

VOLUME 5 - NÚMERO 2
MAIO/AGOSTO 2019



REVISTA
DIREITO DAS
RELAÇÕES SOCIAIS
E TRABALHISTAS

Vol. 5 / N. 2

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

ISSN 2446-8908

Volume V, Número 2

Maio/Agosto

2019

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.^a Dr.^a 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. Emmanuel Dockès (Universidade de Paris X - Nanterre, França)

Prof. Dr. Giancarlo Perone (Universidade de Roma Tor Vergata, Itália)

Prof.^a Dr.^a Roberta Bortone (Universidade de Roma La Sapienza, Itália)

Prof. Dr. Giuseppe Ludovico (Universidade de Milão, Itália)

Prof.^a Dr.^a 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.^a Dr.^a 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 (UCPE) Prof. Dr. Ivan Simões Garcia (UFRJ e UERJ)

Prof.^a Dr.^a Sayonara Grillo Leonaldo da Silva (UFRJ)

Prof. Dr. Jorge Luiz Souto Maior (USP)

Prof. Dr. Ronaldo Lima dos Santos (USP)

Prof.^a Dr.^a 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

Profa. Dra. Adriana Goulart de Sena Orsini (Universidade Federal de Minas Gerais)

Profa. 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 (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Profa. Dra. Carla Teresa Martins Romar (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

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

Prof. Dr. Claudimir Supioni Junior (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

Profa. Dra. Cláudia Coutinho Stephan (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Prof. Dr. Cláudio Jannotti da Rocha (Universidade Federal do Espírito Santo)

Prof. Dr. Cléber Lúcio de Almeida (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Profa. Dra. Daniela Muradas Antunes (Universidade Federal de Minas Gerais)

Prof. Dr. Fábio Túlio Barroso (Universidade Católica de Pernambuco)

Prof. Dr. Fábio Zambitte Ibrahim (Universidade do Estado do Rio de Janeiro)

Profa. Dra. Gilsilene Passon Francischetto (Faculdade de Direito de Vitória)

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

Prof. Dr. Henrique Garbellini (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

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

Prof. Dr. José Eduardo de Resende Chaves Junior (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Profa. Dra. Juliana Teixeira Esteves (Universidade Federal de Pernambuco)

Profa. Dra. Karen Artur (Universidade Federal de Juiz de Fora)

Prof. Dr. Leonardo Vieira Wandelli (Centro Universitário UniBrasil-PR)

Prof. Dr. Leonel Marchietto (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

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

Prof. Dr. Ney Stany Moraes Maranhão (Universidade Federal do Pará)

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

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

Profa. Dra. Renata Queiroz Dutra (Universidade Federal da Bahia)

Prof. Dr. Ricardo Pereira de Freitas Guimarães (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

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-MG)

Profa. Dra. Wanise Cabral Silva (Universidade Federal Fluminense)

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)

Editora Executiva: Dra. Maria Cecília de Almeida Monteiro Lemos (Professora Titular UDF)

Coeditor Acadêmico: Ricardo José Macêdo de Brito Pereira (Professor 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)

Mestranda pesquisadora: Carolina Silva Silvino Assunção (UDF)

Mestranda pesquisadora: Cristine Helena Cunha (UDF)

Mestranda pesquisadora: Eunice Maria Franco Zanatta (UDF)

Mestranda pesquisadora: Luíza Baleeiro Coelho Souza (UDF)

Contatos

www.udf.edu.br

mclemos@udf.edu.br

revistamestradoudf@hotmail.com

Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas / Centro Universitário do Distrito Federal. – Vol. V, Nº 2 (Maio/Agosto 2019). Brasília, DF, 2019 [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.....	11
CHALLENGES TO LABOUR LAW.....	16
Desafios para o Direito do Trabalho <i>Prof. Dr. Wolfgang Däubler</i>	
LA INTRODUCCIÓN DE FLEXIBILIDAD EN LA FIJACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO MEDIANTE CONVENIO COLECTIVO.....	37
The introduction of flexibility in the setting of working conditions through collective agreement <i>Prof. Dr. Fernando Fita Ortega</i>	
CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY AND WORKERS' RIGHTS.....	52
Responsabilidade social corporativa e direitos dos trabalhadores <i>Prof. Dr. Lance A. Compa</i>	
EL ENFOQUE CONSTITUCIONAL SOBRE LA FORMACIÓN PROFESIONAL DESDE EL DERECHO AL TRABAJO Y DERECHO A LA EDUCACIÓN.....	62
The constitutional approach in the professional training of the right to work and the right to education <i>Profa. Dra. Maria José Romero Rodenas e Prof. Dr. Juan Luis Garcia Ríos</i>	
TECNICHE DI TUTELA, COSTITUZIONE DEL 1948 E PROCESSO CIVILE (a proposito di una prolusione non tenuta)	106
Protection techniques, 1948 constitution and civil trial (about a not held prolusion) <i>Prof. Dr. Andrea Proto Pisani</i>	
A REFORMA DA LEI REFORMANDO O JUIZ.....	132
The legal reform re-forming the judge	

Prof. Dr. Luiz Otávio Linhares Renault; Prof. Dr. Márcio Túlio Viana; Prof. Dr. Leonardo Tibo Barbosa Lima; Msc. Raquel Portugal Nunes

TELETRABALHO E REFORMA TRABALHISTA: UMA REFLEXÃO SOBRE OS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS SUJEITOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO E SUAS REPERCUSSÕES PROCESSUAIS.....154

Telework and the brazilian labor reform: a reflection on the rights and obligations of the subjects of an employment relation and their repercussions on judicial procedure

Prof. Dr. Sergio Torres Teixeira e Gelba Carolina Siqueira Serpa

A EC N° 103/2019 E A SUSTENTABILIDADE DA PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA.....194

Constitutional amendment 103/2019 and the sustainability of the Brazilian Public Pensions System

Profa. Dra. Zélia Luíza Pierdoná e Profa. Dra. Heloisa Hernandez Derzi

ATUAL DISCIPLINA LEGAL DA PROFISSÃO DE AERONAUTA: inovações decorrentes da Lei 13.475/2017209

Current legal discipline of aeronaut's profession: innovations arising from law 13.475/2017

Prof. Dr. Gustavo Filipe Barbosa Garcia

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-DF -, apresenta ao público a sua segunda edição do corrente ano (Vol. 5, N. 2), que abrange o quadrimestre maio-agosto de 2019.

Esta Revista é divulgada regularmente em meio digital e com acesso livre (contando também com publicação subsequente, em meio impresso, pela importante e prestigiada Editora LTr, de São Paulo).

Publicada desde o primeiro semestre letivo de 2015 (Vol. 1, N. 1), com periodicidade semestral em seus três primeiros anos (dois números por volume anual, totalizando 18 artigos por ano), a Revista, desde 2018, passou a ser quadrimestral, sendo publicada de maneira contínua e regular, sempre almejando trazer ao público textos inéditos no Brasil de consagrados doutrinadores estrangeiros e brasileiros.

Desde o Vol. 4, N. 1, referente a janeiro-abril de 2018, o periódico tornou-se quadrimestral, com o mesmo montante de artigos por número (ou seja, nove artigos por número, como praticado desde o Vol. 1, N. 1). Dessa maneira, o periódico jurídico científico passou a totalizar 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 da revista acadêmica jurídica.

A grande novidade da Revista, a partir deste Vol. 5, N. 2, é a migração para a Plataforma *Open Journal Systems* (OJS). Trata-se de um *software* de gerenciamento e publicação de revistas eletrônicas, desenvolvido pelo *Public Knowledge Project* (PKP). Originalmente traduzido, suportado e disseminado no Brasil pelo Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT) do Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT), o sistema OJS tem sido recomendado pela CAPES, sendo largamente utilizado pela comunidade brasileira de editores de periódicos científicos.

Tal aperfeiçoamento acentua o destaque da Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas no contexto dos mais relevantes periódicos científicos e jurídicos do País, tornando ainda mais fácil a submissão e o acesso aos artigos pelo público em geral, além de corroborar a transparência e a lisura dos métodos editoriais adotados.

Com mais esse passo, a Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas 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".

Registre-se que a Revista adota o sistema *double blind review* (revisão/avaliação dupla e cega), desde o seu Vol. 3, N. 2, referente ao período Julho-Dezembro 2017 - portanto, já há seis números editados. Esse sistema de avaliação objetiva, dupla e impessoal 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 o presente periódico científico. 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.

Note-se que a adoção do *software Open Journal Systems* consolida o espaço acadêmico conquistado pelo periódico, referência nos campos do Direito do Trabalho, do Direito Processual do Trabalho, dos Direitos Humanos e Sociais, do Meio Ambiente do Trabalho e do Direito da Seguridade Social, e aprofunda o compromisso do Programa de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF com a democratização da produção e do acesso ao conhecimento científico.

O novo formato da Revista não altera a sua linha editorial, calcada no Constitucionalismo Humanista e Social Contemporâneo, marca do Programa de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF - Centro Universitário, reconhecido pela excelência em todo o País.

O presente Vol. 5, N. 2, do periódico científico reafirma a interação que o Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF - Centro Universitário tem estabelecido com a comunidade acadêmica brasileira e estrangeira apresentando nove artigos jurídicos e científicos, sendo cinco de Professores Doutores estrangeiros e quatro de Professores Doutores brasileiros. Ao manter significativa participação de doutrinadores estrangeiros em todas as suas edições (no mínimo, quatro artigos de autores estrangeiros em cada número editado), desde a sua primeira publicação, a Revista enfatiza o seu processo de internacionalização e amplia os laços com pesquisadores de instituições universitárias da

Europa, América Latina e Estados Unidos, cumprindo importante papel de difusão do conhecimento. Aliás, nesse processo de internacionalização, destaca-se o II Congresso Internacional de Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social, realizado no segundo semestre de 2019, no Centro Universitário UDF, com a presença de juristas do Brasil e do exterior, contando com o imprescindível apoio da Fundação de Apoio à Pesquisa do Distrito Federal - FAP-DF.

O sucesso da Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas é também fruto da participação dos mais renomados pesquisadores das universidades brasileiras, que reconhecem a importância do periódico na medida em que emprestam seu prestígio à Revista, enviando artigos inéditos da mais alta qualidade.

A Revista também é resultado das atividades e esforços dos docentes do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF, que habitualmente participam de diversos Congressos, Seminários, Simpósios e Colóquios realizados no Brasil e no exterior, bem como lançam livros ou publicam artigos em obras coletivas ou em revistas acadêmicas.

Prova dessa virtuosa pluralidade, esta edição é integrada por nove artigos, sendo cinco de autoria de Professores Doutores estrangeiros, de Universidades de quatro importantes países (Alemanha, Espanha, Estados Unidos e Itália). Quatro artigos, por sua vez, são da lavra de Professores Doutores brasileiros (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais PUC/MG; Universidade Federal de Pernambuco – UFPE; Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP; e Universidade de São Paulo - USP). Naturalmente, alguns dos artigos são liderados por Professores Doutores no ambiente de pesquisa da respectiva Universidade ou Centro Universitário, contando também com a participação de Mestrandos das respectivas unidades acadêmicas. Enfatize-se que, excetuando-se o brilhante artigo do Professor Doutor Gustavo Felipe Barbosa Garcia, Professor Titular do Programa de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF, todos os demais textos originam-se de Instituições de Ensino Superior diversas, 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.

O presente Vol. 5, N. 2, 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 no Brasil, capitaneados por Professores Doutores estrangeiros e brasileiros. Trata-se dos seguintes trabalhos, iniciando-se pelos autores estrangeiros: 1) “*Challenges to labour law*”, de autoria do Professor Doutor Wolfgang Däubler; 2) “*La introducción de flexibilidad en la fijación de las condiciones de trabajo mediante Convenio Colectivo*”, de autoria do Professor Doutor Fernando Fita Ortega; 3) “*Corporate social responsibility and workers’ rights*”, de autoria do Professor Doutor Lance A. Compa; 4) “*El enfoque constitucional sobre la formación profesional desde el derecho al trabajo y derecho a la educación*”, de autoria da Professora Doutora Maria José Romero Rodenas e do Professor Doutor Juan Luis Garcia Ríos; 5) “*Tecniche di tutela, Costituzione del 1948 e processo civile (a proposito di una prolusione non tenuta)*”, de autoria do Professor Doutor Andrea Proto Pisani.

A seguir, os autores nacionais: 6) “A reforma da lei reformando o juiz”, de autoria do Professor Doutor Luiz Otávio Linhares Renault, do Professor Doutor Márcio Túlio Viana e do Professor Doutor Leonardo Tibo Barbosa Lima em parceria com a Mestra Raquel Portugal Nunes; 7) “Teletrabalho e Reforma Trabalhista: uma reflexão sobre os direitos e obrigações dos sujeitos da relação de emprego e suas repercussões processuais”, de autoria do Professor Doutor Sergio Torres Teixeira em parceria com a Professora Doutora Gelba Carolina Siqueira Serpa; 8) “A EC Nº 103/2019 e a sustentabilidade da previdência social brasileira”, de autoria da Professora Doutora Zélia Luiza Pierdoná e da Professora Doutora Heloisa Hernandez Derzi; finalmente, o artigo 9) “Atual disciplina legal da profissão de aeronauta”, de autoria do Professor Doutor Gustavo Filipe Barbosa Garcia, encerra com brilhantismo o Vol. 5, N. 2, da Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas.

Diante do aqui explanado, constata-se que os artigos que integram este N. 2 do Vol. 5 da Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas, abrangendo o segundo quadrimestre de 2019, conectam-se clara e consistentemente à sua linha editorial, permitindo aos leitores terem acesso aos mais atuais e avançados estudos desenvolvidos no Brasil e no exterior acerca do estado atual das relações sociais e trabalhistas, além de contribuir para ampliar e aprofundar os debates sobre seus problemas, insuficiências e potencialidades.

Desejamos, assim, à comunidade acadêmica e jurídica uma prazerosa e enriquecedora leitura.

Brasília, agosto de 2019.

CHALLENGES TO LABOUR LAW

DESAFIOS PARA O DIREITO DO TRABALHO

Wolfgang Däubler ¹

ABSTRACT: The article deals with three main challenges to labour law referring especially to the German experience. The world-wide market induced enterprises to relocate their production and to reduce labour costs at home. In Germany, a quite indirect way of exercising pressure on the workers was developed; counter-measures were rare and did not really change the situation. CETA will worsen the situation because national sovereignty in social and environmental questions will fade away. The second challenge comes from inequality existing among workers as well as in society as a whole. There is a scission between very wealthy people on one side and people becoming poorer and poorer on the other side. Labour law has not yet developed the instruments to realize more equality among workers but some ideas are discussed. The third challenge is the digitalisation of many activities; they are no more bound to certain places or certain times of the day. The “freedom” to work at any moment and at any place entails very long working hours, work at night and work on Sundays. Legal rules on working time lose more and more their importance. A solution can be the right of workers’ representatives to discuss the tasks given to individual workers, but other means are examined in the article, too. The internet makes crowdworking possible – a new form of work which is currently not covered by labour law.

KEYWORDS: Globalisation. Inequality. Digitalisation. Crowdworking. Excessive working time. Scission among workers. Self-employed. Persons.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Globalization. 2.1. Loss of workplaces. 2.2. Intensification of work. 2.3 Reducing labour costs. 2.4. Counter-measures? 2.5. Foreign owners of German enterprises. 2.6. CETA. 3 Equality – a lost value. 3.1. Inequality among workers. 3.2. Inequality in society. 3.3. Impacts on labour law. 4. Work in the digitalised world. 4.1. The appearance. 4.2. Working time problems. 4.2.1 The facts. 4.2.2 Possible solutions. 4.3. Crowdworking. 4.3.1. Some facts. 4.3.2. Legal Implications. 4.3.3 Perspectives. 5. References.

RESUMO: O artigo trata de três principais desafios ao direito do trabalho, referentes principalmente à experiência alemã. O mercado mundial induziu as empresas a realocar sua produção e reduzir os custos de mão-de-obra em casa. Na Alemanha, foi desenvolvida uma maneira indireta de exercer pressão sobre os trabalhadores; contramedidas eram raras e realmente não mudavam a situação. O CETA piorará a situação, porque a soberania nacional em questões sociais e ambientais desaparecerá. O segundo desafio vem da desigualdade existente entre os trabalhadores e na sociedade como um todo. Há uma cisão entre pessoas muito ricas de um lado e pessoas cada vez mais pobres do outro lado. O direito do trabalho ainda não desenvolveu os instrumentos para obter mais igualdade entre os trabalhadores, mas algumas ideias são discutidas. O terceiro desafio é a digitalização de muitas atividades; eles não estão mais vinculados a determinados lugares ou determinados horários do dia. A “liberdade” de trabalhar a qualquer momento e em qualquer lugar implica longas horas de trabalho, trabalho à noite e aos domingos. As regras legais sobre o tempo de trabalho perdem cada vez mais importância. Uma solução pode ser o direito dos representantes dos trabalhadores de discutir as tarefas atribuídas a cada trabalhador, mas outros meios também são examinados no artigo. A Internet possibilita o trabalho em multidão - uma nova forma de trabalho que atualmente não é coberta pela legislação trabalhista.

PALAVRAS-CHAVE: Globalização. Desigualdade. Digitalização. Tempo de trabalho excessivo. Cisão entre os trabalhadores. Trabalhadores por conta própria. Pessoas.

Artigo recebido em 24/07/2019.

Artigo aprovado em 24/08/2019.

¹ Professor of Labour Law, Civil Law and Economic Law at the University of Bremen (Germany); Bibliothekstraße 1, D-28359 Bremen. Mail: daeubler@uni-bremen.de.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Globalização. 2.1 Perda de locais de trabalho. 2.2 Intensificação do trabalho. 2.3 Redução de custos trabaistas. 2.4 Contra-medidas? 2.5 Proprietários estrangeiros de empresas alemãs. 2.6 CETA. 3 Igualdade - um valor perdido. 3.1 Desigualdade entre trabalhadores. 3.2 Desigualdade na sociedade. 3.3 Impactos no direito do trabalho. 4. Trabalhe no mundo digitalizado. 4.1 A aparência. 4.2 Problemas de tempo de trabalho. 4.2.1 Os fatos. 4.2.2 Soluções possíveis. 4.3 Trabalho em multidão. 4.3.1 Alguns fatos. 4.3.2 Implicações legais. 4.3.3 Perspectivas. 5. Referências.

1 INTRODUCTION

My subject is quite a broad one. I may be permitted to concentrate on a discussion which has started in my country. It may sometimes happen that social phenomena are less recognized in one country whereas they are at the centre of scientific interest in another. In other cases, the point of departure may be the same, but the way of dealing with problems can be very different. So I have to beg your pardon if I describe a topic which may be quite new for some of us, but may be rather well-known to other people. My German style of dealing with problems and theories is often linked to concrete examples; to develop new categories – typical *e.g.* for a French approach - will remain our task for the future when we have completely understood the reality.

In Germany, we see three challenges to labour Law:

- The first one is globalization in the sense that markets for products and for investments are becoming more and more open, the last obstacles to international commerce being taken down;

- The second one is inequality which exists among workers as well as in society as a whole;

- The third one is the growing digitalisation of work which questions the separation between workplace and private life.

I will deal with these three points adding some reflexions about possible reactions of workers, their unions and their networks.

2 GLOBALISATION

To be exposed to a world-wide competition is nothing new for German enterprises. It may be sufficient to remember that during the 1970-s large parts of the German textile industry were transferred to low-wage-countries². But the situation changed after 1990. Low-

² See Fröbel/Heinrichs/Kreye, Die neue internationale Arbeitsteilung, Reinbek (Rowohlt) 1977.

wage-countries were quite nearby in Eastern Europe, right on the doorstep. What was even more important was the change in the power-relations: Before 1990, social policy was determined largely by political reasons. To treat the working class badly would have meant running the risk that sections of it would develop sympathy for the system in the east. Now this “danger” has disappeared; the market has been given free rein.

2.1 LOSS OF WORKPLACES

Workplaces were lost and still are. In some fields, the same tasks can be fulfilled at lower costs in other countries. The difference of wages may be so high that even a lower productivity does not matter. A manager of a German firm once told me: A German engineer works as much as five Indian engineers. But the money I have to pay to him would be sufficient to pay ten Indian engineers. What is the practical effect of such a “theory”? Workers and their unions can at least be threatened by the relocation of the plant or a part of it. In some cases the production will be effectively transferred to another country. The difference in wages is, however, only one factor in the decision-making process. What is the infrastructure like in the foreign country? Are there enough qualified people available? Are there any problems with public safety? Is there a reliable administration or will it only do its job on the basis of bribes? Are there “tariffs” one has to pay for a licence or a permission? In some less complicated cases production is transferred to another country in order to serve the local market therefore reducing growth at home.

2.2 INTENSIFICATION OF WORK

Today, the typical case sees no more relocation of plants. In my example, the message given to the engineers is: “You are good but be better”. International competition puts pressure on workers to perform. Counter-pressure is dangerous because workers never know whether the next task in the group of enterprises will be given to the Indian or the Chinese subsidiary.

2.3 REDUCING LABOUR COSTS

Nowadays in Germany, labour costs can no longer be reduced by just putting away collective agreements. That would disturb the social partnership existing between employers and unions and would not even be welcomed by the employers who do not want state intervention in such a field. There is a more sophisticated way; it was based on the so-called Hartz-Reforms in 2003 and 2004³. Two points need to be stressed upon.

Temporary agency work was “liberalised”. A work assignment with another employer was permitted without any time limit. In this way, an employer could replace employees with temporary agency workers if there was a vacancy in his plant. Unlike in France, temporary agency workers earn 30% to 40% less than normal workers; so it may be profitable to increase the number of them. Indeed, after 2003 there was an increase from about 200.000 people to 850.000 people in 2007⁴ and to more than 1.000.000 people in 2018⁵. The law provided for equal pay and equal treatment but these principles could (and can) be sidestepped by collective agreements. The unions collaborated in concluding agreements which fixed the traditional conditions of temporary agency workers. The existence of low-paid workers puts pressure on the whole working class being threatened by the employment of more and more temporary agency workers.

The second point was the reduction of the “social network”. Before 2003, an unemployed person received unemployment benefits for one to two years depending on the age and years of service. When this time was over and no new job was found the person concerned received “unemployment aid” without any time limit; it was 50% of the former income after deductions and 57% if the person had to take care of a child. The person was not obliged to sell his or her assets like an apartment and a car or to give back a life insurance policy to the insurance company. All this was abolished by the so-called Hartz-legislation. Former income no longer played any role after the period of unemployment benefit. Everybody received 345 Euros a month (plus rent for a modest apartment and costs for heating); with few exceptions, assets including life insurance had to be sold before getting any money. This was a horrible come down for most of the people concerned. Workers with jobs were quite anxious about finding themselves in a similar situation.

³ Hartz was a member of the board of Volkswagen responsible for human resources and chairman of a Government’s commission for the reform of the labour market. Some years later, he lost his job for corruption and was condemned to one year of prison, the sentence being suspended.

⁴ See Bundesagentur für Arbeit, Der Arbeitsmarkt in Deutschland – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen, Nürnberg 2015, p. 6 (<http://statistik.arbeitsagentur.de/Statischer-Content/Arbeitsmarktberichte/Branchen-Berufe/generische-Publikationen/Arbeitsmarkt-Deutschland-Zeitarbeit-Aktuelle-Entwicklung.pdf>).

⁵ Bundesagentur für Arbeit, Aktuelle Entwicklungen in der Zeitarbeit, Juli 2019, Seite 4.

In the years between 2000 and 2008 the effective net wages went down by 0.8% because the inflation rate was higher than the average wage increases⁶. The lowest 20% of wage earners lost 2.5%⁷, while the highest 10% were even better-off. It took until 2014, before the average real wages were higher than in 2000⁸.

2.4 COUNTER-MEASURES?

International labour law does not offer any solution to these problems. There is no ILO-convention on the relocation of enterprises. The OECD-guidelines on multinational enterprises⁹ prohibit using a possible relocation as a threat during negotiations with workers' representatives about other subjects, but the relocation as such is not restricted, and the "guidelines" contain no binding rules but rather only lead to a mediation process with a competent national body. Intensification of work and fostering a sector of low-paid workers are no subjects dealt with in ILO-conventions.

