida. É aqui que obediência se transforma em submissão e o esgotamento dos trabalhadores levaria ao declínio da produção ao desencadeamento de doenças somáticas e psíquicas<sup>33</sup>.

Diferente da contundente extração da força física do ser humano vislumbrada sob os modelos taylorista e fordista, por meio das repetições reiteradas de movimentos, o regime pós-fordista se destaca pelas chamadas “doenças da alma”.

Com isso não se compreenda que a corporalidade física dos trabalhadores está resguardada: a perversidade do modelo reside exatamente na capacidade de somar ambas as formas de exploração, combinando o sofrimento psíquico com a dimensão da exploração física, ainda pautada no controle do tempo e de movimentos.

Seligmann-Silva é taxativa ao diagnosticar, no novo modelo, um quadro de precarização da saúde. A autora reporta ao trabalho intelectual intensificado, à exaustão emocional e a destruição das relações interpessoais nos grupos de trabalho (antes pautados no desempenho conjunto) como fatores desse viés da precariedade e associa diretamente desregulamentação e flexibilização do trabalho ao adoecimento<sup>34</sup>.

Constata a autora que o desgaste humano no trabalho, em sentido amplo, tende a ser mais grave nas situações de maior vulnerabilidade social, figurando de forma inversamente proporcional às condições de vida, à fruição de direitos fundamentais e à cidadania<sup>35</sup>.

Franco, Druck e Seligmann-Silva identificam um processo de “fragilização – orgânica, existencial e identitária – dos indivíduos pela organização do trabalho com intensificação da multiexposição”. Esse processo perpassaria desde a diferenciação entre os padrões de treinamento oferecidos aos trabalhadores de diferentes categorias (centrais e terceirizados), a preferência de medidas de proteção individual em detrimento de métodos de proteção coletiva,

---

<sup>33</sup> DEJOURS, Christophe. Inteligência operária e organização do trabalho: a propósito do modelo japonês de produção. In: HIRATA, Helena (org.) *Sobre o modelo japonês*. São Paulo: Edusp, 1993. p. 290.

<sup>34</sup> SILVA, Edith Seligmann. *Trabalho e desgaste mental: o direito de ser dono de si mesmo*. São Paulo: Cortez, 2011. p.472-473.

<sup>35</sup> *Idem*, p. 136-137.

até a imposição de “tempos sociais do trabalho” que se encontram em contradição com os biorritmos dos indivíduos<sup>36</sup>.

O quadro identificado pelas pesquisadoras é de crescimento destacado de dois tipos de patologias, as LER/DORT e os transtornos mentais, o que confirma que a corporalidade física dos trabalhadores não deixa de ser explorada de forma intensa e repetitiva no novo modelo, mas apenas que essa exploração ainda é sobrecarregada pela dimensão do desgaste mental<sup>37</sup>.

O adoecimento mental merece especial atenção porque se apresenta como uma dimensão da precariedade peculiar ao novo modelo (“altera-se o paradigma epidemiológico do adoecer laboral”<sup>38</sup>).

A partir desse cuidadoso diagnóstico empreendido pela literatura sociológica, e compreendendo, portanto, esse cenário das relações de trabalho como o “novo”, ou seja, como uma nova faceta das relações de trabalho, numa organização produtiva distinta, com impactos diferentes sobre a saúde dos trabalhadores (notadamente a intensidade do trabalho, os impactos psíquicos e a ausência de desconexão), que, por isso mesmo, não foi enfrentada de modo responsivo pela legislação trabalhista brasileira em 1943 (as medidas que sobrevieram caminharam mais no sentido da flexibilização do que no sentido de promover medidas de preservação da saúde de quem trabalha), consistiria em responder ao novo, dentro do paradigma constitucional, pensar uma reforma trabalhista que protegesse o trabalhador contra a intensificação do trabalho ou contra o avanço abusivo da gestão do trabalho sobre sua subjetividade?