National law may offer some more help. Can the right to strike be useful in such cases? According to the German courts, a strike is legal only if it is led by a union and if it aims at the conclusion of a collective agreement. The essential question is, whether the relocation of a plant may be regulated by collective agreement. Must such a decision be considered as a management prerogative? The Federal Labour Court found a diplomatic solution¹⁰: It stated that unions and employers are allowed to conclude collective agreements about the consequences a relocation of the plant may have on the situation of the workers. In the concrete case, the union had claimed to extend the periods of notice to three years; in addition the employer should pay the costs to the workers in regards to getting a new professional qualification. Those who did not take this opportunity should receive a severance pay which amounted to two monthly salaries for each year of service. Such demands were considered to be legal – even if their realization would make the relocation economically

⁶ See the EU-Publication <http://www.eu-info.de/deutsche-europapolitik/umfragen-statistiken-deutschland/reallohn/>. Germany was the only country in Europe with a decrease of real wages in the period between 2000 and 2008.

⁷<http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/lohnunterschiede-in-deutschland-gehen-weiter-auseinander-13490563/reallohnentwicklung-in-13490600.html> (Frankfurter Allgemeine Zeitung).

⁸<http://www.spiegel.de/wirtschaft/service/realloehne-in-deutschland-liegen-hoher-als-im-jahr-2000-a-1019175.html> (Der Spiegel).

⁹ <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48808708.pdf>

¹⁰ BAG (= Bundesarbeitsgericht = Federal Labour Court) 24. 4. 2007 – 1 AZR 252/06 - NZA (= Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht) 2007, 987.

unreasonable. By increasing demands, the union can begin negotiations about the relocation of the plant as such.

As to the intensification of work, labour law is not very well prepared. The law about working time only contains notions like on-call duty and standby service which describe a kind of “reduced” work. If the normal standard is exceeded we cannot find any category like “uninterrupted work” or “heavy work”. The only exception can be found in collective agreements which provide an additional payment for dangerous or especially unpleasant work. The problem will reappear in the context of digitalisation; it shall, therefore, be dealt with later.

The Hartz-Legislation was challenged at the Constitutional Court because the Parliament had not paid sufficient attention to the real situations of the persons concerned. The deputies had e.g. neglected the need to spend money on further education which was especially severe because children got (depending on their age) 60% or 80 % of the sum given to adults. A child talented in music or a special kind of sport would have no chance to develop his or her skills. The Constitutional Court declared the law to be unconstitutional¹¹, a decision which brought some improvements afterwards but which could not change the political impact the legislation had on the working class.

2.5 FOREIGN OWNERS OF GERMAN ENTERPRISES

In open markets, enterprises may be bought by foreign investors. If this takes place, labour law can no more be applied in the same way as before, i.e. in relation to a national employer: If the real decision-makers are in the U.S. or in Japan, collective bargaining in the traditional sense is no longer possible. If the other side of the bargaining table has no mandate, negotiations become a pure formality. There is only the alternative to accept the proposals coming from overseas or to go on strike. In most cases, the second solution cannot be practiced for different reasons. Under these circumstances, unions can only appeal to the foreign managers to improve the human relations in the enterprise. Such a kind of appeal brings acceptable solutions in a few cases but as a rule has no effect. As first experiences show, only Chinese investors take a different attitude. They accept German rules on collective bargaining and codetermination. They are interested in the special qualification and working attitude of the German workforce. Workers are often considered by them to be the most

¹¹ BVerfG 9. 2. 2010 – 1 BvL 1/09 – NJW (= Neue Juristische Wochenschrift) 2010, p. 505 et seq.

valuable part of the enterprise which can greatly help to develop the Chinese parent company¹².

2.6. CETA

The “Comprehensive Economic and Trade Agreement” (CETA) between the EU and Canada brings a new dimension into the globalised market. Free commerce is intensified once more bringing additional competition (and more pressure to perform) to the workers. But the “Free Market” – ideology is so strong that even unions and left-wing parties accept it as such. The criticism concentrates, however, on two other important points. The unified market will put social and environmental standards at risk; Europe will be forced to follow the example of Canada and indirectly of the United States in order to remain competitive. The second point is even more embarrassing. The nation state will be liable and obliged to pay damages if “legitimate expectations” of investors are not met¹³. There is the current example of the Swedish company Vattenfall asking for 4 billion Euros in damages because Germany decided to renounce to nuclear power plants in the future¹⁴. Whether “legitimate expectations” have been met or not, will be decided by arbitration courts in an intransparent procedure. The EU-Commission has presented a paper to be used in the negotiations with the United States about TTIP which wants to install international courts, but the problem remains that the nation state loses a lot of its legislative power. Would it not be too dangerous to increase the minimum wage by 30% because investors could not foresee it? What about enlarging the fields in which codetermination of works councils takes place? Would a better protection against dismissal still be possible? If there was even a small risk that Germany would be obliged to pay billions of Euros as damages to foreign investors, the Parliament would renounce to such a kind of legislation. National sovereignty in social and environmental questions will fade away.

3 EQUALITY – A LOST VALUE?

Inequality is a consequence of globalisation but it cannot be explained exclusively in this way. In Germany, you can find inequality among workers as well as inequality in society

¹² Details at Däubler/Müller, Chinesische Arbeitgeber in Deutschland, AiB (=Arbeitsrecht im Betrieb) 2015 (issue 2) p. 33

¹³ This rule is compatible with EU-law: ECJ 30.4.2019 – gut 1/17 - EuZW 2019, 457.

¹⁴ <http://www.zeit.de/wirtschaft/2014-03/investitionsschutz-klauseln-beispiele/seite-2>: The legal basis is the so-called Energy Charter containing comparable provisions as CETA.

as a whole. What is the current role of labour law in this field and what will its future function be?

3.1 INEQUALITY AMONG WORKERS

Labour law permits the creation of precarious jobs which cannot guarantee an adequate economic existence for the individual worker and his or her family.

Traditionally, fixed-term contracts could be concluded only if there was an objective reason (in German: Ein sachlicher Grund) to do it. Replacing a worker who is absent for maternity reasons or for educational leave was a typical situation; another one was the probation period. Since 1985, the legislator has admitted fixed-term contracts without objective reason; the idea was to give an incentive to employers to recruit more people. Whether this effect took place was never proven empirically, but the legislator continued in this way. Today, a fixed-term contract without objective reason is possible for a period of two years, which can be split into four parts¹⁵. The only condition is the absence of a former labour relationship with the same employer, a rule which the Federal Labour Court had restricted to the absence of a labour relationship during the last three years¹⁶. This judge-made delay was declared unconstitutional by the Federal Constitutional Court¹⁷. In 2012, about 8,5% of all workers had a fixed-term contract; twenty years ago, the number was much lower¹⁸. As the workers normally want to keep their jobs he or she depends completely on the employer who is free to give a new contract or to refuse it. Of course, no discrimination would be allowed, but intelligent employers avoid any suspicion going in this direction. The worker is well advised not to have conflicts with the employer; consulting the works council in a personal matter or joining the union would be seen by many employees as a dangerous behaviour. As for payment and working conditions, the worker is entitled to the same rights as workers with an open-ended contract but you will find only a very small number of judgments dealing with this topic.

Temporary agency workers have already been mentioned. Lower wages and worse working conditions are characteristic of this group of workers. According to a report by the

¹⁵ Article 14 § 2 Teilzeit- und Befristungsgesetz (law on part-time work and fixed-term contracts).

¹⁶ BAG 6. 4. 2011 – 7 AZR 716/09 – DB (= Der Betrieb) 2011, 1811.

¹⁷ BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 – NZA 2018, 774.

¹⁸ <http://www.sueddeutsche.de/karriere/angaben-der-bundesregierung-zahl-der-befristeten-arbeitsvertraege-in-deutschland-gestiegen-1.1931132>.

Federal Government, 50% of all these labour relationships end within three months¹⁹. Their legal position has been improved during the last years but there is still a large gap between regular workers and temporary agency workers.

Part-time workers are no uniform group. Some of them work thirty hours per week and receive a good salary. On the other side is the large group of persons in marginal employment, whose earnings are below the threshold of 450 Euros per month. They are normally not included into the social security system and their income is obviously insufficient for their living²⁰. Between the two groups one can find part-timers who are covered by the social security system but who can live only with the support of the family or the state.

These three groups of atypical workers are normally seen as a synonym for precarious work. But there are two important additional groups who are in a comparable situation.

Full-time workers with an open-ended contract may work in a small plant with less than eleven workers: They have almost no protection against dismissal, collective agreements do not apply and a works council does not exist²¹. Their legal situation is assimilated to what the rule was before the First World War: The only exceptions are the protection for maternity and for the disabled (and some improvements in the social security system). If such a worker gets a salary near the legal minimum wage he or she can be considered to be in a precarious situation, too.

Self-employed workers make up 12% of the active population²². Those without employees make up 7%; from 2000 to 2010 their number increased from 1.8 to 2,5 million people²³. In the German system, they are regularly not included in the social security system (exceptions: social security for artists, members of liberal professions like doctors, lawyers, architects etc.). They are not covered by labour law irrespective of their economic situation. If they depend economically on one enterprise or on the administration they are considered to be a person “assimilated to an employee” (in German: Arbeitnehmerähnliche Person). To this group of persons some labour law rules apply. The most important ones are the right to a minimum leave of four weeks and the right to be protected by collective agreements. But all

¹⁹ http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/aeug-bericht-12.pdf?__blob=publicationFile. (website of the Ministry of Labour and Social Affairs).

²⁰ Details at Däubler, *Das Arbeitsrecht*, 12. Aufl., Frankfurt/Main 2017, Rn. 1107 et seq.

²¹ In theory, a works council could be elected if the plant has at least 5 employees; a collective agreement can be applied, if the employer is a member of the employers' association. These are very rare exceptions.

²² DIW-Wochenbericht 7/2013 S. 5 (DIW = Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung).

²³ DIW-Wochenbericht 7/2013 S. 3. See Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Solo-Selbständige in Deutschland – Strukturen und Erwerbsverläufe*, Forschungsbericht 465, Berlin 2016.

the other important rules are not applicable: No protection against dismissal, no integration into the system of works councils. In practice, collective agreements are concluded only for the collaborators of radio and television in the public sector. For employers, self-employed people are quite appealing because contributions do not have to be paid into the social security system for them.

3.2 INEQUALITY IN SOCIETY

Inequality among workers has repercussions on the whole of society. People who have no sufficient living income but are able to work get the minimum benefit described above²⁴. They numbered 4.372 million in 2015²⁵. Those not able to work receive “social aid” as welfare recipients; old-aged people without sufficient pension are in the same position. Both groups amounted to 1,1 million people in 2018²⁶.

The group of “working poor” who do not even earn enough money to reach the minimum standard of living for themselves and for their families comprises 1.317 million people. Among them were 218.000 full-time employees²⁷. They receive benefits to top up their income to subsistence level²⁸. This is a form of combined wages giving an incentive to employers to pay very low salaries in fields where you need no qualification to do a job.

According to the Federal Statistical Office, 14,5% of the population are threatened by “poverty”; the poverty line is drawn at 917 Euros a month²⁹. An EU survey found that 16,1% are in this situation. Both agree that the percentage has grown during the last ten years despite of the economic boom.

The distribution of wealth is even much more unequal. The richest 80.000 people (0,1% of the population) have sixteen times more property than the poorer half of the whole population – approximately 40 million people³⁰.

²⁴ Chapter 2.3.

²⁵ <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/1396/umfrage/leistungsempfaenger-von-arbeitslosengeld-ii-jahresdurchschnittswerte/>.

²⁶ https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Sozialhilfe/_inhalt.html; as to the situation in 2014 see <http://www.welt.de/wirtschaft/article133730244/Zahl-der-Sozialhilfeempfaenger-steigt-auf-Rekordhoch.html>.

²⁷ http://www.sozialpolitik-aktuell.de/tl_files/sozialpolitik-aktuell/_Politikfelder/Arbeitsmarkt/Dokumente/Beschaeftigte-Arbeitslosengeld-II-Bezieher-Vollzeit-Teilzeit.pdf.

²⁸ In German they are called „Aufstocker“.

²⁹ <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/statistisches-bundesamt-mehr-deutsche-von-armut-bedroht-1.2623426>.

³⁰ <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/vermoegen-sind-in-deutschland-sehr-ungleich-verteilt-a-1051286.html>.

Inequality is not only a problem of justice between individuals. Wilkinson and Pickett³¹ have analysed a large quantity of empirical research whose results are quite clear: In developed countries with a high degree of inequality, criminality is high, physical health and life expectancy are low, and drug use is high. On the other hand countries with a lower degree of inequality have less criminality, a better health situation, higher life expectancy and drugs are less common. This is not a question of national life style because the same results can be seen within the United States: States with more inequality, like Texas, have a higher number of criminals, more violence etc.

3.3 IMPACTS ON LABOUR LAW

Today, “equal treatment” has become a fundamental feature of labour law³². But the “unit” in which equality has to be observed, is the plant or the enterprise. Some labour lawyers may include groups of enterprises but that would be the utmost limit. The problems described here are in no way reached by the labour law principle of equality. Even antidiscrimination law stops at this point. Those who like the details of ECJ-judgments will perhaps remember the Defrenne-case. In Defrenne II³³, the court stated:

“It is impossible not to recognize that the complete implementation of the aim pursued by Article 119, by means of the elimination of all discrimination, direct or indirect, between men and women workers, not only as regards individual undertakings *but also entire branches of industry and even of the economic system as a whole*, may in certain cases involve the elaboration of criteria whose implementation necessitates the taking of appropriate measures at Community and national level.”

Article 119 (which is today Article 157 of the Treaty) aims at wage equality between men and women throughout the economy? A good principle which has been completely forgotten in the ensuing forty years: Who did ever refer to it? On the contrary, the single-source-theory requires that one body is responsible for the discrimination³⁴. If a female civil servant and a male public employee do the same job but get different salaries, the equality principle will not apply because the wages of civil servants are fixed by law whereas the salaries of public employees are defined by collective agreement³⁵. The only way to extend

³¹ The Spirit Level. Why Quality is Better for Everyone, London (Penguin) 2010.

³² See on a comparative basis Hepple, Equality at work, in: Hepple/Veneziani (ed.), The Transformation of Labour Law in Europe, Oxford and Portland, Oregon 2009, p. 129 et seq.

³³ Judgment 8 April 1975 - Case 43/75.

³⁴ ECJ 17 September 2002 – C-320/00 – NZA 2002,1144.

³⁵ BAG 3. 4. 2003 – 6 AZR 633/01 – NZA 2003, 1286.

the field of application of the equality principle is the conclusion of collective agreements for a sector of the economy. But in Germany, it would be impossible to find collective agreements for the whole economy which would reduce the gap between different sectors. A “solidarity wage policy” was tried in Sweden some 30 years ago³⁶, but no longer has any current impact. Unions are not strong enough to tackle such problems.

4 WORK IN THE DIGITALISED WORLD

4.1 THE APPEARANCE

Actually, the digitalisation of work is a process linked to the use of certain devices like laptops, smartphones and tablet computers combined with the access to the internet. If one considers professional and private activities, only a small minority do not use the internet in Germany. In 2014, 78,71% of the population over 14 years old were users, compared to 60,2% in 2007 and only 37% in 2001³⁷. According to the Federal Statistical Office, the number was smaller in the workplaces; only 64% of workers used a computer and 55% had access to the internet³⁸. Mobile use in general increased from 18% in 2011 to 60% in 2013³⁹.

A person who carries a smartphone or a tablet computer is always reachable, theoretically around-the-clock. A second change is even more important: The person concerned is able to start working at once. Where he or she stays plays no role: In a hotel room, on the train, in the lounge at the airport. If these possibilities are really used the boundaries between work and spare time are becoming blurred: The internet removes spatial and systematic barriers⁴⁰. The implications for labour law are considerable.

4.2 WORKING TIME PROBLEMS

4.2.1 THE FACTS

³⁶ See Pfromm, *Solidarische Lohnpolitik*, Köln 1978; Schulten, *Solidarische Lohnpolitik in Europa*, WSI-Diskussionspapier Nr. 92, Düsseldorf 2001.

³⁷ <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/36146/umfrage/anzahl-der-internetnutzer-in-deutschland-seit-1997/>.

³⁸ Statistisches Bundesamt, *Unternehmen und Arbeitsstätten. Nutzung von Informations- und Kommunikationstechnologien in Unternehmen*, Wiesbaden 2013, S. 10, auch zum Folgenden.

³⁹ Statistisches Bundesamt, *op. cit.*, p. 6. Further details at Däubler, *Digitalisierung und Arbeitsrecht. Internet, Arbeit 4.0 und Crowdwork*, 6th edition, Francfort 2018.

⁴⁰ The German expression is „Entgrenzung“ which literally means „delimitation“. See Däubler, *Entgrenzung der Arbeit – ein Problem des Arbeitsrechts?* SR (= Soziales Recht) 2014, 45 et seq.

Working time legislation regulates the duration of work and the work schedule putting limits on both of them. If work is done in a factory or in an office, it is quite easy to find out how many hours the person has worked, beginning at eight o'clock in the morning and ending at five o'clock in the evening. The working time law establishes clear limits which can be controlled easily. But how can one control how many hours a person has worked at home, on the train or in the hotel room? Technically, it would be possible to register all activities on a computer with an internet connection. But this would lead to a complete supervision of the individual and it would be incomplete because the time spent *e.g.* in preparing the work with electronic media will not be included. In practice, this system is normally not used. More and more people just receive a task which has to be fulfilled by a certain date – it is up to the worker to decide when and where he will do his job. We call this form of working in Germany 'trust based working time' ("Vertrauensarbeitszeit").

As far as we know, there are many cases in which the limits for weekly working hours are neglected. Based on the EC-directive, the average working time per week is forty-eight hours, but this average has to be attained over just six months. In some weeks people are entitled to work sixty hours if in other weeks they reduce their work so that the average is reached. Obviously, the legislation offers a lot of flexibility, but some limits have to be observed. These limits are no more effective under the new conditions. We have no conclusive information about the real behaviour of workers but there are a lot of indications that some people work eighty to one hundred hours a week. This may depend on the issue of the workload being too big to be completed within forty or forty-eight hours. Another factor may be that the worker is highly motivated and considers his work at the computer to be much more important than his private life. Finally, people are not accustomed to making their own schedule. Starting at the kindergarten continuing at school and finally working in an office or a factory, the individual has to follow a schedule fixed by other people. Doing it yourself has to be learned – time management is not a natural gift. There is therefore quite a high risk that the duration of working time is far from the legal limits; the provisions of the working time Act lose their practical importance.

The problem of duration, however, is not the only one. You will find in the law a mandatory rest period (eleven hours in Germany with some exceptions). But what happens if the supervisor asks the employee at nine o'clock in the evening to prepare a power-point presentation for a meeting at half past eight next morning? The employee will do it and finish his work by eleven o'clock in the evening. Will he then come to the office at 10 the next

morning, thus invoking the legal rule? Of course not. Nobody would behave in such a way, reality is stronger than the law.

What about Sundays and annual leave? People check their e-mails which is part of their job. Nobody will criticize them if it is done voluntarily. But many people do it because they know that on Monday (or after return from the holidays) they will have so much to do that they will find no time for their e-mails. Is it not a better feeling if you go into the office on Monday morning knowing that you have already done a good portion of your work? It is also possible that the boss phones during the annual leave asking for information or for a “small” task to be completed. What are the legal consequences if there are two or three phone calls in one day?

4.2.2 POSSIBLE SOLUTIONS

German employers have discovered these problems and are asking for a reform of the working time Act. One group of human resources specialists want to increase flexibility: twelve hours (instead of ten) a day and an average of sixty hours per week should be permitted. Control should not be improved but reduced – provisions that now oblige the employer to document if an employee works longer than eight hours a day should be abolished⁴¹. It will be difficult to realize these demands because the eight-hour day has a high symbolic value for workers. Another demand is to make the mandatory rest period more flexible; eight hours instead of eleven, while the average over six months should be eleven hours.

In my view, the main problem is not the working time Act and its detailed provisions. Why should we modify rules that are less and less observed? The main problem is the quantity and the intensity of work which has to be done by an employee. Are there any labour law provisions that would prohibit giving a worker a task which he can fulfil only by working eighty hours during six weeks? You will find no such provision in the working time Act. The only source is individual labour contract law: The employee has to work according to his individual faculties without endangering his health⁴². Putting aside any extreme cases, a worker will never invoke this rule pretending that his health will be in danger if he fulfils the tasks he was given. What we need are limits established by collective agreements, by

⁴¹ http://www.bvau.de/files/Daten/content/Dokumente/BVAU_Eckpunkte%20Arbeitszeit_August%202015.pdf.

⁴² See Preis, in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt (ed.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 19. Aufl., München 2019, § 611a BGB Rn. 641

codetermination or by the labour inspection. If we can no longer really regulate the duration of the work, we have to deal with its quantity.

In a few sectors of the economy, collective agreements have established rules about the minimum number of persons who have to fulfil a certain task. The most important example is found in the printing sector where certain machines require the presence of at least five or six persons. This is one way to reduce an individual's workload. Recently, the service union has picked up on this idea in a large hospital in Berlin: In intensive care units one nurse per two beds, in normal care units one nurse per five beds. These demands were underlined by a strike which was considered to be legal by the regional labour court⁴³. The compromise was that the demand was fulfilled as with the intensive care units; for the normal care units, the number of nurses has to increase considerably. One idea is to transfer such a solution to other fields in which the quantity of work can be evaluated.

Another experience could be useful, too. In most German firms, one can presently find time accounts which document the hours an employee has worked. Normally they show time credits i. e. any additional working hours the employee has performed. In some shop agreements concluded between employer and works council you can find two rules:

If the average time account of a group of ten or twenty workers shows a credit of hours and one employee leaves the firm, he has to be replaced. In this way the employer can no longer "distribute" the work of the person who left to the remaining ones.
If the average time account of a group is higher than e. g. 150 hours, an additional person has to be recruited⁴⁴.

Another idea is to create a right of veto for the works council: If the workload is too heavy the council may intervene and ask for a remedy. In Sweden, the trade union could stop the working process, in Germany one would think about a conciliation procedure involving a conciliation board or a labour court. If it is difficult to "measure" the quantity of work, then to recur to a procedure like the intervention of a works council or a union would be the better solution. If no works council has been elected, the labour inspection should intervene.

Another proposal made by a commission of the Parliament is that of so-called unattainability, i.e. the right to be unreachable during certain parts of the week⁴⁵. This means it is prohibited to contact the employee by phone or by computer e.g. after eight o'clock in the

⁴³ LAG (=Landesarbeitsgericht) Berlin 24.6.2015 – 26 SaGa 1059/15 – AuR 2015, 339

⁴⁴ For details see Däubler, Neueinstellungen als Ausweg? AiB 2016 (issue 3) p. 27 et seq.

⁴⁵ In German: „Recht auf Unerreichbarkeit“. See Enquête-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“, Bundestags-Drucksache 17/12505; supporting the idea Schwemmler/Wedde, Digitale Arbeit in Deutschland. Potentiale und Problemlagen, Bonn/Berlin 2012, S. 87, 95; Boewe/Schulten, Die Mitbestimmung Heft 4/2014

evening, before seven o'clock in the morning and on weekends. Volkswagen blocks access to its servers from a quarter past six in the evening until seven o'clock in the morning and on weekends. This way, nobody can check e-mails or work on the internet for official purposes. The agreement does not apply to managers. Other firms did not follow this example; in some other big enterprises it is up to the teams to decide who will be "unattainable" during the weekend or in the evening⁴⁶.

4.3 CROWDWORKING

4.3.1 SOME FACTS

A German electricity company sent postcards to its customers asking them to write down the electricity counter reading and send the cards back. The way people wrote the numbers was quite different so the computer could not read the cards in a reliable way. They decided to give the cards to human beings whose intelligence is even better than that of the computers. At an American platform, they published the task: "get 10.000 cards and put the numbers into the system". Many people from the "crowd" (the immense number of internet users) asked for such a contract. Some of them received it, especially those who were already known by the managers of the platform. They did their job better than the computer; those who worked hard and could put many figures into the system earned two dollars an hour.

This is just an example which I remember very well because I am one of the customers. There are a lot of other fields where crowdworking takes place. One can find a lot of unqualified work. Translations are made by machines and have to be improved by native speakers. There are also tasks which require a certain intelligence, *e.g.* writing an article for a dictionary or describing a commodity offered by a foreign enterprise in a way that is adequate for the national public. Some firms will like to use a new slogan or a new logo and ask for proposals for these. Normally, only one proposal is accepted; the author gets some money, and all the other people have worked for nothing. Some firms like IBM split complicated tasks into small parts which can be managed by unqualified people.

The German platform "twago" has about 260.000 "collaborators", the other big platform "clickworker" pretends to have 700.000. In the U.S., there are – of course – bigger platforms like Amazon Mechanical Turk; the Australian firm "Freelancer" pretends to have

⁴⁶ Details at Giese, Abschalten gegen Dauerstress, AiB 2014 (issue 9) p.64.

14.5 million “partners”. A new estimation states 112 million crowdworkers world-wide⁴⁷. In the U. S., a lawsuit took place in which the crowdworkers demanded the legal minimum wage; unfortunately it ended with a compromise in which the lawyers got more money than the crowdworkers⁴⁸.

Crowdwork offers the possibility to send work to low-wage countries without any important transaction costs; it is much less expensive than the traditional relocation. How many jobs can be replaced by outsourcing tasks in this way, is unclear; even if it was only 15% or 20% it would be a kind of catastrophe for our labour market.

4.3.2 LEGAL IMPLICATIONS

Under German law, the crowdworker is no normal employee. He has to fulfil a pre-defined task and he himself decides in which moment and with which instruments he will do it. There will be only a time limit – that is all. There are no instructions given during the working process – he is a self-employed person⁴⁹. Whether the description of the work in the contract itself would be an equivalent to instructions given to an employee and constitute “subordination”, may be considered an open question in Italy. In Germany, this step has not been taken until now.

Some crowdworkers depending economically on one platform are considered to be persons “assimilated to employees”⁵⁰. As described in the chapter on equality, only some parts of labour law apply to this group of persons.

Civil law takes place if labour law cannot be applied. The rules of the civil code give a sound protection against unfair clauses put into contracts by the platforms. But the civil code guarantees no stability and no protection against the dissolution of the contract. As for the clauses, American platforms in particular use conditions which are in fundamental contradiction to European conceptions of acceptable rules laid down for instance in the EC-

⁴⁷ <http://www.tagesschau.de/inland/crowdworking-101.html> (5. 1. 2016).

⁴⁸ Otey vs. CrowdFlower. The lawsuit is described by Cherry, Regelungen zu gesetzlichen Mindestlohn im digitalen Zeitalter, in: Benner (ed.), Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit, Frankfurt/Main 2015, p. 231 et seq. The Supreme Court of California and British labour courts recognized crowdworkers to be employees in the concrete cases. For further questions see Hensel/Schönefeld/Kocher/Schwarz/Koch (Hrsg.), Selbständige Unselbständigkeit, Baden-Baden 2019.

⁴⁹ This is a general view in Germany based on the actual case law of the Federal Labour Court: Hötte, Crowdsourcing. Rechtliche Risiken eines neuen Phänomens, MMR (Multimedia und Recht) 2014, 796; Klebe/Neugebauer, Crowdsourcing: Für eine Handvoll Dollar oder Workers of the crowd unite? AuR 2014, 5; Däubler, Crowdworker – Schutz auch außerhalb des Arbeitsrechts? in: Benner (op. cit.) p. 246.

⁵⁰ See 3.1 above

directive 93/13/EEC⁵¹. For example, the platform reserves the right to refuse the work done by the crowdworker and to pay nothing without giving reasons. If corrections are needed, they have to be done within two or three days; if this delay is not observed, the worker will lose the right to get paid. Another point: As crowdwork is the main source of income for two thirds of the workers in the U. S., it does not seem adequate if the worker gets money only if he is the winner; this is the case if one performs a more sophisticated task like the development of a logo. A “lottery” is not an adequate form of salary. Additionally, even those who don’t become “winners” have to transfer all their intellectual property rights to the platform. A German court would never accept such a clause even if the foreign platform includes a provision that American law applies⁵².

4.3.3 PERSPECTIVES

Crowdworkers do their job in a quite isolated situation – comparable to homeworkers in the past. Experience shows that it is quite difficult to achieve a common action under such circumstances. What can be done to improve the situation for crowdworkers? Better protection will perhaps make this alternative less attractive for employers which could be useful for workers in traditional jobs, too.

The first step should be that crowdworkers communicate with each other and make their individual problems known to other people. In the U.S. some people have established “turkopticon”, a platform for crowdworkers who have contracts with Amazon Mechanical Turk (AMT). As different firms put their offers on the AMT-platform, there will be “good ones” paying a reasonable price and paying on time, and there will be “bad ones” who pay low sums and do so rather less timeously. Contracts with the “bad ones” can be avoided. In extreme cases there can be a boycott in the sense that nobody will contact a firm having a very bad reputation. Thus, over-exploitation would be made impossible⁵³. The German metalworkers’ union (IG Metall) has established a comparable forum over the internet; crowdworkers may contact www.faircrowdwork.com, communicate their experiences and ask for advice. The German service union offers such a service, too⁵⁴. The internet makes it easier for individuals to avoid isolation.

⁵¹ OJ 21.4.1993, L 95/29.

⁵² As to details about illegal clauses see Däubler (above note 48).

⁵³ How turkopticon functions is described at Irani/Silberman, Ein Tool, um Arbeiter auf Mechanical Turk sichtbar zu machen, in: Benner (above note 43) p. 131 et seq.

⁵⁴ <http://www.ich-bin-mehr-wert.de/support/cloudworking>.

What is the next step? Extend the notion of ‘employee’ to crowdworkers and make labour law applicable? In Germany, this will be a task for courts as the legislator has recently given in § 611a of the Civil Code a general definition which followed completely the existing case law. But court decisions have to be prepared by a general discussion among lawyers as well as the media: if television shows that crowdworkers really earn only 2 Euros an hour a court will perhaps be inclined to change the situation. The scientific discussion has its importance, too. And one should find persons who are willing to defend their rights in courts – no easy task if the concerned persons are anxious to get contracts any more.

Labour law as such offers better possibilities to improve the situation of crowdworkers but there is no guarantee that this will happen. How can collective agreements be reached? Or how can minimum standards be reached if the courts do not accept labour law being applied? The pressure of public opinion may be quite important, even more important than the traditional means of a strike which would be difficult to organize. We have to look for examples of how people in a comparative situation managed to reach minimum standards. One can refer to the case of 74.000 home-care aids in California who were able to build their own union and to get much better conditions⁵⁵. Another example may be the National Day Laborer Organizing Network, a new form of union: instead of organizing traditional collective action the organisation gives information to its members about prices in the market and about good and bad employers, with the bad ones risking to getting no day workers any more⁵⁶. We can find the same principle in the movement of the “travelling journeymen” (called in German: “Gesellenbewegung”) which has existed in Central Europe since the 13th century. Bad employers i.e. (at that time) craftsmen were formally “discredited”; no journeyman could conclude a contract with them without being discredited, too⁵⁷. The boycott replaces the strike and other means of collective actions. Its mere existence presents a very important incentive to employers or entrepreneurs to offer fair conditions. Obviously, we have to broaden our horizons in order to find adequate answers.

Today, the framework for discussion about improving the situation of crowdworkers is quite a traditional one: How can we manage to reach a comparable level of protection to that

⁵⁵ Details at Klare, *The Horizons of Transformative Labour and Employment Law*, in: Conaghan/Fischl/Klare (ed.), *Labour Law in an Era of Globalization. Transformative Practices & Possibilities*, Oxford 2000, p. 20 et seq.

⁵⁶ See <http://ndlon.org/DetailsatDäubler>, Representation of Workers’ Interests outside Collective Bargaining, in: Gorelli Hernández (coord.), *El Derecho a la Negociación Colectiva. Liber Amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés*, Sevilla 2014, p. 99 et seq.

⁵⁷ See Däubler, in: Däubler (ed.), *Arbeitskampfrecht*, 4. Aufl., Baden-Baden 2018, § 1 Rn. 5 et seq. (with further references).

which is currently given to employees in an office? This is important, without any doubt. But would it not be necessary to think about the future in a digitalized society? What does it mean for our lives to be surrounded by the internet of things? Are we just going to accept or to copy whatever is developed in Silicon Valley? Or should we have an alternative model of the digitalized society, something like a left-wing utopia? It is not the task of labour lawyers to develop it, but we could and we should offer our contribution.

6 REFERÊNCIAS

Benner (Hrsg.), *Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit*, Frankfurt/Main (Bund-Verlag) 2015, 420 S.

Boewe/Schulten, *Recht auf Abschalten, Die Mitbestimmung Heft 4/2014* (Bund-Verlag), abrufbar unter www.boeckler.de.

Conaghan/Fischl/Klare (ed.), *Labour Law in the Era of Globalisation. Transformative Practices & Possibilities*, Oxford (Oxford University Press) 2000, 546 p.

Däubler (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht*, 4. Aufl., Baden-Baden (Nomos-Verlag) 2018, 1005 S.

Däubler, *Entgrenzung der Arbeit - ein Problem des Arbeitsrechts? SR (=Soziales Recht) 2014* S. 45 – 65 (Bund-Verlag).

Däubler, *Das Arbeitsrecht*, 12. Aufl., Frankfurt/Main (Bund-Verlag) 2017, 591 S.

Däubler, *Digitalisierung und Arbeitsrecht*, 6. Aufl., Frankfurt/Main 2018.

Däubler/Müller, *Chinesische Arbeitgeber in Deutschland, AiB (= Arbeitsrecht im Betrieb) Heft 2/2015*, S. 33 – 36 (Bund-Verlag).

Fröbel/Heinrichs/Kreye, *Die neue internationale Arbeitsteilung*, Reinbek (Rowohlt) 1977, 653 S.

Giese, *Abschalten gegen Dauerstress, AiB (= Arbeitsrecht im Betrieb) Heft 9/2014*, S. 64 – 66 (Bund-Verlag).

Gorelli-Hernández (coord.), *El Derecho a la Negociación Colectiva. Liber Amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés*, Sevilla (Consejo Andaluz de Relaciones Laborales) 2014, 567 p.

Hensel/Schönefeld/Kocher/Schwarz/Koch (Hrsg.), *Selbständige Unselbständigkeit. Crowdfunding zwischen Autonomie und Kontrolle*, Baden-Baden 2019.

Hepple/Veneziani (ed.), *The Transformation of Labour Law in Europe*, Oxford and Portland/Oregon (Hart Publishing) 2009, 393 p.

Hötte, Crowdsourcing. Rechtliche Risiken eines neuen Phänomens, MMR (=Multimedia und Recht) 2014, 795 – 798 (Beck-Verlag)

Klebe/Neugebauer, Crowdsourcing: Für eine Handvoll Dollar oder Workers of the crowd unite? AuR (= Arbeit und Recht) 2014 S. 4 – 7 (Bund-Verlag)

Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Aufl. München (Beck-Verlag) 2019, 2938 S.

Pfromm, Solidarische Lohnpolitik, Köln (Bund-Verlag) 1978, 135 S.

Schulten, Solidarische Lohnpolitik in Europa, WSI- Diskussionspapier Nr. 92, Düsseldorf 2001 (abrufbar unter: [HTTP://www.boeckler.de](http://www.boeckler.de)).

Schwemmler/Wedde, Digitale Arbeit in Deutschland. Potentiale und Problemlagen, Bonn/Berlin 2012 (Friedrich-Ebert-Stiftung), 145 S.

Wilkinson/Pickett, The Spirit Level. Why Equality is Better for Everyone, London (Penguin) 2010, 375 p.

LA INTRODUCCIÓN DE FLEXIBILIDAD EN LA FIJACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO MEDIANTE CONVENIO COLECTIVO

THE INTRODUCTION OF FLEXIBILITY IN THE SETTING OF WORKING CONDITIONS THROUGH COLLECTIVE AGREEMENT

Fernando Fita Ortega¹

RESUMEN: Las reformas introducidas por la Ley 35/2010 de 17 de septiembre y el RDL 3/2012 de 10 de febrero en los reglamentos que rigen la negociación colectiva sobre las condiciones de trabajo y la protección de la Seguridad Social están más cerca de la idea de la desregulación que flexibilidad de las relaciones laborales. El trabajo y la orientación de la Unión Europea, que, bajo el disfraz de "soft law", incluso modifica urgentemente la Carta de los Estados miembros de la Unión, como el Libro Verde, utilizando ideas de "modernización de la legislación laboral" para enfrentar los desafíos del siglo XXI, ignorando por completo su naturaleza colectiva. El objetivo es desregular la "desjuridificación" de las relaciones laborales, lo que daría como resultado la eliminación del nivel de protección de los trabajadores y el retorno a la autorregulación del mercado laboral, el libre poder comercial sobre el trabajo, es decir, el libertad de contratación, libertad para establecer condiciones de trabajo y libertad para rescindir el contrato de trabajo.

PALABRAS CLAVE: Flexibilidad. Desregulación. Convenio colectivo. Desjuridificación.

SUMARIO: 1. Las exigencias de flexibilidad interna de las empresas. 2. Flexibilidad y desregulación en la búsqueda de la adaptabilidad de la normativa laboral a las empresas 3. Las últimas reformas de la negociación colectiva: ¿flexibilidad o desregulación? 4. Conclusiones.

ABSTRACT: The reforms introduced by Law 35/2010 of September 17 and RDL 3/2012 of February 10 in the regulations governing collective bargaining on working conditions and the protection of Social Security are closer to the idea of deregulation than flexibility of labor relations. The work and guidance of the European Union, which, under the guise of "soft law", even urgently modifies the Charter of the Member States of the Union, such as the Green Book, using ideas of "modernization of labor legislation" to face the challenges of the 21st century, completely ignoring its collective nature. The objective is to deregulate the "dejuridification" of labor relations, which would result in the elimination of the level of protection of workers and the return to self-regulation of the labor market, free commercial power over labor, that is freedom of hiring, freedom to establish working conditions and freedom to terminate the employment contract.

KEYWORDS: Flexibility. Deregulation. Collective agreement. Dejuridification.

SUMMARY: 1. The requirements for internal flexibility of companies. 2. Flexibility and deregulation in the search for the adaptability of labor regulations to companies 3. The latest reforms of collective bargaining: flexibility or deregulation? 4. Conclusions.

1 LAS EXIGENCIAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA DE LAS EMPRESAS

En el debate sobre la necesidad de potenciar la flexibilidad en la regulación de las relaciones laborales, se ha venido propugnando la potenciación de la flexibilidad interna

Artigo recebido em 14/06/2019.

Artigo aprovado em 18/07/2019.

¹ Profesor T.U. de la Universidad de Valencia (E.G.).

frente a la externa, dado que esta última supone un ajuste más traumático para los trabajadores afectados por las medidas flexibilizadoras, como sucede con los instrumentos de flexibilidad de salida; o, como en el caso de la flexibilización de entrada, porque ésta contribuye a perpetuar un mercado de trabajo caracterizado por una excesiva rotación de la mano de obra, así como por su dualización (trabajadores de reciente ingreso con contratos temporales frente a trabajadores con contratos indefinidos).

De este modo, la flexibilidad interna se nos viene presentando como el instrumento idóneo para alcanzar la adaptabilidad de las condiciones laborales a la situación de la empresa en la que las mismas deben ser aplicadas. Así lo destacaba, entre otros, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “La flexiguridad”², y es la línea seguida por el legislador en las últimas reformas laborales producidas en nuestro país a partir de la crisis de 2008, en las que los distintos Reales Decretos-ley³ inciden en la necesidad de avanzar en la introducción de instrumentos de flexibilidad interna en las empresas, con objeto de lograr la adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias de la producción, como alternativa positiva frente a mecanismos de flexibilidad externa. En este sentido, cabe referirse al RDL 3/2012, de 10 de febrero, en cuya Exposición de Motivos se subraya que, dentro del objetivo general perseguido de “flexiseguridad”, una de las líneas reformadoras seguidas se ha dirigido a incentivar la flexibilidad interna de la empresa “como medida alternativa a la destrucción de empleo”.

Conviene, en todo caso, recordar, que la necesidad de conseguir una norma laboral que facilite instrumentos para su adaptación a las condiciones de productividad y competitividad de las empresas, no constituye una exigencia novedosa, siendo ésta la principal idea fuerza de las reformas introducidas en el ordenamiento laboral español en el año 1994.

2 FLEXIBILIDAD Y DESREGULACIÓN EN LA BÚSQUEDA DE LA ADAPTABILIDAD DE LA NORMATIVA LABORAL A LAS EMPRESAS

El tradicional debate sobre flexibilidad y desregulación, como dos formas diferentes de respuesta del Derecho del Trabajo a las nuevas exigencias con las que se encuentran las

² D.O.U.E. C/256, de 27 octubre 2007, p. 112.

³ RDL 10/2010 de 16 de junio (y la posterior ley 35/2010, de 17 de septiembre), el RDL 7/2011, de 10 de junio; y el RDL 3/2012, de 10 de febrero (posteriormente Ley 3/2012, de 6 de julio. Igualmente el RDL 8/1997, de 16 de mayo, y la posterior Ley 63/1997, de 26 de diciembre, seguían esta línea, si bien no se referían expresamente a la flexibilidad interna.

empresas, ha estado presente en las diversas reformas laborales dirigidas a eliminar rigideces en las normas laborales.

En efecto, si bien tienen puntos de contacto en el análisis de las situaciones que justifican la adopción de tales medidas⁴, no constituyen una misma cosa, ya que flexibilidad y desregulación implican soluciones diferentes. Así, de un lado, la **flexibilidad** propone una renovación de las normas, una "re-regulación"⁵ con el objetivo de permitir que la modificación de la ley a través de los convenios colectivos afecte a contenidos más extensos, y que la misma se lleve a cabo de un modo más intenso, con lo que se conseguiría crear una ley a la medida de la empresa, adaptada a sus características y a los cambios producidos en el mercado de trabajo. De otro, la **desregulación**, acentúa el papel del contrato de trabajo en la regulación de las relaciones laborales, e implica la supresión de las normas legales, reglamentarias e incluso convencionales, eliminando tanto la intervención heterónoma como el papel de la autonomía colectiva y con ello lo que la misma supone de límite a la autonomía individual. En otras palabras, lo que se pretende con la desregulación es la "desjuridificación" de las relaciones de trabajo⁶, con lo que se produciría la eliminación del nivel de protección de los trabajadores y la vuelta a la autorregulación del mercado de trabajo, al libre poder empresarial sobre la mano de obra, esto es, a la libertad de contratación, a la libertad de fijación de las condiciones de trabajo, y a la libertad de extinción del contrato de trabajo.

De lo expuesto, se puede extraer la conclusión de que mientras la desregulación ignora la situación de desigualdad material existente entre las partes contratantes de la relación laboral, la flexibilidad no ataca este principio básico del Derecho del Trabajo. Precisamente por este motivo habría que rechazar las tendencias desreguladoras como mecanismo de respuesta frente a la actual coyuntura, ya que las mismas producirían la destrucción del Derecho del Trabajo "como realidad social y jurídica históricamente identificable", lo que constituye, precisamente, el tipo de reformas que el Derecho del Trabajo no puede admitir⁷. El Derecho del Trabajo debe servir siempre a aquello que tiene por finalidad permanente, esto

⁴ Para justificar tanto la desregulación como la flexibilización se afirma que la rigidez normativa de las condiciones de contratación y despido tienen sentido en una fase de expansión económica, no así en una fase de recesión, donde la dificultad para extinguir contratos de trabajo y para celebrar contratos de duración determinada posee efectos distorsionadores sobre el mercado de trabajo, obstaculizando la creación de empleo.

⁵ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., "Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral". Relaciones Laborales, nº. 2, 1989, pág. 27.

⁶ Entendiendo por juridificación de las mismas "el predominio de la norma legal sobre el contrato individual" RODRÍGUEZ PIÑERO, M., "Flexibilidad, juridificación y desregulación", en Relaciones Laborales, 1987-I, págs. 26 y ss.

⁷ DE LA VILLA GIL, L.E., "La función del Derecho del Trabajo en la situación económica y social contemporánea", Revista de Trabajo, nº. 76, 1984, pág. 20.

es, al mantenimiento del equilibrio de los intereses subyacentes en las relaciones laborales⁸. Para ello es absolutamente necesario que continúe existiendo una intervención pública en las relaciones laborales, dirigida a paliar la situación más débil de la parte trabajadora en el contrato de trabajo, pues resulta de todo punto innegable que la desigualdad material entre trabajadores y empresario continua subsistiendo, si bien es cierto que actualmente existe un grupo de trabajadores que, por su elevada formación, resultan de interés no disimulado para el empresariado, lo que les coloca en una situación privilegiada para negociar las condiciones de la prestación de sus servicios.

Pero, además, no cabe olvidar que la intervención de los poderes públicos en las relaciones laborales también es necesaria desde la perspectiva del interés público. Esto es, no se debe dejar de tener presente que entre los intereses en juego en el correcto desenvolvimiento de las relaciones laborales existe también un interés público: el de asegurar la estabilidad del propio sistema. Así pues, dado que la necesidad de una respuesta ante la actual situación no es una demanda caprichosa que se dirige al Derecho del Trabajo, la respuesta que éste tiene que dar deberá estar basada en la flexibilidad y no en la desregulación, habida cuenta de la serie de efectos negativos que se le achacan, tales como, entre otros, el facilitar el falseamiento de la competencia, dando lugar al llamado dumping social; la transformación de la gestión empresarial del empleo en una cuestión menos técnica y rigurosa; o la desmotivación y desarraigo del trabajador con relación a la empresa, de modo que se propicie la pérdida de dedicación de los trabajadores a sus objetivos de producción.

3 LAS ÚLTIMAS REFORMAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: ¿FLEXIBILIDAD O DESREGULACIÓN?

Con la reforma introducida en la negociación colectiva por el RDL 7/2011, de 10 de junio, el Gobierno mostró su deseo de corregir las “disfunciones” acumuladas por el sistema de negociación colectiva a lo largo del tiempo, las cuales le restan eficiencia, “y particularmente, capacidad de adaptación a las condiciones cambiantes de la economía y del empleo y del propio modelo de relaciones laborales”.

⁸ Esto es, el interés de los trabajadores a obtener una protección frente al empresariado; el del propio empresariado a conseguir un margen de beneficios determinado, y, por último, el del poder constituido a mantener la estabilidad política y social. Ninguna reforma debería defraudar, por consiguiente, cualquiera de estos intereses. Cfr. DE LA VILLA GIL, L.E., "La función del Derecho del Trabajo...", cit., págs. 22 a 24.

Para lograr este objetivo, la reforma de 2011 abordó tres bloques de cuestiones identificadas como los principales problemas de la negociación colectiva, sobre los que posteriormente ha vuelto a incidir la reforma de 2012: la estructura de la negociación colectiva; los contenidos de la negociación colectiva y, por último, la legitimación para negociar convenios colectivos.

A) En el primero de los bloques, relativo a la estructura de la negociación colectiva, con el RDL 7/2011 se propuso reducir la fuerte “atomización” de nuestra negociación colectiva, derivada de la existencia de un número muy elevado de convenios colectivos, “con ámbitos de aplicación reducidos y fragmentados, sin apenas relación entre ellos, que en ocasiones se superponen entre sí y en otros casos producen la paradoja de que el grado de cobertura de la negociación colectiva no alcanza a la totalidad de los trabajadores”.

En efecto, según se señalaba en la memoria elaborada por el Consejo Económico y Social de España⁹, la estructura de la negociación colectiva, que se ha mantenido relativamente estable desde finales de los años noventa, mostraba una clara preponderancia, en cuanto al número de convenios registrados, de los convenios de empresa (en torno al 75% del total de los registrados)¹⁰ Sin embargo, desde el punto de vista de trabajadores cubiertos por los convenios colectivos, son los convenios colectivos provinciales aquellos que alcanzan a un mayor número de trabajadores, afectando a más de la mitad de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación de un convenio, seguidos por los nacionales, que cubren en torno a una cuarta parte de los mismos¹¹. Preponderancia de los convenios provinciales que también se podía apreciar desde la perspectiva del número de empresas cubiertas por la negociación colectiva, en la medida en que, según datos de los convenios registrados hasta 31 de agosto de 2008, los convenios de ámbito provincial representaban el 18,5% del total, afectando al 68,8% de empresas y al 53,5% de trabajadores¹².

⁹ Consejo Económico y Social de España. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2009. <http://www.ces.es/memorias.jsp>, p. 403 y ss.

¹⁰ Según este documento, los convenios nacionales y autonómicos (la mayoría uniprovinciales) tienen un peso muy reducido, siendo inferior en cada uno de los casos al 2 por 100 del total de convenios.

¹¹ En este documento se señala que los convenios de empresa afectan a un número bajo de trabajadores (10 por 100), a pesar de ser los de mayor peso porcentual, debido a la estructura empresarial española, ampliamente dominada por empresas de tamaño reducido. De otra parte, se destaca que los convenios autonómicos son los que afectan a menor número de trabajadores.