Porque então esse cenário novo implicou que as alterações no art. 457 da CLT caminhassem no sentido de valorizar as formas de remuneração variáveis e desvinculadas do salário, incidindo no risco de adoecimento pela intensificação do trabalho com vistas ao alcance de melhor remuneração que Giovani Alves denuncia?

Porque então as práticas de trabalho em equipe, engajamento estimulado e de difusão do poder empregatício, com risco de assédio moral organizacional não são tratadas pela nova norma trabalhista, assim como não o são as metas de desempenho?

Porque, ainda, houve, na contramão do discurso protetivo (ou de um “contramovimento”<sup>39</sup>) a multiplicação das formas de contratação precárias/inseguras (como o

---

<sup>36</sup> DRUCK, Graça; FRANCO, Tania; SELLINGMANN-SILVA, Edith. As novas relações de trabalho, o desgaste mental do trabalhador e os transtornos mentais no trabalho precarizado. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, 35 (122): 228-248, 2010, p. 232.

<sup>37</sup> *Idem*.

<sup>38</sup> ALVES, Giovanni. *Dimensões da precarização do trabalho*: ensaios de sociologia do trabalho. Bauru: Canal 6, 2013. p. 139.

<sup>39</sup> POLANYI, Karl. *A grande transformação*: as origens de nossa época. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

contrato intermitente, as contratações terceirizadas, as contratações autônomas exclusivas) e as situações de insegurança dentro dos próprios contratos protegidos (como a situação do trabalhador “hiperssuficiente” e as possibilidades de acordo individual sobre flexibilização da jornada de trabalho)? Porque os efeitos precarizadores da terceirização, já exaustivamente diagnosticados, não foram sequer considerados pela nova normatização, que amplia as possibilidades de terceirização e estabelece como mera faculdade das empresas a equidade de salários entre terceirizados e não terceirizados?

As possibilidades de lidar com o novo, também aqui, se evidenciam como múltiplas e prescindiriam de debate público a respeito, assim como precisariam constar do rol de possibilidades constitucionais abertas.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desprezioso levantamento promovido nesse ensaio tem por escopo evidenciar que abordar a modificação da legislação trabalhista sob a perspectiva da modernização é um argumento vazio. Dizer que o “novo” ou o “moderno” é um imperativo, sem assumir que se está seletivamente pinçando e adjetivando de novo justamente a agenda neoliberal, constitui, mais uma vez, num artifício argumentativo da razão neoliberal para impor os desígnios econômicos como única alternativa, esvaziando a esfera pública como espaço adequado para a tomada de decisões políticas fundamentais sobre interesses comuns.

Mais grave: conduz à tomada de decisões desvinculadas dos compromissos políticos fundamentais adotados pelo Estado brasileiro constitucionalmente e perante a comunidade internacional (notadamente a Organização Internacional do Trabalho). Como compreender que o novo nas relações de trabalho está em descompasso com uma jovem Constituição de apenas 30 anos?

A ideia de que não há alternativa nos coloca diante do risco de assumir como novas perspectivas tão antigas quanto aquelas adotadas nos primórdios do capitalismo, quando ainda não impostos à economia de mercado os limites à exploração do trabalho, da terra e dos recursos naturais.<sup>40</sup>

Não há nada de novo em a economia capitalista demandar sacrifícios humanos e ambientais para seu desenvolvimento: isso fora identificado por Karl Polanyi no início do século, na célebre obra “A grande transformação”. E, igualmente, não é grande novidade

---

<sup>40</sup> POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

afirmar a necessidade de o constitucionalismo, os direitos sociais e especificamente o direito do trabalho constituírem-se em contramovimentos necessários a conter a tendência do capitalismo em mercantilizar e, com isso, degradar a condição humana, os recursos naturais e, como explica Polanyi, a própria livre concorrência.

O termo neoliberalismo, disfarçado em seu conteúdo ideológico na ideia de “moderno” ou “novo”, tampouco nos traz alguma ideia inovadora: consiste nas velhas premissas liberais, acrescidas de uma maior agressividade.