¹² La negociación colectiva en España en 2006, 2007 y 2008. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (p. 29) En el cuadro III.7 recogido en esta página se aprecia, por lo demás, que los convenios de empresa representaban el 76,2%, afectando al 0,3% de las empresas y al 11% de los trabajadores; mientras que los nacionales suponían el 1,6% de los convenios, afectando al 24,3% de empresas y al 25,9% de los trabajadores.

http://www.mtin.es/es/sec_trabajo/ccncc/descargas/NegociacionColectiva_Espanya_2006_2007_2008.pdf.

Junto a ello, la reforma de 2011 perseguía poner fin a la “desvertebración de la negociación colectiva, su falta de orden, la ausencia de reglas claras sobre la concurrencia entre los convenios colectivos de distinto ámbito y las materias en ellos reguladas”.

Las medidas adoptadas para paliar semejantes “deficiencias” consistieron en realizar una revisión de los artículos 83 y 84 del ET, modificando la estructura de la negociación colectiva con objeto de favorecer la negociación colectiva de empresa, en consonancia con las exigencias marcadas desde el ámbito Comunitario. Sin embargo, tal y como se señala en la exposición de motivos del RDL 3/2012, esa reforma se quedó a medias en la consecución de tal objetivo, pues la efectiva descentralización colectiva se dejó en manos de los convenios estatales o autonómicos, los cuales podrían llegar a impedir la prioridad aplicativa del convenio de empresa en las materias más estrechamente relacionadas con las exigencias de flexibilidad interna (tiempo de trabajo, retribución y funciones) De este modo, el art. 84.2 ET establecía, en la redacción dada por el RDL 7/2011, la prioridad aplicativa de los convenios de empresa en estas materias “salvo que un acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal o de Comunidad Autónoma negociado según el artículo 83.2 estableciera reglas distintas sobre estructura de la negociación colectiva o concurrencia entre convenios”.

De otra parte, la reforma introducida por el RDL 7/2011 optaba por una centralización a nivel estatal de la estructura de la negociación colectiva, en la medida en que el descuelgue autonómico de lo previsto en los convenios colectivos de ámbito estatal se supeditaba a la ausencia de pacto en contrario, y respecto de las materias expresamente señaladas en la ley¹³, o aquellas expresamente acordadas en un convenio interprofesional de ámbito estatal (art. 84.4 ET). Se deshacían, de este modo, los cambios introducidos en la tramitación parlamentaria de las reformas de 1994 cuando, dándose la necesidad de recabar la ayuda parlamentaria de las organizaciones políticas nacionalistas con objeto de aprobar la ley de reforma de las normas laborales entonces presentada, se permitió que los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa se descolgasen, excepto respecto de determinadas materias¹⁴, de lo previsto en convenios de ámbito superior, respondiendo así al deseo de los grupos nacionalistas vasco y catalán de crear un cierto sistema autonómico de relaciones laborales. Si bien en 2011 fue igualmente necesario el apoyo de las fuerzas nacionalistas para sacar adelante las reformas propuestas, la promesa de revisar esta cuestión en la tramitación

¹³ Período de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica.

¹⁴ Período de prueba, modalidades de contrato de trabajo, clasificación profesional, régimen disciplinario, normas mínimas de prevención y seguridad en el trabajo y movilidad geográfica.

parlamentaria como ley del RDL 7/2011 quedó defraudada por la convocatoria anticipada de elecciones generales.

Con la reforma introducida por el RDL 3/2012 se mantuvo la primacía del convenio colectivo de ámbito estatal frente al autonómico, y se “corrigió” la situación respecto del convenio de empresa, otorgando al convenio colectivo de empresa prioridad aplicativa¹⁵, sin limitaciones, en las materias señaladas en el art. 84.2 (que, como se ha dicho, inciden fundamentalmente en los aspectos básicos de la flexibilidad interna) señalando que ni tan siquiera pueden afectar dicha prioridad aplicativa los acuerdos interprofesionales alcanzados entre las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, cuando establezcan cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito, en virtud de lo dispuesto en el art. 83.2 ET.

El imperio del convenio de empresa quedaba de este modo garantizado frente a regulaciones de las condiciones laborales más alejadas de la esfera en la que las mismas deben ser aplicadas¹⁶. Esta circunstancia, que pudiera tener la lectura positiva de aproximación del lugar donde se establecen las condiciones de trabajo a aquél en el que las mismas deben ser aplicadas, favoreciendo la adaptabilidad de la empresa a su situación y, por tanto, defendiendo su competitividad, no puede esconder los riesgos de una normativa convencional negociada en el ámbito de la empresa, en la medida en que ésta puede resultar potencialmente más proclive a los intereses del empresario, dado que en su seno podrá ejercer mayor influencia y presión en la fijación de las condiciones de trabajo¹⁷.

Se rompe así, de alguna manera, la tendencia de favorecimiento de la negociación colectiva de ámbito sectorial frente a la de ámbito empresarial en la paulatina pérdida de peso de la ley frente al convenio a la hora de regular las condiciones de trabajo, tal y como se “recomienda” desde instancias comunitarias¹⁸, avanzándose en lo que hace ya algún tiempo se

¹⁵ Debe recordarse que igual prioridad aplicativa se concede en estas materias a los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas a que se refiere el art. 87.1 ET.

¹⁶ Lo que ha venido sucediendo en el panorama de la negociación colectiva española con el predominio de los convenios colectivos provinciales (explicable en buena medida atendiendo a la estructura empresarial española, dominada en buena medida por las pequeñas empresas) y que ha determinado una cierta falta de sintonía entre el lugar de la fijación de las condiciones de trabajo y el lugar de aplicación de las mismas, al regularse la gran mayoría de las empresas españolas por unas condiciones de trabajo negociadas en un ámbito superior que, por lo tanto, puede no atender a las necesidades concretas de la empresa.

¹⁷ ALBIOL MONTESINOS, Coord., Convenios colectivos y acuerdos de empresa. CISS. 2007. p. 65

¹⁸ Cabe referirse, en este sentido, a la Recomendación del Consejo de 12 de julio de 2011 (D.O. C 212, de 19 julio 2011) relativa al Programa Nacional de Reforma de 2011 de España, y por la que se emite un dictamen del

calificó como como “el discreto retorno del arrendamiento de servicios”¹⁹, y que quizá ahora cabría calificar, simplemente, como retorno del arrendamiento de servicios por el cual las fuentes heterónomas han perdido peso frente a las autónomas en la regulación de las condiciones de trabajo y, dentro de éstas, se ha puesto en discusión el papel del convenio colectivo frente al contrato de trabajo.

B) Respecto del segundo de los bloques, referido a los contenidos de la negociación colectiva así como a su agilidad y dinamismo, la Exposición de Motivos del RDL 7/2011 hacía hincapié en las dificultades que nuestro modelo de convenios colectivos ha venido sufriendo para ajustar, con prontitud, las condiciones de trabajo presentes en la empresa a las circunstancias económicas y productivas por las que aquélla atraviesa en los diferentes momentos del ciclo o de la coyuntura económica.

Para paliar esta situación –a la que se culpa de que los ajustes a las cambiantes situaciones económicas y productivas de las empresas se realicen en nuestro país a través de mecanismos de flexibilidad externa y no mediante los menos traumáticos de la flexibilidad interna- el RDL 7/2011 modificó las reglas de relativas a la sucesión de convenios colectivos en el tiempo²⁰, siendo que estas reglas se revisaron con el RDL 3/2012.

En efecto, con el RDL 7/2011 se introdujeron ciertas modificaciones en el contenido mínimo de los convenios con objeto de proporcionar agilidad a la negociación. De este modo, además de señalar como contenido mínimo de los convenios el tradicionalmente recogido acerca del plazo mínimo para su denuncia antes de finalizar su vigencia, se estableció una regla supletoria para el caso de falta de referencia del convenio a este punto (art. 85.3.d ET²¹). Por otra parte, se introducía, como contenido mínimo, la necesidad de fijar un plazo máximo

Consejo sobre el Programa de Estabilidad actualizado de España (2011-2014). En los considerándose de esta Recomendación se subraya la necesidad realizar una revisión del calificado como poco ágil sistema actual de negociación colectiva, indicándose la necesidad de dejar más margen a la negociación a nivel de empresa, la eliminación de la prórroga automática de los convenios colectivos, la revisión del periodo de validez de los convenios no renovados y la supresión de la utilización de cláusulas de indización a la inflación ex post, que contribuyen a la inercia salarial e impiden una flexibilidad de los salarios suficiente para acelerar el ajuste económico y restablecer la competitividad.

¹⁹ MARTÍN VALVERDE, A., “El discreto retorno del arrendamiento de servicios”. AA.VV. Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos de Derecho del Trabajo al profesor Alonso Olea. Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, 1990.

²⁰ En la Exposición de Motivos del RDL 7/2011 se destaca que la falta de agilidad y dinamismo de la que adolece nuestro sistema de negociación colectiva se manifiesta en particular cuando finaliza la vigencia pactada de los convenios colectivos, de modo que “una vez denunciados, los convenios tardan en empezarse a negociar, las negociaciones se dilatan en el tiempo y se producen situaciones de paralización y bloqueo. Ello supone que las condiciones de trabajo pactadas en el convenio anterior se prolongan en el tiempo sin ser renovadas, sin ajustarse a las nuevas condiciones económicas y productivas, lo que termina por producir perjuicios tanto a las empresas como a los trabajadores”.

²¹ Precepto que establecía que, salvo pacto en contrario, el plazo mínimo para la denuncia de los convenios colectivos sería de tres meses antes de finalizar su vigencia.

de inicio de negociaciones una vez denunciado el convenio anterior (art. 85.3.e) estableciendo que, salvo pacto en contrario, dicho plazo máximo sería de ocho meses cuando la vigencia del convenio anterior hubiese sido inferior a dos años, o catorce meses en los restantes convenios, a contar desde la fecha de pérdida de su vigencia. En dicho contenido mínimo se incluía, igualmente de forma novedosa, la fijación de un plazo máximo para la negociación de un nuevo convenio que se determinaría en función de la duración de la vigencia del convenio anterior, que, en defecto de pacto, sería de ocho meses cuando la vigencia del convenio anterior hubiese sido inferior a dos años o de catorce meses en los restantes convenios, a contar desde la fecha de pérdida de su vigencia (85.3.f). Finalmente, por lo que aquí interesa destacar, como contenido mínimo de los convenios éstos debían incluir el compromiso de las partes de someterse a procedimientos de solución de discrepancias cuando se agotase el plazo máximo de negociación sin que se alcance acuerdo (art. 85.3.g ET).

Las nuevas previsiones sobre contenido mínimo de los convenios dirigidas a agilizar el procedimiento de negociación, se complementaban con otras dos. De una parte, con la fijación de unas reglas más detalladas respecto del procedimiento de negociación, añadiendo a la tradicional exigencia de que la comisión negociadora se constituya en el plazo máximo de un mes a partir de la recepción de la comunicación, la obligación de que la negociación se iniciase en un plazo máximo de quince días a contar desde la constitución de la comisión negociadora (art. 89.2 ET). De otra, con un nuevo régimen de la denominada ultra-actividad de los convenios por la que denunciado un convenio se mantendrían todas las cláusulas del convenio, salvo las relativas a la renuncia a la huelga, admitiéndose la modificación parcial de los contenidos prorrogados con objeto de adaptar los contenidos prorrogados a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa (art. 86.3 ET).

Lo cierto es que de las nuevas medidas, todas menos la relativa a la ultra-actividad de los convenios podían quedar, en la práctica, en papel mojado, toda vez que ninguna consecuencia se aparejaba a su incumplimiento²². En todo caso, el RDL 3/2012 las suprimió y substituyó por otro mecanismo dirigido “a evitar una ‘petrificación’ de las condiciones de trabajo pactadas en convenio, y que no se demore en exceso el acuerdo renegotiados mediante una limitación temporal de la ultraactividad del convenio“, incentivando, asimismo,

²² Si acaso, también la medida relativa al plazo mínimo para la denuncia del convenio podría revestir notables consecuencias prácticas, toda vez que en defecto de pacto en convenio, de no procederse a la denuncia antes de los tres meses de la fecha de expiración de la vigencia del convenio, se produciría la prórroga anual del mismo, en virtud de lo dispuesto en el art. 86.2 ET.

“que la renegociación del convenio se adelante al fin de su vigencia sin necesidad de denuncia del conjunto del convenio”²³. De este modo, interesa destacar la posibilidad de revisar ante tempus un convenio colectivo en vigor, reconocida expresamente en la nueva redacción del art. 86.1 del ET, a “los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88”, de donde se desprende que dicha revisión podrá llevarse a cabo por sujetos distintos a los que aparecieron como partes firmantes del convenio que se pretende revisar, siempre que cumplan con las exigencias relativas a la composición de la mesa negociadora establecidas en el art. 88 ET. Esta circunstancia, unida al hecho de que parece, pues, que debe entenderse desaparecido el deber de paz relativo derivado de la firma de un convenio en cuanto se inste a la revisión de un convenio en vigor, puede suponer un importante incremento de la conflictividad en el seno de las empresas donde no exista una clara mayoría en la composición de las representaciones legales de los trabajadores.

Por otra parte, y con la misma finalidad de proporcionar agilidad al sistema de negociación colectiva, con el RDL 7/2011 se revisaron las disposiciones sobre el régimen de vigencia de los convenios colectivos una vez denunciados. Si bien se mantuvo el carácter dispositivo de la ultra-actividad de los convenios, de modo que esta se produciría en los términos que se hubiesen establecido en el convenio colectivo, se matiza que en defecto de pacto solamente decaerían, una vez denunciado el convenio, las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio, solucionándose la problemática distinción entre cláusulas obligacionales y cláusulas normativas de los convenios colectivos.

Por lo demás, con este nuevo régimen de la ultra-actividad se reconoce la posibilidad de que las partes alcancen acuerdos parciales “para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa” (art. 86.3 ET) contemplándose la obligación de que mediante acuerdos interprofesionales, de ámbito estatal o autonómico, previstos en el art. 83 se establezcan procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso de los plazos máximos de negociación sin alcanzarse un acuerdo, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, debiéndose especificar, entre otros extremos, el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, entendiéndose obligatorio en defecto de pacto específico al respecto.

²³ Punto IV de la Exposición de Motivos del RDL 3/2012.

Este régimen se mantuvo prácticamente invariado con el RDL 3/2012, con la única supresión, en el obligación impuesta a los acuerdos interprofesionales de prever mecanismos para solventar discrepancias, de la referencia a las discrepancias existentes tras el transcurso de los plazos máximos de negociación sin alcanzarse un acuerdo, que, dada la eliminación de tales plazos, carecería de sentido, sustituyéndose la expresión por la de “las discrepancias existentes tras el transcurso del procedimiento de negociación sin alcanzarse un acuerdo”.

En todo caso, el RDL 3/2012 introdujo una importante novedad en esta materia dirigida a evitar la petrificación de la negociación colectiva y forzar a la negociación. En efecto, con la redacción del art. 86.3 del ET dada por el RDL 7/2011, se señalaba que en caso de falta de acuerdo del nuevo convenio colectivo se mantendría, salvo pacto en contrario, la vigencia del convenio colectivo denunciado cuando hubiera transcurrido el plazo máximo de negociación sin alcanzarse un acuerdo, y las partes del convenio no se hubieran sometido a los procedimientos de solución de discrepancias contemplados en los acuerdos interprofesionales o éstos no hubieran solucionado la discrepancia. Sin embargo, la nueva redacción del art. 86.3 ET en virtud de la Ley 3/2012, se fija, salvo pacto en contrario, una vigencia prorrogada máxima (un año, reduciéndose a la mitad el plazo previsto en el RD Ley 3/2012) del convenio denunciado cuando no se haya conseguido acordar un nuevo acuerdo o dictado un laudo arbitral, procediendo a aplicarse, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación. La posibilidad de que las partes vean dejada sin cobertura convencional la unidad de negociación hasta entonces cubierta, o que esta se diluya en una unidad de negociación superior, se utiliza, de este modo, como acicate para la consecución de un nuevo convenio colectivo.

C) Respecto del tercero de los bloques, esto es el relativo a las reglas de legitimación para negociar convenios colectivos, las reformas introducidas por el RDL 7/2011 con objeto de cubrir los vacíos normativos en materia de negociación derivado de la aparición de nuevas realidades empresariales, o de las diferentes formas de organización y reestructuración de las empresas, han permanecido invariadas tras el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012.

De este modo, se mantuvieron las reglas de legitimación empresarial previstas en el art. 87.3.c) ET establecidas con objeto de favorecer la existencia de convenios allí donde hasta ahora no era posible por inexistencia de sujetos legitimados desde el banco patronal²⁴ o

²⁴ Según esta disposición, en representación de los empresarios estarán legitimados para negociar:

a) En los convenios de empresa o ámbito inferior, el propio empresario.

social²⁵; las reglas de legitimación del banco social para negociar convenios colectivos de grupo de empresas o convenios que afecten a una pluralidad de empresa vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación²⁶; o las relativas a la legitimación para negociar convenios dirigidos a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico²⁷. E igualmente se mantiene la preferencia por las secciones sindicales en la negociación de ámbito empresarial o inferior, siempre que aquellas así lo acuerden y sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal.

Respecto de esta última opción, se ha criticado que la representación sindical puede atender más a intereses del sindicato que a las necesidades e intereses de la empresa. En todo caso, esta preferencia puede ir dirigida de alguna manera a contrarrestar el recelo con el que es vista la negociación colectiva de empresa negociada por representantes unitarios, que quizá pueden resultar más proclives a presiones empresariales. De otra parte, se ha insinuado que con esta preferencia por la representación sindical en al negociación se podría estar replanteando el reparto de funciones entre la representación unitaria y sindical, dejando a la

b) En los convenios de grupo de empresas y en los que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación, la representación de dichas empresas

c) En los convenios colectivos sectoriales, las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con el 10 por ciento de los empresarios, en el sentido del artículo 1.2 de esta Ley, y siempre que éstas den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados, así como aquellas asociaciones empresariales que en dicho ámbito den ocupación al 15 por ciento de los trabajadores afectados.

En aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, según lo previsto en el párrafo anterior, estarán legitimadas para negociar los correspondientes convenios colectivos de sector las asociaciones empresariales de ámbito estatal que cuenten con el 10 por ciento o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal, así como las asociaciones empresariales de Comunidad Autónoma que cuenten en ésta con un mínimo del 15 por ciento de las empresas o trabajadores.

En tales casos, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las referidas organizaciones empresariales estatales o autonómicas (art. 88.2 ET).

²⁵ En aquellos sectores en los que no existan órganos de representación de los trabajadores, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones sindicales que ostenten la condición de más representativas en el ámbito estatal o de Comunidad Autónoma.

²⁶ Reglas coincidentes con las reglas de legitimación de los convenios sectoriales:

a) Los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel estatal, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos.

b) Los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel de Comunidad Autónoma respecto de los convenios que no trasciendan de dicho ámbito territorial, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos.

c) Los sindicatos que cuenten con un mínimo del 10 por ciento de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico y funcional al que se refiera el convenio.

²⁷ Reconociéndose la legitimación para negociar en estos casos a las secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de votación personal, libre, directa y secreta.

primera las funciones de participación y, a la segunda, las de gestión del conflicto y la negociación, acercando nuestro modelo al existente en otros países europeos²⁸.

4 CONCLUSIONES

A la vista de las reformas introducidas en la normativa reguladora de la negociación colectiva respecto de la fijación de las condiciones de trabajo, cabría concluir que las reformas en esta materia se aproximan más a la idea de desregulación que a la de la flexibilización de las relaciones laborales, o, en palabras de MARTÍN VALVERDE, a una “flexibilidad de inspiración neoliberal”, que proclama “una desregulación radical del mercado de trabajo, mediante la supresión pura y simple de la legislación tuitiva de condiciones mínimas, y mediante el recorte de los poderes de los sindicatos”²⁹. Con las reformas se acaba dejando en buena medida en manos del empresario la determinación inicial de las condiciones de trabajo vigentes en la empresa, con objeto de atender sus necesidades productivas y proteger así su eficiencia económica. Impresión que se acrecienta si se tiene en cuenta la flexibilización introducida en la modificación de las condiciones de trabajo inicialmente fijadas. Me refiero al nuevo régimen de modificación sustancial resultante de las reformas operadas por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, y por el RDL 3/2012, de 10 de febrero, por las que se flexibiliza la modificación de las previsiones contenidas en los convenios colectivos, de sector o de empresa, referidas a jornada de trabajo; horario y distribución del tiempo de trabajo; régimen de trabajo a turnos; sistema de remuneración y cuantía salarial; sistema de trabajo y rendimiento; funciones (en cuanto excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 del ET) y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

En el modelo neoliberal de relaciones laborales que se pretende diseñar para el siglo XXI, no parecen tener cabida los aspectos colectivos del derecho del trabajo. Tomando como referente los trabajos y las orientaciones provenientes desde la Unión Europea, que bajo la

²⁸ Sala Franco, T., “La reforma de la negociación colectiva (Real Decreto-Ley 7/2011, de 11 de junio)”, *Actualidad Laboral*, n.º 18/2011.

²⁹ La cual no sería más que uno de los tres modelos básicos de flexibilidad (que en realidad no suelen aparecer en su estado puro, sino más bien entremezclados entre sí) junto al modelo de la flexibilidad basada en el liberalismo colectivo, que se diferenciaría de la anterior en la compensación de la pérdida de normas mínimas con el reforzamiento de las instituciones de representación colectiva de los trabajadores; y al de la flexibilidad de “adaptación” o “ajuste” a la crisis, que se significaría por la introducción de reformas dirigidas a aminorar el acervo de la legislación laboral, pero sin llegar a alterar ni sus fundamentos dogmáticos, ni tampoco sus estructuras normativas. MARTÍN VALVERDE, A., “El Derecho del Trabajo de la crisis en España”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º. 26, 1986, págs. 176 y 177.

aparición de “soft law” provocan incluso modificaciones de las Cartas Magnas de los Estados miembros de la Unión por la vía de urgencia, cabe destacar cómo el Libro Verde “Modernizar el Derecho del Trabajo para afrontar los retos del siglo XXI”³⁰, en el que se invitaba a la reflexión acerca de los desafíos que afronta el Derecho del Trabajo, así como los medios para superarlos con éxito, ignoró por completo el carácter colectivo del Derecho del Trabajo³¹.

No se trata de un olvido casual. En un contexto de construcción de un mercado único - donde a la proclamación de unos derechos fundamentales se acompaña de la de unas libertades fundamentales³² que suponen, respecto de aquellos, unos límites hasta ahora desconocidos en los ordenamientos internos- los derechos colectivos de los trabajadores son un estorbo, pues perjudican el objetivo de la consecución de un mercado que funcione libremente, sin injerencias que afecten a la libre competencia y la libre prestación de servicios. De este modo, por ejemplo, para lograr la plenitud del mercado único, libre de falseamiento de la competencia, se restringen las posibilidades de acudir a medidas de presión para evitar que las empresas se beneficien de los efectos positivos que para ellas puede tener el denominado dumping social, en detrimento de los intereses del conjunto de los trabajadores europeos³³.

Así pues, en el actual contexto de consolidación de un mercado europeo único, de crisis económica, de debilidad sindical y de temor de los trabajadores a perder su empleo, las reformas laborales flexibilizadoras que se están produciendo parecen responder a motivaciones interesadas, dirigidas a alcanzar ventajas sobre los trabajadores, convirtiendo el debate de la flexibilidad, en buena medida, en un debate interesado, como ya se apuntara en el pasado³⁴. Un debate dirigido a la consecución de un derecho laboral de corte anglosajón, centrado en la protección de los derechos fundamentales del trabajador individualmente

³⁰ COM(2006) 708 final.

³¹ Así lo dejó ver el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde — Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI» COM(2006) 708 final (D.O.U.E. C-175 de 27 julio 2007) puntos 1.1 y 2.18.

³² Libertad de circulación de personas, mercancías, servicios y capitales.

³³ En este sentido son conocidas las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (fundamentalmente, asunto C-341/05, Laval; y asunto C-438/05, Viking) imponiendo límites al derecho de huelga y negociación colectiva como consecuencia de la necesidad de proteger la libertad de prestación de servicios y de la competencia. Sentencias de las que se ha dicho que convalidan “los comportamientos oportunistas de los operadores económicos que quieren operar en un mercado más amplio e integrado pero sin soportar las restricciones sociales que en forma de estándares de condiciones de trabajo más altas están vigentes en esas otras realidades nacionales”. BAYLOS GRAU, A., “El espacio supranacional de ejercicio del derecho de huelga y la restricción legal de sus capacidades de acción”, Revista de Política Social, n.º. 41, pág. 139.

³⁴ RODRÍGUEZ PIÑERO, M., “Flexibilidad: ¿Un debate interesante o un debate interesado?”, Relaciones Laborales, n.º. 3, 1987, págs. 14 a 18.

considerado, restringiendo el papel de los representantes de los trabajadores, y eliminando límites a los poderes directivos y organizativos del empresario con objeto de favorecer la competitividad de las empresas en un contexto de mundialización económica.

CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY AND WORKERS' RIGHTS¹

RESPONSABILIDADE SOCIAL CORPORATIVA E DIREITOS DOS TRABALHADORES

Lance A. Compa²

ABSTRACT: Corporate Social Responsibility (CSR) brings an important dimension to the global economy. CSR can enhance human rights, labor rights, and labor standards in the workplace by joining consumer power and socially responsible business leadership—not just leadership in Nike headquarters in Oregon or Levi Strauss headquarters in California, but leadership in trading house headquarters in Taiwan and Hong Kong, and leadership at the factory level in Dongguan and Shenzhen. Ten years ago, I would not have said this. I viewed corporate social responsibility and corporate codes of conduct as public relations maneuvers to pacify concerned consumers. Behind a facade of social responsibility, profits always trumped social concerns. CSR was only a fig leaf hiding abusive treatment of workers. But in recent years some concrete, positive results from effectively applied CSR programs convinced me of their value. In Mexico in 2001, workers at the Korean-owned KukDong sportswear factory succeeded in replacing a management and government dominated trade union with a democratic union of the workers' choice. Compliance officials from Nike and Reebok, two of the largest buyers, joined forces with the Fair Labor Association (FLA) and the Workers Rights Consortium (WRC) enforcing their codes of conduct to achieve this result.

KEYWORDS: Corporations. Social responsibility. Workers' rights. Labor movement. Labor rights. Human rights.

SUMMARY: 1. Introduction.2. Twenty years of failure.3."External" and "Internal" codes of conduct.4 The fox and henhouse problem.5. The new "steakeholder" codes of conduct.6. Problem: the "northern" angle.7. A final caution: CSR must supplement, not replace labor laws and collective bargaining.8. Democratic trade unions: the key in China.

RESUMO: A *Corporate Social Responsibility* (CSR) traz uma dimensão importante para a economia global. A CSR pode aprimorar os direitos humanos, os direitos trabalhistas e os padrões trabalhistas no local de trabalho, unindo o poder do consumidor e a liderança empresarial socialmente responsável - não apenas a liderança na sede da Nike, em Oregon, ou a sede da Levi Strauss, na Califórnia, mas a liderança na sede da casa comercial em Taiwan e Hong Kong e a liderança no nível da fábrica em Dongguan e Shenzhen. Dez anos atrás, eu não teria dito isso. Eu via a responsabilidade social corporativa e os códigos de conduta corporativos como manobras de relações públicas para pacificar os consumidores preocupados. Por trás de uma fachada de responsabilidade social, os lucros sempre superavam as preocupações sociais. A CSR era apenas uma folha de figueira escondendo o tratamento abusivo dos trabalhadores. Mas, nos últimos anos, alguns resultados positivos concretos de programas da CSR efetivamente aplicados me convenceram de seu valor. No México, em 2001, os trabalhadores da fábrica de roupas esportivas de propriedade coreana de KukDong conseguiram substituir um sindicato dominado pela administração e pelo governo por um sindicato democrático da escolha dos trabalhadores. Os funcionários de conformidade com a Nike e Reebok, dois dos maiores compradores, uniram forças com a *Fair Labor Association* (FLA) e o *Workers Rights Consortium* (WRC) aplicando seus códigos de conduta para alcançar esse resultado.

PALAVRAS-CHAVE: Corporações. Responsabilidade social. Direitos dos trabalhadores. Movimento trabalhista. Direitos trabalhistas. Direitos humanos.

Artigo recebido em 24/06/2019

Artigo aprovado em 13/07/2019

¹ Este é um artigo de um workshop sobre Responsabilidade Social Corporativa patrocinado pela Faculdade de Direito da Universidade de Pequim e pelo Instituto de Direito do Trabalho e Segurança Social da Universidade de Pequim, realizado em Pequim, de 13 a 15 de janeiro de 2006.

² Lance A. Compa é Professor Sênior da Escola de Relações Industriais e Trabalhistas de Cornell University.

SUMÁRIO: 1.Introdução. 2. Vinte anos de falha.3.Códigos de conduta “externos” e “internos”. 4 O problema da raposa e do galinheiro.5. Os novos códigos de conduta para os “participantes”.6. Problema: o pescador do “norte”.7. Um cuidado final: a CSR deve complementar, não substituir as leis trabalhistas e as negociações coletivas.8. Sindicatos democráticos: a chave da China.

1 INTRODUCTION

Corporate social responsibility (CSR) brings an important dimension to the global economy. CSR can enhance human rights, labor rights, and labor standards in the workplace by joining consumer power and socially responsible business leadership not just leadership in Nike headquarters in Oregon or Levi Strauss headquarters in California, but leadership in trading house headquarters in Taiwan and Hong Kong, and leadership at the factory level in Dongguan and Shenzhen.

Ten years ago, I would not have said this. I viewed corporate social responsibility and corporate codes of conduct as public relations maneuvers to pacify concerned consumers. Behind a facade of social responsibility, profits always trumped social concerns. CSR was only a fig leaf hiding abusive treatment of workers. But in recent years some concrete, positive results from effectively applied CSR programs convinced me of their value. In Mexico in 2001, workers at the Korean-owned KukDong sportswear factory succeeded in replacing a management and government- dominated trade union with a democratic union of the workers' choice. Compliance officials from Nike and Reebok, two of the largest buyers, joined forces with the Fair Labor Association (FLA) and the Workers Rights Consortium (WRC) enforcing their codes of conduct to achieve this result.

Important help also came from a Mexican non-governmental organization, the Worker Support Center (Centro de Apoyo al Trabajadora, CAT), and from a Korean NGO, the Korea House of International Solidarity (KHIS). KRIS played a critical role by mediating and bridging the “culture gap” between the Korean management and Mexican workers. Independent evaluations by the International Labor Rights Fund (ILRF) and the monitoring group Verite also contributed to this positive outcome³.

³ See Jeff Hermanson, “Global Corporations, Global Campaigns: The Struggle for Justice at Kukdong International in Mexico”, unpublished paper presented to Cornell seminar on labor revitalization, April 6, 2004 (on file with author); Jeremy Blasi, Kukdong: A Case of Effective Labor Standards Enforcement, “Henning Center” for International Labor Relations, UC Berkeley, available at <http://henningcenter.berkeley.edu/gateway/kukdong.html>.

In Sri Lanka in 2003, I visited factories and trade union offices where workers enjoyed democratic unions with good collective agreements. Union representatives told me they achieved these goals thanks to intervention by brand name buyers implementing their codes of conduct with local factory managers. In one key case at the Jaqalanka Ltd. sportswear factory, collaboration among trade unions, the Sri Lankan NGO Center for Policy Alternatives, and the U.S.- based Fair Labor Association contributed to workers' successful organizing efforts⁴.

2 TWENTY YEARS OFFAILURE

I drew my earlier critical analysis from practice. In the mid- 1990s, twenty years of experience with corporate codes of conduct had shown few results. The Sullivan Principles of the 1970s and 80s, a code of conduct for U.S. firms in South Africa, had no apparent effect on the apartheid regime there. United States companies signed the Sullivan Principles out of concern with potential adverse reaction by consumers. Signing the Sullivan Principles allowed firms to continue profiting from operations in racist South Africa underneath a veneer of social responsibility. In the end, only strong international economic sanctions, backing the liberation struggle of the South African people, brought down the apartheid system⁵.

In 1976, following dramatic exposes of American corporations' involvement in plots against the democratically-elected socialist government of Chile⁶, major international agencies fashioned codes of conduct for multinational enterprises. The United Nations, the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), and the International Labour Organization (ILO) proposed declarations and guidelines to protect workers' rights, among other goals⁷.

⁴ See Centre for Policy Alternatives, Jaqalanka Limited and Free Trade Zone Workers Union (FTZWU) Dispute Settlement Process (Progress Report from Centre for Policy Alternatives, June 28, 2004), at http://www.cpalanka.org/research_papers/Jaqalanka2.doc; Jaqalanka, Free Trade Zone Workers Union strike "fair Jabour" deal, DAILY MIRROR E- EDITION, Dec. 11, 2006, <http://www.dailymirror.uk/2003/10/22/ft/6.asp>.

⁵ See Jorge Perez-Lopez, Promoting International Respect for Worker Rights through Business Codes of Conduct, 17 FORDHAM INT'L LJ. 1(1993).

⁶ See Multinational Corporations and United States Foreign Policy: Hearings before the Subcomm. on Multinational Corporations of the Senate Comm. On Foreign Relations (the "Church Committee"), 94th Cong., 1st sess., 381-86 (1975).

⁷ See Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations, May 1983, 23 ILM 626 (1984); Organisation for Economic Co-operation and Development; Guidelines for Multinational Enterprises (1976, updated in 2000), available at http://www.oecd.org/department/0,3355,en_2649_34889_1_1_1_1_1.00.html; International Labour Organization, Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy (1977), available at <http://www.ilo.org/public/english/employment/multi/download/english.pdf>.

The United States blocked adoption of the UN code. The OECD adopted its Guidelines for Multinational Enterprises and the ILO adopted its Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises. However, these instruments had no apparent effect on corporate behavior. Complaints brought consultations among diplomatic “contact points”, as they were called. But these officials took no action against companies that violated workers' rights. Indeed, complaints could not even be called “complaints”. They had to be “requests for clarification” (OECD) or “requests for interpretation” (ILO), and “requesters” could not name the corporations that committed violations⁸.

3 “EXTERNAL” AND “INTERNAL” CODES OF CONDUCT

The Sullivan Principles and intergovernmental codes like those of the OECD and ILO can be called “external” codes of conduct. They were developed outside the corporation and presented to management for promises to comply with the code. They showed few results. However, civil society continued campaigning in the media to expose child labor, forced labor, deadly working conditions, assassinations of worker organizers and other abuses. These stories mobilized public opinion against corporations, requiring a new response.

In the late 1980s and early 1990s, several brand-name companies developed their own “internal” codes of conduct. Reebok, Levi's, Nike, J.C. Penney, and others, for example, announced that supplier firms in their global production chain would have to abide by their internal company codes or face loss of orders. The brands said they would take responsibility themselves for monitoring and enforcing their codes.

Levi Strauss & Co. and Reebok Corp. were in the forefront of this movement for internal, corporate-sponsored codes of conduct. They reviewed the UN's Universal Declaration of Human Rights, ILO Conventions, and other international human rights instruments in formulating their codes. They established monitoring and enforcement systems with detailed questionnaires on practices in foreign supplier plants, surprise visits by auditors, and reviews by company officials charged with enforcing the code⁹.

For extended discussion, see David Weissbrodt & Muria Kruger, Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, 97 A.M.J.INT'L.L.901(2003).

⁸ See Trade Union Advisory Committee (TUAC), A Users' Guide for Trade Unionists to the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, available at http://www.tuac.org/en/public/docs/00/00/00/67/document_doc.phtml.

⁹ For extensive discussion of the foregoing, see Lance Compa & Tashia Hinchiffé-Daricarrere, Enforcing International Labor Rights Through Corporate Code of Conduct, 33 COLUM. J. TRANSNATIONAL L.663 (1995).

4 THE FOX AND HENHOUSE PROBLEM

Levi's and Reebok did a good job implementing their internal codes of conduct. However, internal codes had inherent weaknesses. Sourcing from hundreds, even thousands of factories around the globe, even the most diligent CSR-conscious company could not guard against labor abuses in every one of its supplier factories. Critics could always find supplier plants with child labor, unsafe conditions, workers fired for trade union action, and even worse abuses. Expos continued in the media, creating a strong impression of hypocrisy and failure of internal corporate codes of conduct¹⁰.

Companies' monitoring and enforcing their own codes of conduct led inevitably to charges that the fox was monitoring the henhouse. Critics argued that management would sooner cover up abuses than expose them to public scrutiny. The demand for independent monitoring and verification, independent of corporate control, became irresistible¹¹

5 THE NEW “STAKEHOLDER” CODES OF CONDUCT

Today a new generation of codes called “multi-stakeholder” initiatives has appeared. Companies, unions, human rights groups, community and development organizations, and other NGOs participate in formulating a code of conduct. These multi-stakeholder codes of conduct on workers' rights contain provisions on monitoring, verification, certification of supplier factories, enforcement mechanisms, and transparency. Among the most prominent are the Fair Labor Association (FLA), Worker Rights Consortium (WRC), Social Accountability International (SAI), Ethical Trading Initiative (ETI), Clean Clothes Campaign (CCC), and Worldwide Responsible Apparel Production (WRAP)¹².

The differences among these groups are too detailed for this short paper. So are their

¹⁰ See, e.g., Robert Collier, Pressure Mounts on U.S. Apparel Industry; Saipan lawsuits boost drive for conduct code, SAN FRANCISCO CHRON., Feb. 15, 1999, at A1, available at <http://www.sfgate.com/cgi-bin/article.cgi?file=/chronicle/archive/1999/02/15/MN20657.DTL>; William J. Holstein et al., Santa's Sweatshop, U.S. NEWS & WORLD REPORT, Dec. 16, 1996, at 50, available at http://www.usnews.com/usnews/biztech/articles/961216/archive_035166_7.htm.

¹¹ See Mark B. Baker, Private Codes of Conduct: Should the Fox Guard the Henhouse?, 24 U. MIAMI INTER-AM. L. REV. 399 (1993); Robert J. Liubicic, Corporate Codes of Conduct and Product Labeling Schemes: The limits and possibilities of promoting international labor rights through private initiatives, 30 L. & POL'Y INT'L BUS. 111(1998); David Kinley & Junko Tadaki, From Talk to Walk: The Emergence of Human Rights Responsibilities for Corporations at International Law, 44 VA. J. INT'L L. 931 (Summer 2004).

¹² See Web sites respectively at <http://www.fairlabor.org>; <http://www.workersrights.org>; <http://www.sa-intl.org>; <http://www.ethicaltrade.org>; <http://www.cleanclothes.org>; www.wrapapparel.org.

often sharp rivalries, jealousies, and criticisms aimed at one another. Under some of these plans, monitoring, verification, and certification are carried out by Northern “social auditing” firms, some of them simply new divisions of traditional financial auditing companies like PricewaterhouseCoopers. In others, Southern non-governmental organizations are involved in code enforcement. The codes have different degrees of transparency and public reporting of their findings. Some contain “living wage” provisions, while others do not.

Despite their differences, all these models create a dynamic of dialogue among brand-name buyers, factory managers, trade unions, NGOs, and other social actors. While some of the codes call for cancellation of purchasing contracts with supplier factories that violate the code of conduct, even these “hard” systems join their “soft” counterparts in seeking improvement and compliance, rather than cutting off business and hurting the workers they are trying to help. In fairness, such contract cancellation should only come after providing sufficient notice and opportunity for correction.

6 PROBLEM: THE “NORTHERN” ANGLE

One problem with CSR and codes of conduct is that they are mostly a Northern phenomenon. The Fair Labor Association, Worker Rights Consortium, and Social Accountability International have been fashioned and refined in Washington, D.C., and New York, not in Shanghai and Sao Paulo. The Ethical Trading Initiative and the Clean Clothes Campaign are driven from London and Amsterdam, not from Jakarta and Nairobi.

To be effective, CSR needs involvement and commitment from developing country business leaders, trade unionists, and NGOs. This is not a reason to turn away from CSR models that have failed to involve them so far, or done so only partially. It is a reason to bring social actors in developing countries into the process of developing and strengthening CSR programs¹³.

7 A FINAL CAUTION: CSR MUST SUPPLEMENT, NOT REPLACE, LABOR LAWS AND COLLECTIVE BARGAINING

CSR is a valuable backstop when national governments falter at adopting and enforcing strong national and international labor standards. Governments cannot possibly

¹³ A special edition of the Oxfam journal *Development in Practice* contains many articles speaking to these themes; see 14 DEVELOPMENT IN PRACTICE issue nos. 1 & 2 (Feb. 2004).

inspect every workplace and catch every lawbreaker¹⁴. CSR can also help when workers cannot help themselves through collective bargaining. Trade unions face a worldwide crisis of organizing and bargaining. Workers struggle, often against great odds, to build unions in many of the most “globalized” sectors of production and commerce such as agriculture, apparel, and electronics. They make some breakthroughs, but most workers in these sectors are still without organizations to defend them and bargain on their behalf.

Codes of conduct offer a new way to advance workers' rights through private sector self-regulation using civil society vigilance, consumer buying power, and socially responsible business leadership. But human rights advocates and business promoters of CSR must keep their eyes open to a wider context. CSR can make valuable contributions to workers' rights, but CSR by itself is not enough.

A platform stands on three legs. On one leg or two, it topples. CSR can only create a stable foundation for workers' rights with two other legs: 1) strong laws strongly enforced by government authorities, and 2) strong, democratic trade unions where workers can improve conditions through self-organization and collective bargaining. Focusing on CSR as the solution to workers' rights violations could undermine effective labor law enforcement by governmental authorities and the representational role of trade unions. One may well ask: is the real goal of some corporate backers of codes of conduct the prevention of strong, class-based workers' organizations that can organize and bargain collectively, and participate in their country's political process to secure strong labor laws? Some companies might well prefer dealing with codes of conduct and weak, scattered NGOs rather than strong governments and unions. While NGO critics can mount publicity campaigns about abuses at single factories, consumers soon grow tired of repeated exposes. Only the most conscientious and alert consumers can sustain selective purchasing based on respect for workers' rights.

A rush to corporate codes of conduct could allow powerful companies to avoid government regulation, union organizing, and enforceable collective agreements that uphold workers' rights and labor standards. Strong laws effectively enforced, along with self-organization and collective bargaining, are the best sustainable ways to protect workers' rights. CSR and corporate codes of conduct should be seen not as an alternative but as a supplement to labor law enforcement and collective bargaining.

¹⁴ As U.S. labor law scholars and practitioners well know, this is true for the United States as well as for developing countries. See, e.g., Human Rights Watch, *Unfair Advantage: Workers' Freedom of Association in the United States under International Human Rights Standards* (2000), available at <http://www.hrw.org/reports/2000/Uslabor>.

8 DEMOCRATIC TRADE UNIONS: THE KEY IN CHINA

Corporate social responsibility programs and related codes of conduct now almost always include freedom of association, the right to organize, and the right to bargain collectively. For many companies and for many stakeholder codes seeking to implement CSR, the question of China's trade union monopoly under the All-China Confederation of Trade Unions (ACFTU) creates a threshold problem.

The ILO Committee on Freedom of Association has identified the ACFTU monopoly and its “transmission belt” role as violations that prevent “the establishment of trade union organizations that are independent of the public authorities and of the ruling party, and whose mission should be to defend and promote interests of their constituents and not to reinforce the country's political and economic system”¹⁵. The Committee on Freedom of Association has also deplored the use of criminal prosecutions against workers who protest abusive treatment, saying “the Committee deeply regrets the government's... perseverance in the punishment of acts related to labor conflict with lengthy terms of imprisonment for acts of subversion on the basis of general and vague accusations”¹⁶.

Besides its relationship to government, the ACFTU also has a widespread practice of company managers, sometimes even human resources managers, holding trade union leadership posts. One officer of the Chinese employers' federation told researchers that trade unions are “just a branch of management” whose role is not so much to represent workers as to explain to workers why the company cannot increase their wages or why layoffs will help the company¹⁷. Another research group found that “Chinese unions function more as an offshoot of the Human Resources department, and are primarily concerned with supporting managerial interests”¹⁸.

Under international human rights standards and Conventions 87 and 98 of the ILO, workers have the right to choose their own representatives from their own ranks. Neither the government nor the employer should tell them who their representatives must be. Moreover, company managers should not be trade union leaders. This perverts the very idea of trade

¹⁵ See ILO, 310th Report of the Committee on Freedom of Association (1998).

¹⁶ See ILO Committee on Freedom of Association China (Case No. 2189), Report No. 333 (April 2004).

¹⁷ See Simon Clarke, Chang-Hee Lee & Qi Li, *Collective Consultation and Industrial Relations in China*, 42 BRIT. J. INDUS. REL. 235 (2004).

¹⁸ See D. Ding, K. Goodall & M. Warner, *The impact of economic reform on the role of trade unions in Chinese enterprises*, 13 INT'L J. HUM. RES. MGMT. 431-49 (2002).

unionism. A trade union's role is to present workers' demands to management, not management's demands to workers.

This does not mean that trade unions cannot have strong ties to a governing political party or work cooperatively with management. The British Trades Union Congress (TUC) is organically linked to that country's Labour Party. So are the Swedish and German trade union centrals with each country's Social Democratic Party. In the United States, the AFL-CIO has a de facto relationship with the Democratic Party, with official positions in party leadership reserved for trade union officials. Among developing countries, the Congress of South African Trade Unions (COSATU) has a similar tie to the African National Congress (ANC), and Argentina's General Confederation of Labor (CGT) is linked to the Peronist party.

At the same time, these trade union bodies maintain an arms-length distance from political parties. They collaborate with the parties whenever possible, but they also criticize them when necessary. In every case, the real test is whether workers themselves, through their chosen representatives, have freely decided to enter a relationship with the political party while maintaining independence from party control.

A further test of trade union freedom is the existence of unions that choose not to ally themselves with a political party in or out of power, without suffering discrimination because of this choice. In each of the countries mentioned above, and in others where trade union-party alliances exist by workers' choice, there are also dissident unions opposed to political party platforms or to government policies. The right of these unions to freely function must be respected to fully afford workers' freedom of association.

Unions must be independent of management as well as of government. But trade union principles do not prevent cooperation with management to improve productivity, quality, safety, and other marketplace goals in the context of a bargaining relationship that preserves workers' rights. Strong unions and strong managements can bargain their way to optimal outcomes that meet workers' needs while respecting the needs of the business.

The challenge for CSR in China in the months and years ahead is to create new space for democratic trade union activity that comports with international human rights standards and ILO Conventions. A truly progressive CSR program should support the movement toward workers' democratic self-organization. CSR should not hold itself out as an alternative to trade unionism, but as an ally of trade unionism.

Meeting this challenge is not just the responsibility of CSR officials from brand-name buyer firms and factory managers in supplier firms. Trade unionists, too, must take more

responsibility for extricating themselves from government or management domination and taking the role of representing their members before government and management. This does not automatically mean confrontation with government or management. It means social dialogue and finding solutions through discussion, negotiation, and compromise.

The ILO has strong capacity-building programs to help governments, employers, and unions achieve these goals. On the trade union side, so do the International Confederation of Free Trade Unions (ICFTIU) and the sectoral Global Union Federations (GUFs)¹⁹. On the employer side, the International Organization of Employers and its regional affiliates provide training for managers. Many university industrial relations programs similarly offer programs on collective bargaining skills, grievance handling, administration of collective agreements, and other aspects of labor-management relations.

A reputation for good workplace practices and high labor standards can be a powerful “brand” asset for companies and for countries in the global economy. Labor rights advocates and “fair trade”-minded consumers should continue their calls for socially responsible production. On the business side, management throughout the supply chain, from top officials at firms' headquarters in the United States and other developed countries down to factory managers and supervisors in supply facilities in China and other developing countries, should nurture CSR to its full potential. Full potential includes workers' rights to organize and to bargain collectively to improve their working conditions.

¹⁹ In November 2006, the ICFTU merged with the World Confederation of Labor to form the new International Trade Union Confederation (ITUC).