A existência de novos contextos de trabalho e de questões não respondidas pelo direito é perene: as ciências sociais aplicadas lidam com um objeto social vivo e, por isso mesmo, em transformação permanente. Em um Estado Democrático de Direito, o novo, sobretudo em termos de relações econômicas, não impõe respostas: ele interroga. E as respostas devem ser dadas a partir de aprendizados históricos, da construção democrática e, necessariamente, do horizonte constitucional.

Numa sociedade de classes, em que os interesses que permeiam os debates econômicos tendem a ser divergentes, o novo, em termos de relações produtivas, não pode ser um imperativo, mas, invariavelmente, um feixe de possibilidades paradoxais, a serem destrinchadas a partir da sabedoria de seus paradigmas constitucionais.

Nesse sentido, o paradigma constitucional coloca-se ao diálogo com aquilo que a sociedade, em contextos democráticos, considere como abordagens legítimas do novo. O caráter aberto, axiológico e genérico do Texto Constitucional é o que permite que as transformações da sociedade, da tecnologia e do direito sejam acolhidas sem se desprender do horizonte, dos valores e das perspectivas constitucionalmente postas<sup>41</sup>.

Quando o alinhamento do “novo” se impõe nas instituições legislativas com propósitos divergentes daqueles estampados no nosso jovem texto constitucional, percebemos a emergência de diferentes olhares que podem ser concedidos para as paradoxais novidades de uma sociedade de classes.

Tal diversidade, de um lado, revela a imperatividade do debate democrático<sup>42</sup>, e de outro, revela a profundidade das disputas em torno do texto constitucional, que fazem

---

<sup>41</sup> Nesse sentido, a valiosa contribuição de Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado no item “Parâmetros hermenêuticos relevantes para a interpretação das regras da Lei n. 13.467/2017 no plano do direito individual do trabalho”. Consultar: DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017, pp. 86-98.

<sup>42</sup> Nesse sentido, o Enunciado nº 1 da Comissão 1 da II Jornada de Direito material e processual do trabalho: “I. REFORMA TRABALHISTA. LEI 13.467/2017. INCOMPATIBILIDADE VERTICAL COM AS CONVENÇÕES DA OIT. AUSÊNCIA DE CONSULTA TRIPARTITE. OFENSA À CONVENÇÃO 144 DA OIT. II. AUSÊNCIA DE CONSULTA PRÉVIA ÀS ORGANIZAÇÕES DE TRABALHADORES. OFENSA À CONVENÇÃO 154 DA OIT, BEM COMO AOS VERBETES 1075, 1081 E 1082 DO COMITÊ DE LIBERDADE

Comparato chegar a dizer da existência de duas constituições - uma “constituição oficial” e uma “constituição subliminar”:

Ou seja, sempre tivemos uma Constituição, por vezes muito bem-acabada, enquanto peça legal, e outra, como um código velado, que de fato funcionava na prática. É o que chama de a Constituição “oficial” e a “subliminar”. A segunda sempre esteve focada na manutenção dos poderes de uma elite que até mesmo usava da própria “constituição oficial” para assegurar sua dominação. “Até mesmo durante os regimes autoritários ou ditatoriais, fizemos questão de promulgar uma Constituição. Assim foi em 10 de novembro de 1937 para justificar a instituição do Estado Novo getulista, e em 24 de janeiro de 1967 em pleno regime militar”<sup>43</sup>.

É reivindicando, portanto, o caráter oficial da Constituição de 1988 e denunciando o caráter oficioso dessa pretensa ordem jurídica que lê como novidade a agenda neoliberal, que se escancara o conflito e se reclama a esfera pública e democrática como única garantia possível da cidadania.

Seja diante do novo, do velho vestido de novo ou de uma concepção seletiva da novidade, o importante é resgatar o valor do debate público sobre o trabalho e compreender que a seara democrática deve ser inundada de alternativas (ainda que paradoxais/contraditórias) diante do que se entenda como novo, apurando o compasso ou descompasso de cada uma dessas possibilidades com o compromisso político de 1988.