EL ENFOQUE CONSTITUCIONAL SOBRE LA FORMACIÓN PROFESIONAL DESDE EL DERECHO AL TRABAJO Y DERECHO A LA EDUCACIÓN

THE CONSTITUTIONAL APPROACH IN THE PROFESSIONAL TRAINING OF THE RIGHT TO WORK AND THE RIGHT TO EDUCATION

Maria José Romero Rodenas¹
Juan Luis Garcia Ríos²

RESUMEN: El poder de gestión del empresario, previsto en la Constitución española, está contenido en la libertad de empresa y es amplio. Es necesario determinar el alcance del poder empresarial en relación con los derechos y libertades de cada trabajador “como miembro de una sociedad política democrática, es decir, el problema del disfrute de estas prerrogativas de ciudadanía contra el poder de otro sujeto dentro de una relación subordinada legítima por el mismo sistema legal que los otorga y garantiza”³. Y es a través del derecho fundamental a la educación que, como no es específico, habrá un reequilibrio en las relaciones laborales. La necesidad de procesos educativos, enseñanza y aprendizaje de las personas, educación y formación que necesariamente incluye el lugar de trabajo. Desde el origen mismo del sistema de producción capitalista, ha habido preocupación por la formación de trabajadores como un medio. Debe haber no solo aprendizaje, sino dignidad y progreso. aumentando la necesidad de considerar al trabajador como algo más que una mercancía al servicio del empleador. Una de las banderas de las políticas sociales actuales en la actualidad es precisamente las políticas de formación profesional en el lugar de trabajo como uno de los vehículos para mantener el empleo y la inserción laboral y, lo más importante, la integración social. La formación profesional concebida en la década de 1980 ha evolucionado a partir de este proceso de transferencia de conocimiento con contenido técnico marcado, desde el punto de vista de las habilidades, habilidades y competencias en referencia a diferentes actividades laborales, para ser un concepto más amplio que necesariamente incluye no solo estas capacidades técnicas, sino también valores y principios, que creemos que tienen un impacto en la concepción de la formación profesional como un derecho fundamental, un proceso de lo que podríamos llamar "socialización técnica".

PALABRAS CLAVE: Derecho a la educación. Formación profesional. Poder. Democracia. Ciudadanía en la empresa. Socialización técnica.

SUMARIO: 1. Introducción. 2.El significado y alcance Del derecho a la educación como formación profesional. 3. Contexto internacional: Tratados Internacionales. 4. El Contexto Español: La Constitución y la jurisprudencia Del Tribunal Constitucional. 5. Conclusiones.6. Referencias Bibliográficas.

ABSTRACT: The management power of the employer, provided for in the Spanish Constitution, is contained in the freedom of enterprise and is broad. It is necessary to determine the scope of business power in relation to the rights and freedoms of each worker “as a member of a democratic political society, that is, the problem of the enjoyment of these citizenship prerogatives against the power of another subject within a subordinate relationship legitimate by the same legal system that grants and guarantees them ”. And it is through the

Artigo recebido em 08/06/2019.

Artigo aprovado em 31/07/2019.

¹ Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Castilla – La Mancha.

² Doctor en Derecho, Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Castilla – La Mancha.

³ JEAMMAUD, A: “Los derechos de información y participación en la empresa: la ciudadanía de empresa”. En APARICIO TOVAR, J. Y BAYLOS GRAU, A.: Autoridad y democracia en la empresa. Trotta, Madrid, 1992, p 179.

fundamental right to education that, as it is not specific, there will be a rebalancing in labor relations. The need for educational processes, teaching and learning of people, education and training that necessarily includes the workplace. Since the very origin of the capitalist production system, there has been concern about the formation of workers as a means. There must be not only learning, but dignity and progress. increasing the need to consider the worker as more than a merchandise at the service of the employer. One of the flags of current social policies today is precisely the vocational training policies in the workplace as one of the vehicles for maintaining employment and labor insertion and, most importantly, social integration. Vocational training conceived in the 1980s has evolved from this process of knowledge transfer with marked technical content, from the point of view of skills, abilities and competences in reference to different work activities, to be a broader concept which necessarily includes not only these technical capabilities, but also values and principles, which we believe have an impact on the conception of vocational training as a fundamental right, a process of what we could call "technical socialization."

KEYWORDS: Right to education. Professional training. Company. Power. Democracy. Citizenship in the company. Technical socialization.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. The meaning and scope of the right to education as vocational training. 3. International context: International Treaties. 4. The Spanish Context: The Constitution and the Jurisdiction of the Constitutional Court. 5. Conclusions. 6. Bibliographic references.

1. INTRODUCCIÓN

Nos decía el profesor ERMIDA URIARTE, que “mala cosa tener que ocuparse de la ética, porque generalmente la tendencia a preocuparse por determinados temas se vincula a la sensación de que hay alguna carencia al respecto”⁴. No vamos a escribir sobre ética (aunque en realidad y en ciertos planteamientos no nos alejamos mucho⁵), sino de derechos fundamentales y concretamente del derecho a la educación como un derecho fundamental inespecífico, y para ello tomamos prestada esta afirmación para poner de manifiesto como la necesidad de acercarnos a la educación como un derecho fundamental inespecífico denota precisamente la necesidad de avanzar en el estudio y análisis de ese derecho de nuestras trabajadoras y trabajadores en su concepción como derecho fundamental.

Siguiendo a DAHL, la mayoría de los ciudadanos que viven en las sociedades democráticas actuales defenderían que existe un alto grado de democratización de las instituciones públicas (aun con todos sus defectos) que dependen del Estado, en definitiva, de la autoridad del Estado. Lo cierto es que, en nuestros sistemas democráticos actuales junto a las instituciones del Estado, existen otras organizaciones o instituciones que se desarrollan y actúan dentro del mismo y que son importantes para nuestro actual modelo democrático, como son los partidos políticos, organizaciones sindicales o las propias empresas y donde el ejercicio del poder o de la autoridad puede presentar rasgos no democráticos en alguna de

⁴ ERMIDA URIARTE, O.: “Ética y derecho del trabajo”, Iuslabor, nº 1, 2006, p. 2. <https://www.upf.edu/documents/3885005/3889500/ErmiidaUriarteEtica.pdf/22912372-f400-4ed5-aca4-f3975ab17a6e>.

⁵ SEN, A.: “Trabajo y derechos”. Revista Internacional del Trabajo, vol. 119 (2000), núm. 2, p. 133.

ellas. Es el caso de las empresas, donde es evidente que quienes las “gobiernan” no ejercen el poder o la autoridad a través de procesos democráticos⁶.

Y es que como señala JEAMMAUD, cuando en el marco de la empresa se intenta relacionar los conceptos de autoridad o poder y democracia hacemos referencia a dos problemas, que se configuran en referencia a la denominada “ciudadanía en la empresa” y el de “ciudadanía de la empresa”. El primero de ellos -que es el que nos interesa para nuestro análisis- supone “la determinación del alcance del poder empresarial respecto de los derechos y libertades propios de cada trabajador en cuanto miembro de una sociedad política democrática, es decir, el problema del goce de aquellas prerrogativas de ciudadanía frente al poder de otro sujeto en el ámbito de una relación de subordinación legitimada por el mismo ordenamiento jurídico que las otorga y garantiza”⁷.

El poder de dirección del empresario que deriva de la propia Constitución en su artículo 38, pues debemos entender que el mismo está contenido en la libertad de empresa, es un poder amplio, lo que hace necesario descomponerlo en una “vertiente laboral y otra general o real”⁸. Ese poder de dirección en su vertiente laboral se justifica en la propia existencia de la relación laboral o dicho de otra manera “es a consecuencia del contrato de trabajo como resulta posible el ejercicio del poder de dirección del empresario”⁹. Ese poder legítimo –en cuanto que está reconocido por el ordenamiento jurídico- de dirección por parte del empresario ha situado al trabajador en una situación asimétrica respecto al propio empresario, sin embargo, esa situación de asimetría o subordinación no puede ni debe suponer que el trabajador se despoje de sus derechos como ciudadano, de sus derechos constitucionales que le corresponde como tal, en el seno de la relación laboral, como ha puesto de manifiesto el propio Tribunal Constitucional de manera temprana al señalar que el contrato de trabajo “no supone en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano”¹⁰

⁶ DAHL, R.A: *After de revolutions? Authority in a good society*, Yale University, 1970, 1970. Se utiliza la traducción realizada por María Florencia Ferre: *¿Después de la revolución?. La autoridad en las sociedades avanzadas*. Barcelona, 1999, p. 13

⁷ JEAMMAUD, A: “Los derechos de información y participación en la empresa: la ciudadanía de empresa”. En APARICIO TOVAR, J. Y BAYLOS GRAU, A.: *Autoridad y democracia en la empresa*. Trotta, Madrid, 1992, p 179.

⁸ OJEDA AVILÉS, A: “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”. *Revista de Derechos Social*, nº 35 (2006), p. 16.

⁹ GOÑI SEIN, J.L.: “Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?”, Primera ponencia de las XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, organizadas por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Ediciones Cinca, Pamplona, 2014, p. 19.

¹⁰ Por todas, SSTC 120/1983, 104/87, 106/96.

Es por ello que los derechos fundamentales adquieren una especie de función reequilibradora en la relación laboral entre las partes del mismo, sin perder de vista que esa capacidad de reequilibrio que pretendemos atribuir a los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales tienen limitaciones, pues no podemos olvidar como nos recuerda ROMAGNOLI, que “en la empresa no existe la posibilidad de un cambio de roles: gobierno y oposición permanecen siempre fijos”¹¹.

Y precisamente esos derechos fundamentales de carácter general que pueden ser “ejercidos por los sujetos de la relaciones de trabajo en el ámbito de las mismas”¹², adquiriendo una “dimensión laboral sobrevenida”¹³, son los denominados derechos fundamentales inespecíficos.

Lo ciertos es que, aunque estos derechos fundamentales adquieren esa dimensión laboral en el seno del contrato de trabajo, no es menos cierto que como señala OJEDA AVILES, “Los derechos fundamentales inespecíficos no están en el contrato de trabajo, sino que actúan desde fuera de él en el ámbito de la empresa”¹⁴. Siendo necesario desde nuestro punto de vista considerar como ámbito de aplicación situaciones anteriores y posteriores al contrato de trabajo, “y muy en particular, en los estadios previos a la creación de la relación contractual laboral, así como en cualquier otra relación o situación de subordinación no recogida estrictamente por los reglas laborales”¹⁵, planteamiento que puede ser muy interesante para el análisis de este derecho a la educación como un derecho fundamental inespecífico.

Es interesante por ello observar como inundan las relaciones laborales estos derechos fundamentales inespecíficos, entre los que se encuentra el derecho a la educación en el artículo 27 CE, dentro de esa compleja estructuración que hace nuestra Constitución en su Título I de los derechos fundamentales.

Las últimas décadas han visto cómo se han producido una serie de transformaciones en aspectos económicos, sociales, culturales y por supuesto laborales. Esa globalización a la que tanto nos referimos ha implicado cambios en la concepción de la economía, hoy hablamos

¹¹ ROMAGNOLI, U.: “La estructura de la empresa”, Cuadernos de Derecho del Trabajo, nº 4, 1978, citado en ROMAGNOLI, U.: Trabajadores y Sindicato. Fundación Sindical de Estudios y Comisiones Obreras de Madrid, Ediciones GPS, Madrid, 2006, p. 14.

¹² PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “Derechos fundamentales generales y relación laboral: Los derechos laborales inespecíficos”, en AA.VV. (Dir. SEMPERE, A.) El modelos social en la Constitución Española de 1978, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, p. 229.

¹³ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “Derechos fundamentales generales y relación...” Op. Cit..., p. 229.

¹⁴ OJEDA AVILÉS, A: “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad... op. Cit., p. 16.

¹⁵ GOÑI SEIN, J.L.: “Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual... op. Cit..., p. 19.

de economía de las plataformas, economía circular, economía corporativa, conceptos que ni siquiera existían hace unos años. Hablamos de cambios en los procesos productivos, poco o nada tiene que ver el proceso de producción en los primeros momentos del sistema capitalista, o hace 40 años, a los sistemas de producción de bienes y servicios que tenemos en actualidad. Como consecuencia de ello se está produciendo importantes cambios en la organización del trabajo, en la concepción del empleo, que tienen incidencia directa en el ámbito de aplicación del derecho del trabajo y en las propias relaciones laborales.

Hoy en día apenas percibimos la necesidad de hablar de la estabilidad en el puesto de trabajo como la percibía D'ANTONA al definirla como la “aspiración del trabajador a ese conjunto de bienes – profesionalidad, continuidad e ingreso digno, posibilidades de hacer carrera- que están, indisolublemente, ligadas a la ocupación”¹⁶, son tiempos difíciles para la estabilidad en el puesto de trabajo, incluso para la estabilidad en el mercado de trabajo en su concepción tradicional. Las numerosas reformas laborales que han buscado incesantemente la creación de empleo de calidad y que han acabado por lo general en el menoscabo de los derechos de los trabajadores en el ámbito de las relaciones laborales, suponiendo en ciertas ocasiones “el sacrificio y la desregulación del trabajo”¹⁷.

La inestabilidad laboral ha provocado y sigue provocando necesarias transiciones en la “carrera profesional” de las trabajadoras y trabajadores, lo que ha originado situaciones de empleo y desempleo continuas. Esta precariedad ha provocado el “deambular por las empresas y los empleos a través de la incierta carrera profesional de nuestro tiempos, el trabajador hallaría como garantía los derechos “internos” de la relación laboral, pero también los externos de la ciudadanía, que son erga omnes e indisponibles y le acompañan en todo momento y lugar”¹⁸. Aunque este “deambular” o transiciones, no es solo un fenómeno contemporáneo¹⁹ o fruto de la crisis económica actual, sino que ya en periodos anteriores se describía este fenómeno, pesemos como en el propio BEVERIDGE ya advertía en su famoso informe *Full Employment in a Free Society*, al definir el pleno empleo, como la existencia de más vacantes que trabajadores buscando dichas vacantes, que “en una sociedad progresista habrá siempre cambios en la demanda de mano de obra, cualitativos y no cuantitativos, y

¹⁶ D'ANTONA, M.: “Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici, en *Giornale dir. Lavoro e rel. ind.* 1990, pr44. Citado por ROMAGNOLI, U.: “Estabilidad versus precariedad del puesto de trabajo”, *Derecho y Sociedad*, nº 10, 1995, p. 191.

¹⁷ BAYLOS GRAU, A.: “La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral del 2012”. *Revista de Derecho Social*, nº 61, 2013, p. 34.

¹⁸ OJEDA AVILÉS, A: “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad... op. Cit., p. 13.

¹⁹ Utilizamos el término contemporáneo para referirnos al periodo actual.

algunas personas estarán desempleadas mientras esperan pasar de un puesto de trabajo a otro”²⁰.

A pesar de todos estos avatares y transformaciones son innegables que hay determinados elementos que se mantienen invariables y uno de ellos es precisamente la necesidad de la existencia de procesos educativos, de enseñanza y aprendizaje de las personas, educación y formación que comprende necesariamente el ámbito laboral.

La preocupación por la educación, enseñanza y capacitación de nuestras trabajadoras y trabajadores no es nueva. Desde el propio origen del sistema de producción capitalista, existe preocupación por la formación de los trabajadores, ya existe la preocupación en el mundo sindical por la “enseñanza” de los trabajadores, como un medio, no solo de aprendizaje, sino de dignificación y progreso social, planteando la necesidad de considerar al trabajador como algo más de una mercancía al servicio del empresario. Pongamos como ejemplo la experiencia de las bolsas de trabajo en Francia a finales del XIX, en la que, una de las facetas más importantes de dichas bolsas era la enseñanza técnica -también de la enseñanza general- de los trabajadores, lo que “permitirá, contra la tendencia dominante en la industria moderna, a hacer del aprendiz una manivela, un accesorio de la maquina, en lugar de ser un colaborador inteligente”²¹.

No por no ser nueva la preocupación por la enseñanza o educación de nuestras trabajadoras o trabajadores, no es un tema de actualidad, antes, al contrario, sí preguntásemos a las personas trabajadoras nos señalarían la importancia de una buena formación tanto para el ingreso en las empresas como para el progreso profesional dentro de las propias relaciones laborales. Si preguntásemos a las instituciones públicas, defenderían la necesidad de formación para la incorporación al mercado laboral y la carrera profesional, es más, una de las banderas de las políticas sociales en la actualidad son precisamente las políticas en materia de formación profesional en el ámbito laboral como uno de los vehículos de mantenimiento del empleo y de inserción laboral, y no sólo de inserción laboral, sino de lo que podemos denominar como integración social. Si preguntásemos a las Organizaciones Internacionales, como la Organización Internacional del Trabajo, también destacarían la importancia de la formación a través de sus Convenios y Recomendaciones, relacionándola además con el trabajo decente, o qué decir de la Unión Europea donde la formación profesional jugó y juega

²⁰ BEVERIDGE, W.: “Full Employment in a Free Society”, George Allen and Unwin Ltd., Londres 1944. Se utiliza la traducción al español de Pilar López Máñez, Pleno empleo en una sociedad libre, Ministerio de trabajo y seguridad social, Madrid, 1988, p. 15

²¹ PELLOUTIER, F: Historie des bourses du travail. Se utiliza la traducción al español de GOMEZ CASAS, J: Historia de las Bolsas de Trabajo. Orígenes del sindicalismo revolucionario. ZERO, Madrid, 1978, pp. 131-132.

un papel trascendental dentro de su política social, de la libre circulación de trabajadores, mejora de la productividad empresarial y dentro de la propia financiación del Fondo Social Europeo. Y por su puesto las propias organizaciones sindicales, que destacan su necesidad y cuya implicación en estos procesos formativos han sido clave en determinados momentos, o las organizaciones empresariales y empresarios que destacan la necesidad de la formación como factor de mejora de la productividad de la empresa.

Cuando hablamos educación en el ámbito laboral nos estamos refiriendo a la formación de las trabajadoras y de los trabajadores, nos referimos de hecho al concepto de formación profesional en su más amplia concepción.

Pero, aunque esa necesidad de formación sigue presente a pesar de estas transformaciones como consecuencia de la globalización, el concepto de formación profesional no es estático, ha ido cambiando, mutando a lo largo de las últimas décadas, no sólo desde el punto de vista terminológico, sino también desde el punto de vista conceptual. La formación profesional concebido la década de los 80 ha ido evolucionando, pasando de esa proceso de transferencia de conocimientos con un marcado contenido técnico, desde punto de vista de las habilidades capacidades competencias y destrezas en referencia a las distintas actividades laborales, a ser un concepto más amplio que necesariamente comprende no sólo esas capacidades técnicas, sino también valores y principios, lo que tiene a nuestro juicio incidencia en la concepción de la formación profesional como derecho fundamental. Ni que decir tiene de los avatares terminológicos, en la década de los ochenta hablamos de formación profesional reglada y ocupacional, al inicio de los 90 de añadimos la formación continua, hoy hablamos de formación profesional para el empleo y del sistema educativo como subsistemas del sistema de la formación profesional, sin aludir al concepto de formación a lo largo de la vida tan presente hoy en día.

Sin embargo, no parece que estemos discutiendo demasiado sobre sí dentro del derecho de educación, es su concepción como derecho fundamental y como derecho fundamental inespecífico, debe reconocerse el derecho a la formación profesional en el ámbito laboral y cuál es su contenido y alcance, y eso es precisamente lo que queremos discutir y analizar con estas breves palabras.

El derecho a la educación -en su concepción como derecho fundamental inespecífico- ha sido escasamente tratado por la doctrina laboralista y por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional en su contenido laboral.

Es difícil encontrar documentos legales y doctrinales que hagan referencia a la educación de los trabajadores, sino que nos referimos a ella como formación o formación profesional. La formación profesional en España presenta una configuración-estructuración compleja que la hace a nuestro juicio presentar una dualidad en cuanto a su estructura competencial y que tiene importantes consecuencias a la hora de su concepción como derecho fundamental en el contexto español por la configuración del Título I, si bien no en el ámbito internacional, -no por su concepción dual, que también está presente-, sino por la distinta estructuración de los derechos fundamentales. Ámbito internacional que debemos analizar pues no olvidemos que los Tratados Internacionales ratificados por España son parámetro de interpretación de los derechos fundamentales en base al artículo 10.2 CE y como nos tiene dicho la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Esa dualidad nos ha hecho acercarnos a la formación profesional como parte del sistema educativo “reglado”, o de la administración laboral, en base a esa concepción prestacional del derecho a la educación, si bien olvidándonos que la “La capacitación profesional ya no es sólo un problema del sistema educativo, sino que forma parte también y cada vez más, del mundo del trabajo, concretándose en el puesto de trabajo, en el trabajo concreto”²².

La doctrina laboralista ha realizado importantes aportaciones en el contexto nacional sobre la formación profesional y su regulación en el derecho positivo, pero no en su concepción como derecho fundamental, donde si encontramos en el ámbito internacional. Pretendemos restringir nuestro análisis a investigar esa concepción de la formación profesional como derecho fundamental formado parte del contenido del derecho a la educación del artículo 27, o por el contrario si aun siendo un derecho fundamental debemos incluirla dentro del contenido de otros derechos reconocidos en la Constitución, como es el derecho al trabajo en su artículo 35.

En definitiva, la educación y la formación de nuestros trabajadores no es solo un proceso de aprendizaje de competencias, capacidades y habilidades, sino que es un proceso de lo que podríamos llamar “socialización técnica” que permite adquirir no solo conocimientos técnicos, sino valores por parte de la persona que desempeña una labor dentro de una relación laboral, pero que no pierde en ningún caso, su condición de ciudadano y ciudadano por el simple hecho de realizar un trabajo dentro del ámbito de la organización y dirección de una

²² ERMIDA URIARTE, O.; ROSENBAUM RÍMOLO, J.: Formación profesional en la negociación colectiva. Montevideo: Cinterfor, 1998, p. 16.

persona denominada empleador o empresario, y que por supuesto, no pierde esa condición ni dignidad, ni mucho menos cuando, carece del empleo en contra su voluntad.

2 EL SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN COMO FORMACIÓN PROFESIONAL

La labor de interpretación de los derechos fundamentales no es una tarea sencilla, por lo pronto, en su formulación destaca una nota característica, su generalidad o indeterminación²³. Nuestra Constitución, al igual que la mayoría de las constituciones de nuestro entorno, y la mayoría de los Tratados Internacionales sobre derechos fundamentales, recoge, o configuran en sí mismos, un catálogo de derechos fundamentales, donde es complicado determinar de esa redacción cuál es su significado o contenido concreto del derecho en cuestión.

En este proceso de interpretación de los derechos fundamentales se requiere la intervención de diversos actores, que van desde el poder legislativo, hasta los órganos jurisdiccionales encargado de la interpretación de la Constitución. Debiendo añadir en nuestro caso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE y 93-96 CE, los Tratados Internacionales sobre Derechos Fundamentales y la jurisprudencia de sus órganos de interpretación, los cuales se configuran como criterio de interpretación de estos derechos recogidos en nuestra Constitución.

Dentro de este proceso de interpretación juega un papel fundamental el denominado contenido esencial del derecho, debemos recordar que el artículo 53.1 CE señala que “sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”, se nos presenta así como “límite de posibles significados, como núcleo de certeza del derecho”²⁴. A lo que habría que añadir sin duda el papel que otorga la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al denominado principio de proporcionalidad, sin olvidar, que los derechos se interpretan en un tiempo y respecto a la realidad social donde se insertan.

La delimitación lingüística o terminológica está presente en la interpretación de los derechos fundamentales y con un plus si cabe, en este derecho a la educación que nos ocupa, desde una óptica del mercado laboral, y ¿por qué decimos esto?

²³ PECES-BARBAS MARTINEZ, G.: Lecciones de Derechos Fundamentales. Dykinson, Madrid, 2004, p. 305.

²⁴ PECES-BARBAS MARTINEZ G.: Lecciones de Derechos... op, Cit., p. 313.

Cuando en el mercado laboral, tanto dentro como fuera de las relaciones laborales en sentido estricto, es decir, del propio contrato de trabajo, hablamos de la necesidad de que las trabajadoras o trabajadores o incluso de esas personas que se encuentran en la propia periferia del mercado de trabajo -pues carecen de empleo-, deben tener una formación adecuada, deben tener capacidades y habilidades, deben tener competencias generales y técnicas, etc... Nos referimos a la necesidad de que estén formados y esta necesidad de formación no sólo se configura como una necesidad, sino que existe consenso social, institucional, político, académico, económico, etc... En el que esta formación se convierte en un elemento trascendental para conseguir el progreso en la carrera profesional –aun que posiblemente ya no en el puesto de trabajo sino en el mercado de trabajo-, así como la tan deseada inserción laboral. Pues bien, esta formación que tiene por objetivo formar para y en el mercado de trabajo nos referimos a ella como formación profesional.

En escasas ocasiones podremos encontrar en los textos legales y académicos especializados en derecho laboral o derecho al empleo, que ese proceso de aprendizaje o de enseñanza, es un proceso educativo, o es educación, sino que nos referimos a él, como un proceso formativo, como un proceso de cualificación, de adquisición de competencias, etc..., aunque somos conscientes que estamos abusando de una cuestión terminológica, pero es necesario para entender si la formación profesional, en su más amplia concepción, forma parte del derecho a la educación contenido en el artículo 27 CE, teniendo en cuenta que el TC considera a los efectos del artículo 27.1 que la enseñanza “es una actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimiento y valores”²⁵, incluyendo la necesidad de determinar qué tipo de formación se incluye en la misma, tanto dentro como fuera del contrato de trabajo, o incluso forma parte esencial de otros derechos.

El derecho a la educación se nos presenta -según afirma la STC 86/1985²⁶ - como “expresión omnicompresiva”, por el propio alcance que da el TC al contenido del mismo,

²⁵ STC 8/1981, en su fundamento jurídico 7º.

²⁶ La STC 86/1985, señala en sus fundamentos de derecho, punto 3º que “La pretendida vulneración del principio de igualdad de que en este punto nos ocupamos se conecta así con una concreta reglamentación del sistema subvencional a la educación y, por consiguiente, su análisis requiere algunas precisiones sobre la relación que media sobre los distintos preceptos incluidos en el art. 27 de nuestra Ley fundamental, pues mientras algunos de ellos consagran derechos de libertad (así, por ejemplo, apartados 1, 3 y 6), otros imponen deberes (así, por ejemplo, obligatoriedad de la enseñanza básica, apartado 4), garantizan instituciones (apartado 10), o derechos de prestación (así, por ejemplo, la gratuidad de la enseñanza básica, apartado 3) o atribuyen, en relación con ello, competencias a los poderes públicos (así, por ejemplo, apartado 8), o imponen mandatos al legislador. La estrecha conexión de todos estos preceptos, derivada de la unidad de su objeto, autoriza a hablar, sin duda, en términos genéricos, como denotación conjunta de todos ellos, del derecho a la educación, o incluso del derecho de todos a la educación, utilizando como expresión omnicompresiva la que el mencionado artículo

estamos ante un “descriptor omnicompresivo”²⁷, si bien, dentro del apartado primero se alude al derecho a la educación y a la libertad de enseñanza, debiendo entender ese derecho a la educación “como derecho a recibir la educación”²⁸ es en el aspecto que nos vamos a centrar en nuestro análisis.

A diferencia de otras Constituciones en el contexto europeo²⁹, no se recoge en dicho precepto una referencia a la formación profesional como parte de este derecho a la educación de todas las personas. Tampoco se hace referencia alguna a la formación profesional como un derecho en el artículo 35 CE cuando se refiere al derecho al trabajo, como también hacen alguna de las Constituciones europeas y del continente Americano³⁰. Aunque si encontramos la referencia a la formación profesional en el artículo 40.2 CE al señalar que “los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales”.

Por ello es necesario –aunque puede parecer una obviedad- partir de esa determinación lingüística para comprobar si a la vista de los Tratados Internacionales y la propia jurisprudencia emanada de los órganos encargados de su control³¹, como del derecho positivo español y de la interpretación del TC, si el derecho a la educación comprende la formación profesional, o forma parte de otro derecho fundamental y el significado, alcance y contenido de esta, pues como nos recuerda el profesor BARBAGELATA- el concepto de formación profesional plantea dificultades para determinar su significado “por la falta de acuerdo generalizado sobre lo que significa algo y por varios otros factores, como es el promiscuo de múltiples términos, que no siempre pueden considerarse sinónimos, y las dificultades suplementarias que derivan de la traducción a distintos idiomas”³².

3 CONTEXTO INTERNACIONAL: TRATADOS INTERNACIONALES

emplea como fórmula liminar. Este modo de hablar no permite olvidar, sin embargo, la distinta naturaleza jurídica de los preceptos indicados”.

²⁷ COTINO HUESO, L.: El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional, Centro de estudios , Políticos y Constitucionales, Cuadernos y Debates 221, Madrid, 2012, p. 8

²⁸ COTINO HUESO, L.: El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional...op. Cit., pp. 97-98.

²⁹ Es el caso de la Constitución de Grecia (artículo 16).

³⁰ Es el caso de las Constituciones de Italia (artículo 35^a), Portugal (artículo 58^o) o México (artículo 123^o) entre otras.

³¹ JIMENEZ QUESADA, L.: “Impacto práctico de la jurisprudencia del comité europeo de derechos sociales”, XXVII Jornadas catalanas de derecho del trabajo “in memoriam Profesor M.R. Alarcón”, Barcelona 17-18 marzo de 2016, p. 2.

³² BARBAGELATA, H.H.: Formación y legislación del trabajo, Montevideo, CINTEFOR, 2003, p. 19.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (DUDH), en su artículo 26 recoge el derecho a la educación de todas las personas. En dicho artículo precisamente se comienza reconociendo el derecho de todos a la educación que comprende no solo una educación elemental y superior, sino también un educación técnica y profesional, es decir formación profesional.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (PIDESC) que supone la materialización de los derechos recogidos en la DUDH³³, recoge en su artículo 13, el derecho de toda persona a la educación, estableciendo lo que parece una clasificación de los niveles de enseñanza entre enseñanzas primaria, secundaria y superior, e incluye dentro de la enseñanza secundaria todas las posibles formas que pueda adoptar, incluida la técnica y profesional. Desde nuestro punto de vista, está haciendo referencia a la formación profesional que se incluye dentro de los sistemas educativos reglados e impartidos por la denominada Administración educativa no es encajada plenamente en la formación profesional que se pueda dar, en el ámbito laboral pues se refiere, en nuestra opinión al sistema reglado de lo que conocemos como la administración educativa.

Ahora bien, podemos acudir al artículo 6 del PIDESC en donde si encontramos dentro del derecho a trabajar, como, entre las medidas necesarias a adoptar por cada uno de los Estados partes del Pacto, y para lograr la efectividad del derecho a trabajo, se encuentra la orientación y formación técnico profesional, ahora sí claramente con una clara vocación hacia el mercado laboral y las propias relaciones laborales.

Como puede observarse, nos encontramos como se reconoce el derecho a la formación profesional en los dos Tratados Internacionales mencionados, si bien, como parte del contenido esencial de dos derechos, al de la educación y del derecho al trabajo, como pone de manifiesto el profesor BARRETTO³⁴ y la Observación general nº 13 sobre el derecho a la educación, adoptada por el Comité Económico, Social y Cultural de las Naciones Unidas en 1999³⁵ (CDESC).

La inclusión del derecho a la formación profesional como parte de uno u otro derecho, y por ello de su contenido esencial, no es exclusivo de estos dos Tratado, ya que como luego

³³ MONEREO PÉREZ, J.L.: “¿Qué sentido jurídico-político tiene la garantía del derecho al trabajo en la sociedad del riesgo?”. Temas laborales núm. 1 26/2014, p. 51.

³⁴ BARRETTO GHIONE, H.: “Evolución y significación de la constitucionalización e internacionalización del derecho a formación profesional”. En BARBAGELATA (Ed.), H. H., BARRETTO GHIONE, H. y HENDERSON, H.: El derecho a la formación profesional y las normas internacionales, Montevideo, CINTERFOR, 2000, p. 24.

³⁵ Observación general nº 13: El derecho a la educación (artículo 13), adoptada por el Comité Económico, Social y Cultural de las Naciones Unidas en 1999, párrafo 15. <https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-13-derecho-educacion-articulo-13>.

veremos, también se produce en otros. Desde esta óptica, incluir la formación profesional como parte del contenido del derecho a la educación, es coherente por varios motivos, por lo pronto, la enseñanza es un proceso de aprendizaje o como nos dice el Tribunal Constitucional “es una actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimiento y valores”³⁶, afirmación extensible a la formación profesional, por lo que ambos son un proceso de aprendizaje, o como dice el profesor BARRETO³⁷ respecto a la formación profesional o técnica “su presencia habrá de advertirse como manifestación del derecho a la educación”. Por el otro lado, incluir a la formación profesional como parte del derecho al trabajo –y como luego comprobaremos en otros Tratados- se refiere normalmente como un instrumento o herramienta necesaria para la consecución del citado derecho³⁸. Ahora bien, no debe existir inconveniente jurídico en reconocer también su inclusión en el derecho al trabajo, opción que se produce como luego veremos en otros Tratados. Este planteamiento no nos debe “desviar” del reconocimiento de la formación profesional como derecho fundamental, si bien como analizaremos en otro apartado, es necesario determinar si dentro del concepto de formación profesional debe incluir al efecto de su consideración como un derecho fundamental todo tipo de formación profesional o técnica, tanto dentro como fuera del contrato de trabajo o del propio mercado de trabajo.

Respecto al alcance y contenido de estas enseñanzas profesionales y técnicas a las que hace referencia el artículo 13 del PISEC en y la interpretación dada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) en sus observaciones generales n° 13 sobre la aplicación del PISEC tiene establecido que “la enseñanza técnica profesional constituye un elemento integral de todos los niveles de la enseñanza”, advirtiéndonos, por cierto, que esta perspectiva está recogido en los propios Convenios 142 y 117 de la OIT, no olvidemos que la OIT es una de las organizaciones que integran Naciones Unidas, por lo que las referencias a dichos convenios se antoja pertinente³⁹.

Pero sin duda, nos debe resultar interesante para comprender el alcance del concepto de la formación profesional en el ámbito del PISEC, el punto 16 de las citadas observaciones generales, en el que el CDESC hace suya la definición de enseñanza técnica y profesional

³⁶ STC 8/1981, en su fundamento jurídico 7º.

³⁷ BARRETTO GHIONE, H.: “Evolución y significación de la constitucionalización e internacionalización del derecho... op. Cit., p. 24.

³⁸ BARRETTO GHIONE, H.: “Evolución y significación de la constitucionalización e internacionalización del derecho... op. Cit., p. 24.

³⁹ COMITE DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observaciones Generales n° 13 (21º periodo de sesiones, 1999. Punto 15, p. 5.

recogida en el Convenio de la Unesco del año 1989 sobre la Enseñanza Técnica y Profesional en la que se define como “todas las formas y niveles del proceso de educación que incluye, además de los conocimientos generales, el estudio de las técnicas y de las disciplinas afines, la adquisición de habilidades prácticas, de conocimientos prácticos y de actitudes, y la comprensión de los diferentes oficios en los diversos sectores de la vida económica y social”⁴⁰.

Y aunque no se cita en estas observaciones generales nº 13, el citado Convenio del año 1989 añade en el mismo artículo en el que nos define la formación profesional que “la presente Convención se aplica a todas las formas y niveles de enseñanza técnica y profesional que se imparte en establecimientos docentes o mediante programas cooperativos organizados conjuntamente por establecimientos docentes, por un lado, e instituciones industriales, agrícolas, comerciales o cualquier empresa vinculada al mundo laboral, por el otro”⁴¹

Siguiendo con las observaciones nº 13, nos sigue precisando sobre qué aspectos debemos incluir dentro del concepto de formación profesional y técnica, al señalar que el “derecho a la enseñanza técnica y profesional abarca aspectos tales como”: la capacitación de los estudiantes para que puedan adquirir conocimientos y competencias que permite aumentar la productividad de sus familias y comunidades, comprendiendo el propio desarrollo social y económico del estado; las competencias, aquella que permita adquirir los conocimientos y los niveles de calificación necesarios en los diversos sectores de la economía, la higiene y la seguridad laboral; aquella que se ocupa de los procesos de reciclaje de las personas adultas cuyo conocimientos y competencias puede haber quedado desfasados por los procesos de cambio tecnológico económicos laborales o incluso sociales; para terminar incluyendo cualquier programa formativo encaminado a proveer las enseñanzas destinadas a las mujeres las líneas los jóvenes no escolarizados los jóvenes sin empleo los hijos de trabajadores migrantes los refugiados las personas con discapacidad en definitiva los grupos desfavorecidos en cuanto al acceso al mercado laboral⁴².

Como podemos comprobar hace del derecho a la formación profesional y técnica un derecho de toda persona, dando cabida prácticamente la totalidad de la formación que puede

⁴⁰ COMITE DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observaciones Generales... op. Cit., punto 16, p. 5. Es necesario aclarar que este Convenio no ha sido ratificado por España. Sin embargo debemos tenerlo en cuenta, ya que en las observaciones generales nº 13 sobre el PSEC hace suya la definición de formación profesional.

⁴¹ Convenio sobre la Enseñanza Técnica y Profesional 1989. http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13059&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html#STATE_PARTIES.

⁴² COMITE DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observaciones Generales... op. Cit., punto 16, pp. 5-6.

impartirse en el ámbito de un Estado, desde la reglada en el sistema educativo o laboral, incluido la que se puede impartir en el ámbito del mercado laboral y de las relaciones laborales.

Siguiendo en el ámbito de Naciones Unidas, pero ya dentro de su organismo especializado en el Derecho del Trabajo como es la Organización Internacional del Trabajo OIT, que como nos recuerda el Tribunal Constitucional -STC 38/81- su Convenios, ratificados por España, son invocables en la interpretación de derechos y sus Recomendaciones son textos orientativos, podemos comprobar como la formación, desde los propios orígenes de dicha Organización, es una preocupación constante. Su Constitución reconoce, de entrada, la necesidad de mejorar la organización de la enseñanza profesional y técnica, la propia declaración de Filadelfia del año 44 se manifiesta igualmente sobre la necesidad de mejorar la formación profesional de los trabajadores.

En la actualidad debemos acudir tanto al Convenio 142 y la Recomendación número 195 para intentar acercarnos al concepto de formación profesional y su concepción como un derecho para todos. Por lo pronto, el artículo 1 del Convenio 142 obliga a los Estados miembros no solo a diseñar políticas -y aplicarlas- sobre formación profesional, sino también programas completos de formación profesional, y para el cumplimiento de esta obligación del desarrollo de programas y políticas se establece en el artículo 2 del Convenido la necesidad de “desarrollar sistemas abiertos flexibles y complementarios de enseñanza general técnica y profesional... tanto dentro del sistema oficial de enseñanza como fuera de éste”. Siguiendo esta línea, la Recomendación 195 recoge que los Estados miembros deberían reconocer que “la educación y la formación son un derecho para todos...”.

En su Estudio General sobre los instrumentos relativos al empleo del año 2010, la OIT puso de manifiesto como la enseñanza y la formación técnica y profesional debe incluirse como parte integrante de la educación General⁴³

En cuanto al alcance dado a este derecho fundamental reconocido por la OIT a la formación profesional son clarificadores, por una lado, el punto 136 de este del aludido Estudio General sobre los instrumentos relativos al empleo del año 2010, en el que se pone de manifiesto como el ámbito de aplicación del Convenio 142 es amplio, ya que de acuerdo con los artículos 2 y 4 debe entenderse incluida cualquier sistema de enseñanza técnico y profesional y de formación profesional tanto dentro del sistema oficial de enseñanza de cada

⁴³ Estudio general sobre los instrumentos relativos al empleo a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa. Informe III (Parte 1B). 99º reunión, Ginebra 2010, p. 37. www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/-relconf/documents/meetingdocument/wcms_123393.pdf.

Estado como fuera de este. A este respecto la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) puso de manifiesto como “el ámbito de aplicación material y personal de los instrumentos es particularmente amplio, pues de los artículos 2 y 4 del Convenio se desprende claramente que son objeto de los instrumentos todos los sistemas de enseñanza, de orientación y de formación profesionales, independientemente de que las actividades se desarrollen dentro del marco del sistema escolar o fuera del mismo. Las normas abarcan todos los sectores y las ramas de la actividad económica, todos los niveles de calificación y de responsabilidad, y además son aplicables tanto a los jóvenes como a los adultos (artículo 4) - sean o no sean asalariados - y sin discriminación alguna (artículo 1, párrafo 5), aun tratándose de categorías tan diversas como las citadas en la Recomendación n° 150, a saber, hombres y mujeres, trabajadores de zonas rurales o urbanas, trabajadores de edad avanzada, minusválidos, trabajadores migrantes y personas que forman parte de minorías lingüísticas y de otra naturaleza”⁴⁴.

Aunque no se refiere al concepto de formación en sentido estricto, sino nos muestra el alcance que se debe dar al contenido del Convenio, donde si se incluye la formación profesional.

Siguiendo nuestro recorrido sobre los Tratados Internacionales nos centramos ya en el contexto europeo a través del Consejo de Europa, organización internacional de la que forman parte en la actualidad 47 Estados miembros.

Del Consejo de Europa, como Organización Internacional creada en mayo de 1949, emanan dos Tratados Internacionales de vital importancia en el ámbito de los derechos fundamentales en el contexto regional europeo. Por un lado, tenemos el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950, el cual creó –es necesario citar- el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia tiene “una especial incidencia como canon interpretativo vinculante de la configuración de los derechos humanos contenidos”⁴⁵ en el CEDH. Y por otro lado, la Carta Social Europea, aprobada en Turín el 18 de octubre de 1961, el cual prevé como órgano de control de su aplicación al Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS).

⁴⁴ CEACR (78° Reunión). Desarrollo de los Recursos Humanos. Estudio general de las memorias relativas al Convenio n° 140 y a la Recomendación n° 148 sobre la licencia pagada de estudios, 1974, y al Convenio n° 142 y a la Recomendación n° 150 sobre desarrollo de los Recursos Humanos. 1999, punto 60, p. 19.

⁴⁵ MARTINEZ MIRANDA, M. M.: “La jurisprudencia social del Tribunal europeo de Derechos Humanos”. Lex Social, vol. 6, n° 1, 2006, p. 356.

La Carta Social Europea, en palabras de la doctrina, es considerada como complemento del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁶. Sin embargo esta complementariedad podría percibirse como una cierta dualidad o fragmentación de los derechos fundamentales, antes al contrario ya que se deben concebir en “clave de indivisibilidad de todos los derechos humanos y de la imbricación entre la democracia social y la democracia política”⁴⁷, el propio TEDH -en palabras de CARRILLO SALCEDO - “ha llevado a cabo, a través de sus decisiones un extraordinario esfuerzo orientado hacia la superación de la dualidad derechos civiles y políticos, de un lado, y derechos económicos y sociales, de otro”⁴⁸, poniendo como ejemplo como la sentencia Airey, de 9 de octubre de 1979, el Tribunal sostuvo que en el ámbito del convenio europeo de derechos humanos “ninguna mampara estanca separa a los derechos civiles y políticos de los derechos económicos y sociales”.

Aunque el CEDH en su concepción inicial se dirigía a proteger derechos fundamentales civiles y políticos, no pueden obviarse dos cuestiones, la indivisibilidad de los derechos fundamentales –como hemos dicho- y es que además no renunció a incorporar a su articulado ciertos derechos de contenido social como era el derecho de asociación o la prohibición de trabajo forzoso.

Dicho esto, debemos esperar a la incorporación al CEDH del protocolo adicional de 20 de abril de 1952, para añadir a este elenco de derechos protegidos, el derecho a la educación, al prever en su artículo 2, el derecho de todos a la educación y la enseñanza. Incorporación sin duda en términos generales y amplios en los que sin duda tiene cabida la formación profesional, pues al defender el carácter complementario entre CEDH y la CSE, esta vez sí que recoge expresamente en el artículo 14 en el derecho a la formación profesional, así como en otros artículos que de manera indirecta se refiere a la misma.

Por lo pronto, la doctrina destaca respecto a la Carta Social Europea que se configuran como el tratado internacional más importante⁴⁹ y emblemático⁵⁰ desde un punto de vista de

⁴⁶ Entre otros, RODRIGUEZ PIÑERO, M: “La Carta Social Europea y la problemática de su aplicación”. Revista de política social, 1978, nº 118, pp. 6 y 7 y SALCEDO BELTRAN, M^a C.: Negociación colectiva, conflicto laboral y carta social europea. Albacete, 2014, Bomarzo, p. 18.

⁴⁷ JIMENEZ QUESADA, L.: “Impacto práctico de la jurisprudencia del comité europeo de derechos sociales”... op. Cit., p. 3.

⁴⁸ CARRILLO SALCEDO, J.A.: “Protección de los derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales”, Revista de Instituciones Europeas, vol. 18, nº 2, 1991, p. 434.

⁴⁹ SALCEDO BELTRAN, M^a C.: Negociación colectiva, conflicto laboral y carta social europea... op Cit., p. 17

⁵⁰ JIMENEZ QUESADA, L.: “Impacto práctico de la jurisprudencia del comité europeo de derechos sociales”... op. Cit., p. 3.

derechos sociales fundamentales o como ha puesto de manifiesto BELORGEY “la carta social del consejo de Europa constituidas sin lugar a dudas, el instrumento internacional que contiene el más completo catálogo de los derechos sociales”⁵¹.

Y es que la Carta Social Europea – debemos recordar- es un Tratado Internacional vinculante para España desde su ratificación –STC 23/83-, como lo son las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), por lo que es necesario acudir tanto al articulado de la CSE como a la propia jurisprudencia del CEDS.

La CSE dedica su artículo 10 de su Parte II –monográficamente- a la formación profesional y comienza reconociendo el derecho de todos a la formación profesional y técnica, debiendo destacar como ya la CSE no se refieren a la formación profesional y técnica como parte del derecho a la educación sino que la reconoce ya abiertamente con una autonomía propia dentro de los derechos fundamentales de todos y es que el propio CEDS nos recordó tempranamente como la CSE es el primer Tratado Internacional que reconoce el derecho a la Formación Profesional como tal⁵². En definitiva, se está reconociendo el derecho a la educación de todos en el ámbito o el entorno laboral, lo que en cierta manera corrobora como desde el punto de vista terminológico, cuando hablamos de educación en entornos laborales, estamos hablando de formación profesional, lo que implica como ya hemos señalado que la formación profesional es “una manifestación del derecho a la educación”, como cualquier otro tipo de enseñanza. De ahí que, desde nuestro punto de vista se habla abiertamente ya no de la educación de los trabajadores o trabajadoras, sino de la formación profesional y técnica de los mismos.

No es la única referencia la formación profesional y técnica que podemos encontrar en la CSE, el mismo artículo 1 recoge, que para hacer efectivo el derecho al trabajo, se debe promover la formación y readaptación profesional, lo que también la sitúa en el ámbito del derecho al trabajo, en este sentido, MONEREO PÉREZ ha puesto de manifiesto como el artículo 1 de la CSE (Revisada, Estrasburgo, 3 de mayo de 1996, Consejo de Europa), “garantiza en el art.1 la formulación más fuerte del “derecho al trabajo” en la tradición de la cultura de los derechos del constitucionalismo democrático-social. Pero además dotándolo de un contenido esencial y de garantías de efectividad en su realización”⁵³, del que forma parte

⁵¹ BELORGEY, J-M.: “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: El Comité Europeo de Derechos Sociales”. Revista de Derecho Político, UNED, nº 70, 2007, p. 349.

⁵² Comité Europeo de Derechos Sociales: Conclusiones I - Declaración de interpretación - Artículo 10. Fecha de publicación: 31/05/1969. Periodo de Referencia: 01/01/1965 - 31/12/196.

⁵³ MONEREO PÉREZ, J.L.: “¿Qué sentido jurídico-político tiene la garantía del derecho al trabajo en la sociedad del riesgo?”, Temas Laborales núm. 1 26/2014, p. 74.

en virtud del apartado cuarto “formación y readaptación profesional adecuada”. O como el artículo 15 reconoce el derecho de las personas con discapacidad a la formación profesional.

En definitiva, la CSE hace un tratamiento específico y amplio del derecho a la formación profesional y técnica de todos como un derecho fundamental de las personas.

En cuanto al alcance que debemos dar al concepto de formación profesional a la vista de lo dispuesto en la Carta Social Europea, de su texto se puede interpretar que estamos ante un concepto amplio que da cabida a diversos tipos de formación, incluida la formación en el ámbito de las relaciones laborales y por supuesto del mercado de trabajo. Y ese es el sentido de debemos entender por las inclusiones que el propio artículo 10 CSE recoge cuando prevé la necesidad de asegurar o favorecer la formación de trabajadores adultos; servicios que permita la reconversión profesional de trabajadores adultos, bien por necesidades técnicas de sus puestos o bien por cambios en el mercado de trabajo; la consideración de horas de trabajo al tiempo que se dedique a los cursos suplementarios de formación que sigue el trabajador en su empresa y a petición del empleador.

Respecto al alcance que debemos otorgar a este derecho fundamental a la formación profesional y técnica reconocida en el artículo 10 de la CSE, la jurisprudencia del Consejo Europeo de Derechos Sociales (CEDS) estableció en sus Conclusiones en el año 2003 que dicho derecho abarca desde la formación inicial, educación secundaria - General y profesional-, la educación superior universitaria y no universitaria, así como la formación profesional que pueda ser organizada tanto por actores públicos como privados incluida la denominada formación continua⁵⁴.