Os caminhos para a interpretação da “nova” lei trabalhista – e para a necessária reconstrução da ordem jurídica do trabalho, portanto, devem ser pavimentados nesse caminho, que é, afinal, o caminho da permanente novidade e reinvenção constitucional.

## 6 REFERÊNCIAS

ALMIRO, Eduardo de Almeida; SEVERO, Valdete Souto. *Direito à desconexão nas relações de trabalho*. São Paulo: Ltr, 2016.

ALVES, Giovanni. *Dimensões da precarização do trabalho: ensaios de sociologia do trabalho*. Bauru: Canal 6, 2013.

ALVES, Giovanni. *Trabalho e Subjetividade*. São Paulo: Editora Boitempo, 2011.

GAULEJAC, Vincent de. *A gestão como doença social*. Aparecida – SP: Editora idéia e letras, 2007.

---

SINDICAL DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DA OIT”. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis2.asp> Acesso em 13/5/2018, 17h39min.

<sup>43</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Entrevista concedida ao IHU on line. Disponível em <http://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/7223-num-brasil-de-duas-constituicoes-concomitantes-a-democracia-e-incompleta> Acesso em 13/5/2018, 16h32min.

ARAÚJO, Maurício Azevedo de; DUTRA, Renata. Q.; JESUS, Selma Cristina S. Neoliberalismo e flexibilização da legislação trabalhista no Brasil e na França. In: *Cadernos do CEAS*, v. 242, p. 558-581, 2017.

CHAVES JR, José; LEME, Ana; RODRIGUES, Bruno (Org.). *Tecnologias Disruptivas e a Exploração do Trabalho Humano*. 1ed.São Paulo: LTr, 2017, v. 1, p. 166-178.

COMPARATO, Fábio Konder. *Entrevista concedida ao IHU on line*. Disponível em <http://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/7223-num-brasil-de-duas-constituicoes-concomitantes-a-democracia-e-incompleta> Acesso em 13/5/2018, 16h32min.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.

DEJOURS, Christophe. Inteligência operária e organização do trabalho: a propósito do modelo japonês de produção. In: HIRATA, Helena (org.) *Sobre o modelo japonês*. São Paulo: Edusp, 1993.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Gabriela Neves; DUTRA, Renata Queiroz. O alcoolismo sob o olhar da Constituição de 1988: a substituição da semântica da punição disciplinar pelo sentido de proteção social. *Revista dos Tribunais* (São Paulo. Impresso), v. 950, p. 481-498, 2014.

DRUCK, Graça; FRANCO, Tania; SELLMANN-SILVA, Edith. As novas relações de trabalho, o desgaste mental do trabalhador e os transtornos mentais no trabalho precarizado. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, 35 (122): 228-248, 2010.

FRAZÃO, Ana de Oliveira. *A decisão do Reino Unido sobre os motoristas de Uber*. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/decisao-reino-unido-sobre-os-motoristas-da-uber-o-que-temos-aprender-com-ela-01112016> Acesso em 13/5/2018, 16h44 min.

GAULEJAC, Vincent de. *A gestão como doença social*. Aparecida – SP: Editora idéia e letras, 2007.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LIGUORI, Guido; VOZA, Pasquale. *Dicionário Gramsciano*, São Paulo, Boitempo, 2017.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo? Saraiva, 2014.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ROCHA, Júlio de Sá. *Direito ambiental do trabalho: mudanças de paradigma na tutela jurídica à saúde do trabalhador*. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Edith Seligmann. *Trabalho e desgaste mental: o direito de ser dono de si mesmo*. São Paulo: Cortez, 2011.

SOUTO MAIOR, Jorge Luís. “A CLT é velha”, publicado em 27/3/2017 no blog pessoal do autor. Disponível em: <http://www.jorgesoutomaior.com/blog/i-a-clt-e-velha>. Acesso em 29/4/2018, 18h12.