En esas conclusiones, el CEDS también nos añade en un elemento trascendental para determinar qué tipo de formaciones se recogen dentro del derecho fundamental a la formación profesional, y es que sostiene que los Estados deben proporcionar formación profesional a las personas a través de la enseñanza secundaria superior y otras fórmulas de formación profesional, pero lo que es más importante para nosotros, considera necesario que los Estados deben introducir sistemas que permitan la certificación de los conocimientos adquiridos a través de la experiencia profesional al objeto de obtener una certificación profesional⁵⁵.

⁵⁴ Conclusiones 2003, Francia, artículo 10.1 párrafo 1º, p. 131. Citado en European Committee of Social Rights (2008), “Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights”, 1 september, p. 75. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168049159f>.

⁵⁵ Conclusiones 2003, Francia, artículo 10.1 párrafo 1º, p. 131. Citado en European Committee of Social Rights (2008); op. Cit., p. 75.

Y es fundamental para nuestro análisis, ya esta interpretación, que consideramos inmejorable, está dejando entrever como la experiencia profesional o actividad profesional debe convertirse en un itinerario formativo en sí misma, puesto que al establecer sistemas de certificación de la formación a través de la experiencia profesional qué duda cabe que la estamos convirtiendo en un itinerario formativo de manera indirecta y ahí el empresario juega un papel trascendental, que desconoce la mayoría de las ocasiones, pero que es un papel decisivo para el cumplimiento del derecho a la formación profesional en el ámbito laboral y de las relaciones laborales en sentido estricto. Pero es que, además, como observaremos –y quizá nos adelantamos- en el contexto jurídico español esta posibilidad existe y es real, por lo que las trabajadoras y trabajadores pueden obtener una certificación y acreditación de sus competencias profesionales, al objeto de acreditar sus cualificaciones profesionales, pudiendo este proceso desembocar en un título académico o profesional.

Interesante también es observar como el CEDH al interpretar el apartado 4º del artículo 10, sobre la necesidad de incluir en el tiempo de trabajo las horas dedicadas a la formación complementaria, establece que *“supplementary training means any kind of training that may be helpful in connection with the current occupation of the workers and aimed at increasing their skills”*, matizando que el término durante el empleo significa precisamente que el trabajador se encuentra dentro de una relación laboral donde el propio empleador le requiere esa formación. A pesar de que este apartado y la propia interpretación del CEDH⁵⁶, se refiere a formación complementaria al ser dentro de la relación laboral y a requerimiento del propio empresario, desde nuestro punto de vista es también formación profesional pues tiene su encaje dentro del concepto de formación profesional del artículo 10 (es artículo 10 en definitiva) y por otro lado no se nos puede escapar que no toda la formación que se da en el ámbito de las relaciones laborales es a voluntad del empresario, si no que puede derivar del propio negociación colectiva o por imperativo legal que obliga al empresario.

Al igual que afirmamos respecto a la Organización Internacional del Trabajo, la Unión Europea ha mostrado desde sus orígenes una especial preocupación por la formación de las personas tanto en el ámbito académico, como laboral, proceso histórico que ha visto sucesivas etapas y que esta inconcluso.

⁵⁶ European Committee of Social Rights (2008), “Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights”, 1 september, p. 80.
<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168049159f>.

Ahora bien, la recepción y tratamiento de la formación profesional como un derecho social fundamental de la Unión Europea, como el resto de derechos fundamentales, en un catálogo expreso no tubo –como sabemos- cabida en los Tratados constitutivos. No podemos, por lo limitado de nuestro análisis, y porque en definitiva tampoco es el objetivo del mismo, observar el largo camino que ha supuesto el reconocimiento de manera formal dentro de la Unión Europea de los derechos fundamentales entendido como un catálogo expreso⁵⁷, adentrarnos en dicho proceso. Ahora bien, al analizar la formación profesional como un derecho fundamental de las trabajadoras y de los trabajadores en el ámbito de la Unión Europea nos estamos refiriendo –de manera general- a ese proceso de incorporación de los derechos fundamentales como un catálogo en el ámbito de la Unión Europea, pero reducido a tres contribuciones o circunstancias producidos en dicho proceso. La importante aportación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el papel de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores del año 1989 y fundamentalmente la aprobación y posterior incorporación a los Tratados de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Como hemos dicho, en la redacción inicial de los Tratados constitutivos no se recogió un catálogo de derechos fundamentales a imagen y semejanza a otros Tratados Internacionales o incluso a alguna de las Constituciones de los Estados miembros. Pero también sabemos que se incorporan ciertos derechos de contenido social a sus textos originales, escasos y residuales, pero se incorporan, al fin y al cabo. Ausencia que parece justificarse por la garantía que ofrecían las propias Constituciones de los Estados miembros y el CEDH, ya que los Estados miembros estaban adheridos al mismo⁵⁸.

Paralelamente –desde finales de los años 60 del siglo pasado- el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) a pesar de ciertas posiciones iniciales “titubeantes”⁵⁹, lo cierto es que a través de la importante sentencia Stauder, vino a afirmar claramente que los derechos fundamentales son parte de los principios generales del derecho comunitario cuyo

⁵⁷ Para un conocimiento y análisis de dicho proceso, vid., por todos VALDÉS DAL-RÉ, F.: El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras. Bomarzo, 2016; MONEREO PÉREZ, J.L.: La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo. Bomarzo, 2009; MANGAS MARTÍN, A.: Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Comentarios artículo por artículo. Fundación BBVA. Bilbao, 2008.

⁵⁸ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Una lectura social de sus disposiciones generales”, en Balance y perspectivas de la política laboral y social Europea. XXVII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editorial: Cinca, Madrid 2017, p. 71.

⁵⁹ MANGAS MARTÍN, A.: Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Comentarios artículo por artículo. Fundación BBVA. Bilbao, 2008, p.33.

respeto debe asegurar el Tribunal. Es decir, da entrada a los Derechos Fundamentales en el ámbito de la Unión por la vía de los principios generales del derecho.

De entre esos derechos iniciales se encuentra el derecho a la formación profesional. La redacción inicial del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea en su artículo 128 hacía referencia a la formación profesional cuando señaló la necesidad de establecer unos principios comunes para la elaboración de política común de formación profesional dentro de la Comunidad. Sin olvidar la necesaria referencia a la previsión de la creación del Fondo Social Europeo que se ha concebido a lo largo de su historia como la principal fuente de financiación para el desarrollo por parte de los Estados -y dentro de ellos de las propias empresas e instituciones publico privadas- de acciones de formación dirigida a trabajadoras y trabajadores en todos los ámbitos, no olvidemos, en este sentido, que desde punto de vista de los derechos sociales fundamentales -concebidos como derechos prestacionales- tanto desde punto de vista jurisprudencial como el punto de vista doctrinal se hace énfasis que estos derechos se prestan en función de la capacidad de las distintas poderes públicos para poder prestarlos, supeditando el cumplimiento de estos derechos fundamentales a cuestiones presupuestarias, técnicas, organizativas, et... algo que cuanto menos es susceptible de crítica ya que como pensamos un derecho fundamental se encuentra dentro de la esfera jurídica de las personas y por lo tanto su exigibilidad desde un punto de vista positivo -hacer- o negativo -no impedir-, no puede estar supeditado en ningún caso a disponibilidad presupuestaria y organizativa pues no olvidemos que todo presupuesto u organización de una institución pública tiene un componente ideológico, por lo que en cierta manera estaríamos supeditando los derechos fundamentales a una cuestión ideológica del gobierno de turno.

Ese segundo “hito” al que hacíamos referencia para referirnos a ese “catálogo de derechos sociales fundamentales” es la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores del año 1989. Como sabemos, no todos los Estados miembros firmaron dicha carta y además la carta no tenía un “efecto legal vinculante”⁶⁰ y por ello la Carta “no modifica en nada la situación jurídica existente”⁶¹. A pesar de esta ausencia de carácter normativo lo cierto es que “debe atribuírsele un lugar privilegiado en la evolución

⁶⁰ CURTIN, D.: “Prospects for a European Social Policy”, en *The Future of European Social Policy*, Deventer-Boston, 1991, pág. 163; citado en ALONSO OLEA, M.: “La Unión Europea y la política social”; en AA. VV.: “España y la Unión Europea. Consecuencias del Tratado de Maastricht”, Ed. Plaza & Janés, Madrid, Barcelona.1992, p. 48.

⁶¹ PAPANDREOU, V.: “Prefacio al número 1/92 de *Europe Sociale*, destinado al primer informe sobre la aplicación de la Carta”; citado en ALONSO OLEA, A.: “La Unión Europea y la política social”; en AA. VV.: “España y la Unión Europea. Consecuencias del Tratado...”, op. Cit., p. 48.

del reconocimiento de una concreta categoría de derechos fundamentales en el espacio de la UE”⁶².

Se reconoce en su Título I, apartado 15, el derecho de todos los trabajadores a la Formación Profesional, para lo cual se establece la necesidad de que no sólo sea las autoridades públicas las que se encargue de establecer los mecanismos e instrumentos necesarios para dar cumplimiento a dicho derecho, sino también a las propias empresas e interlocutores sociales, cuestión muy importante en el ámbito de los derechos sociales fundamentales ya que teóricamente no solo se estaba estableciendo una obligación para los poderes públicos sino también para personas privadas.

La referencia expresa a la formación profesional de las trabajadoras y trabajadores es decir a la formación en el ámbito laboral, implica dedicar un artículo expreso y exclusivo a la formación profesional, lo que viene a corroborar -como ya hiciese la Carta Social Europea- que cuando hablamos de educación en el ámbito laboral estamos haciendo referencia a la formación profesional, pues tanto una como otra carta es un catálogo de derechos sociales fundamentales referidos al ámbito laboral de ahí su referencia no a la educación sino la formación profesional.

No podemos dejar de hacer mención dentro de esta Carta, al apartado dedicado a “la protección de los niños y los adolescentes” en el que en su apartado 20 hace referencia a la formación como medio para garantizar la inserción profesional o como se pone de manifiesto en el apartado 23, que los jóvenes deberían poder beneficiarse, cuando cabe su etapa de educación obligatoria, de una formación profesional inicial de duración suficiente debiendo, la cual debería impartirse durante la jornada de trabajo. A lo que hay que añadir el apartado dedicado a trabajadores discapacitados donde se reconoce la necesidad de poder beneficiarse de la formación profesional.

Aunque nuestro recorrido en este sistema de derechos fundamentales -que nos hemos impuesto- en el ámbito de la Unión Europea nos llevaría a estudiar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea lo cierto es que no nos resistimos hacer una breve referencia al Tratado de Ámsterdam, que supuso un paso muy importante en materia de política social en el ámbito de la Unión Europea, y que además tuvo una especial incidencia en el ámbito de la formación profesional, que en definitiva es el tema que nos ocupa.

⁶² VALDÉS DAL-RE, F.: El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras. Bomarzo, 2016, p. 31.

Con la entrada en vigor el Tratado de Lisboa en el año 2009, el artículo 6.1 TUE otorga a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea “el mismo valor jurídico que los Tratados”, no se produce una incorporación al texto del Tratado de la Unión Europea, sino el “sometimiento del TUE a dicha Carta de Derechos Fundamentales como texto externo del mismo rango que el Sistema de los Tratados europeos”⁶³. Independientemente de este hecho lo cierto es que la Carta se “reviste de fuerza vinculante”⁶⁴.

La CDFUE reconoce en su artículo 14 el derecho a la educación, como catálogo general dedicado a los derechos fundamentales –a diferencia de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores del año 1989, que lo hace a una parte de ellos-, se refiere al derecho a la educación en sentido general, si bien incluye expresamente en dicho derecho, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado primero del citado artículo 14, el derecho de toda persona a “la educación y el acceso a la formación profesional y permanente”. Si podemos remitirnos a los propios debates previos a la redacción de la Carta en la que tras intensos debates sobre la redacción del artículo sobre el derecho a la educación y varias propuestas de redacción lo ciertos es que si se consiguió un consenso temprano sobre la conveniencia de incluir en el mismo artículo del derecho educación el derecho de formación profesional⁶⁵, identifica por ello en el contenido esencial de dicho derecho a la educación a la formación profesional.

La formación profesional se configura como un derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea, si bien es necesario determinar el alcance de “esa” formación profesional, para determinar qué tipo de formación profesional tiene cabida bajo dicho “paraguas”, y para ello acudimos no solo a los texto analizados, sino que debemos acudir a la importante contribución- que como ya hemos dicho- ha realizado el TJUE en el ámbito de los derechos fundamentales, y acudimos precisamente para intentar delimitar si dentro de ese derecho fundamental a la formación profesional están contenidas todo tipo de formación profesional, la impartida en el ámbito de la administración educativa, administración laboral, las empresas, dentro del convenio colectivo o fuera de los convenios, organizaciones empresariales, organizaciones sindicales, etc...

Por lo pronto, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de los trabajadores -que aunque debemos insistir en su naturaleza jurídica no

⁶³ MONEREO PÉREZ, J.L.: La protección de los derechos fundamentales..., op. Cit., p. 176.

⁶⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F.: El constitucionalismo laboral europeo y la protección..., op. Cit., p. 31.

⁶⁵ MARTIN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: “Artículo 14. Derecho a la Educación”. En MANGAS MARTÍN, A.: Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Comentarios artículo por artículo. Fundación BBVA. Bilbao, 2008, p.311.

vinculante- lo cierto es que su artículo 15 cuando se refiere a la formación profesional ya nos aclara que se está refiriendo a un concepto amplio de formación profesional pues nos dice “en su párrafo primero la necesidad de que todo trabajador en el ámbito de la Unión Europea pueda beneficiarse de la misma a lo “largo de su vida activa”, lo que necesariamente debe incluir la formación que pueda recibir en el ámbito de la relación laboral y bajo la dirección del empresario, o fuera de la misma.

Sigue añadiendo en consonancia con su primer párrafo que “Las autoridades públicas competentes, las empresas o los interlocutores sociales, cada uno en el ámbito de su competencia, deberían establecer los mecanismos de formación continuada y permanente que permitan a toda persona reciclarse, en particular mediante permisos de formación, perfeccionamiento y adquisición de nuevos conocimientos, teniendo en cuenta, particularmente, la evolución técnica”, donde nuevamente puede tener cabida prácticamente toda la formación que un trabajador pueda recibir, tanto de poderes públicos como en el ámbito empresarial fuera y dentro de los propios convenios e independientemente de quien la imparta.

Si es cierto que la CDFUE es poco “explicativa” respecto a que debemos entender comprendido dentro de la formación profesional, pero si nos dice que ese derecho comprende la formación profesional y permanente, añade por ello el concepto de permanente, en lo que debe entenderse como una referencia utilizada actualmente “a lo largo de la vida”. Y que supone –a nuestro juicio- incorporar una concepción amplia de la formación profesional en línea con la propia jurisprudencia del TJUE

Y es que, en el ámbito de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea si encontramos lo que podemos considerar como una definición de la formación profesional ya que a la través de la sentencia Gravier, nos define –en su fundamento de derecho 30- la formación, considerando como tal “toda modalidad de enseñanza que prepare para adquirir una capacitación para una profesión, oficio o empleo específicos, o confiera la aptitud necesaria para ejercer dicha profesión, oficio o empleo, está comprendida en la formación profesional, aunque el programa de estudios incluya una parte de formación general”⁶⁶.

⁶⁶ STUE de 13 de febrero de 1985, asunto 295/83. Gravier. <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d6101c7278b3d7406ea008e85128f00392.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyLc3n0?text=&docid=92897&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=85933>.

En esta línea interpretativa realizada por el TJUE, se puede traer a colación la sentencia de 11 de junio de 1991⁶⁷ en la cual, en el ámbito de discusión sobre un programa desarrollado por la Unión Europea denominado Comet II, el TJUE concluye, frente a la alegación realizada por los Estados demandantes en la que se sostenía que en el ámbito de desarrollo de dicho programa las acciones formativas debían considerarse como formación continua, pues se destinaban al perfeccionamiento profesional de sus destinatarios, el TJUE concluye que el concepto de formación profesional no establece una distinción entre inicial, continua o permanente por lo que la exclusión de la formación continua o permanente destinada al perfeccionamiento profesional del concepto de formación profesional supondría una arbitrariedad. Confirmado lo ya recogido en la citada sentencia Gravier.

Es por ello, que desde el punto de vista del TJUE, lo importante para considerar la formación, como formación profesional, es que permita a la persona recibir y adquirir conocimientos y habilidades que le capaciten para realizar una profesión u oficio. Concepto sin duda amplio de lo que debemos entender como formación profesional y que puede dar cabida a priori a todo tipo de formación en el ámbito de la relación laboral y mercado laboral.

4. EL CONTEXTO ESPAÑOL: LA CONSTITUCIÓN Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

A la vista de los Tratados internacionales que hemos analizado en el apartado anterior, el derecho a la formación profesional se configura como un derecho de todas las personas, por ello en un derecho fundamental, si bien en la mayoría de ellos forma parte del contenido esencial del derecho a la educación o en otros forma parte del derecho al trabajo.

Pues bien, nuestra Constitución a la hora de delimitar un catálogo de derechos fundamentales, lo ha hecho a través de su Título I, mediante “una ordenación un tanto caprichosa o subjetiva”⁶⁸ para agruparlos en tres bloques con rubricas diferentes: derechos fundamentales y libertades públicas; derechos y deberes de los ciudadanos y los principios rectores de la política social y económica.

Esta clasificación fuera de ser inocua o indiferente, lo cierto es que tiene importantes consecuencias jurídicas, pues no a todos los derechos constitucionales del Título I, se les

⁶⁷ STUE de 11 de junio de 1991, asunto c 51/89 y acumulados 90/89 y 94/89. Reino Unido, Irlanda, R. Francia y Alemania contra Consejo. https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:a1d20fd7-92e4-494d-9049-5975f08f7e50.0008.02/DOC_1&format=PDF.

⁶⁸ GOÑI SEIN, J.L.: “Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual... op. Cit, p. 23.

considera fundamentales, impidiendo su acceso a la máxima protección que ofrece la Constitución a través del artículo 53.2, ni existe la obligación del desarrollo de su contenido esencial mediante ley Orgánica de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81 CE.

Esta clasificación en su interpretación restrictiva supone el que importantes derechos reconocidos a la persona en los Tratados Internacionales no accedan a la condición de derechos fundamentales, el derecho al trabajo o a la propiedad, son derechos que pocos cuestionamos hoy en día que son derechos fundamentales pero que nuestro texto constitucional no reconoce como tal en esa interpretación restrictiva.

Eso ha llevado a cierto sector doctrinal, entre los que nos incluimos, a poner de manifiesto como en la necesaria revisión de la Constitución, que deberá llevarse a cabo más pronto que tarde, deberemos repensar ese Título I y esa clasificación artificiosa en tres bloques de los derechos y deberes fundamentales.

¿Y por qué hemos hecho esta breve reflexión?, porque esta concepción restrictiva tiene especial incidencia en el análisis del derecho a la formación profesional como un derecho fundamental. Y ello por un motivo, como hemos señalado los Tratados Internacionales –que recordemos son un parámetro de interpretación de los derechos constitucionales como derechos fundamentales- conciben el derecho a la formación profesional como parte esencial del derecho educación o del derecho al trabajo. Desde la óptica de los Tratados Internacionales -puesto que no realizan una clasificación como lo hace nuestra Constitución-, es posible percibir una indiferencia entre sí forman parte esencial del derecho a la educación o del derecho al trabajo, en ambos casos, se concibe como un derecho de todas las personas en su más amplia concepción.

Esa indiferencia no puede mantenerse en el contexto constitucional español, dada la existencia de esos bloques ya que el derecho a la educación del artículo 27 está dentro de ese primer bloque de derechos fundamentales y libertades públicas, gozando de la máxima protección que le otorga al apartado segundo del artículo 53, como hemos dicho, y que requeriría por parte del legislador, el desarrollo legislativo de su contenido esencial a través de ley orgánica. Mientras que la concepción del derecho a la formación profesional como parte del derecho al trabajo implicaría la necesidad de acudir al artículo 35 CE, que recoge sin duda un derecho fundamental pero que no goza de la máxima protección del artículo 53.2, ni está incluido dentro de ese primer bloque de derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección 1.º.

Como ya hemos avanzado, el texto constitucional, al regular el derecho a la educación no hace una referencia expresa a la formación profesional en su articulado a diferencia como hemos visto de diversos Tratados Internacionales ratificados por España o incluso algunas constituciones de nuestro entorno europeo, pero tampoco excluye del contenido esencial del derecho a la educación a la formación profesional. Tampoco podemos encontrar en el texto constitucional cuando se regula el derecho al trabajo, a través del artículo 35, ninguna referencia expresa a la formación profesional, pero de nuevo tampoco excluye como parte del contenido del derecho al trabajo la formación profesional. Debemos acudir al apartado segundo del artículo 40.2 CE, para encontrar una referencia expresa a la formación profesional, al encomendar a los poderes públicos el fomento de una política que garantice la formación y readaptación profesional.

Como hemos dicho, el artículo 27 CE, no recoge referencia alguna a la formación profesional como parte del contenido del derecho a la educación, pero tampoco define qué debemos entender por el derecho a la educación de acuerdo con lo dispuesto en el apartado primero del citado artículo. Lo que es cierto, es que reconoce el derecho de todos a la educación, sin hacer ningún tipo de restricción respecto a sus destinatarios, y a ninguna etapa vital, si bien si nos añade en su apartado segundo que la educación tiene por objetivo el “pleno desarrollo de la personalidad humana...”

Cuando el artículo 27.1 se refiere al derecho de todos a la educación y a la libertad de enseñanza, recoge lo que puede considerarse como el núcleo central del contenido del derecho a la educación, siendo el resto de preceptos del artículo 27 “matizaciones o flecos –también constitucionales- de la esencia de este derecho fundamental”⁶⁹. Se configura este derecho de todos a la educación -en palabras del Tribunal Constitucional- como una expresión omnicompreensiva -STC 86/1985- que da cabida a diversos preceptos contenidos en dicho artículo, como denotación conjunta de todos ellos”, de lo que parece estar fuera de toda duda es que comprende el derecho de todos a recibir educación⁷⁰, junto a un derecho de libertad, la STC 86/85, reconoce su dimensión prestacional al señalar que “el derecho de todos a la educación...incorpora así...una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la

⁶⁹ BARNES VAZQUEZ, J.: “La Educación en la Constitución de 1978”. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 4. Núm. 12. Septiembre-Diciembre. 1984, p. 40.

⁷⁰ COTINO HUESO, L.: El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional...op. Cit., pp. 97-98.

enseñanza, e las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4º de este artículo 27”.

Al hilo de la STC 86/85, la STC 129/89, estableció que “desde el artículo 27.1 de la constitución, no puede imponerse al empresario o empleador la obligación de satisfacer de forma incondicional a la pretendida compatibilidad de la asistencia a clases del trabajador o empleado con el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación de dependencia... Entenderlo así sería tanto como desplazar sobre empleador la carga prestacional del derecho a la educación, que sólo sobre los poderes públicos pesa, y hacer responsable aquel del deber positivo de garantizar la efectividad del derecho fundamental, que sólo a estos corresponde, conviniendo, en fin, el derecho fundamental a la educación es una imprevisible cláusula que justifica del incumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones laborales, cualquiera que sean las medidas organizadoras que el empleado considere pertinente implantar, sustituyéndolas por otra hipotética e inaceptable derivadas de la norma constitucional que reconoce el derecho a la educación”.

Dichas doctrina supone confirmar la dimensión prestacional del derecho a la educación, que se reconoce al trabajador, pero que no corresponde al empresario la obligación positiva de hacer, sino que se encuentra vinculado por dicho artículo en su dimensión como libertad del trabajador para adquirir formación y que no puede verse restringida o limitada por la actuación del empresario si bien y en el ejercicio del derecho de libertad de empresa no puede verse obligado a modificar su estructura organizativa y productiva al fin de facilitar esa formación del trabajador⁷¹. Doctrina sin duda criticable⁷², ya que desde punto vista jurídico que el empresario no tiene obligaciones prestacional es respecto o sus trabajadores en el ámbito del derecho a la educación del artículo 27. Postura en cierta manera, que supone admitir que la formación que se imparten en el ámbito de las relaciones laborales está fuera del derecho a la educación pues esta nace en el seno de la relación laboral y no antes, cuando precisamente consideramos que este derecho nace antes del contrato de trabajo, como iremos defendiendo.

Pero, ¿qué debemos entender por educación?, o dicho de otra manera ¿Cuál es el concepto de educación comprendidos dentro del apartado primero del artículo 27 de nuestra constitución?, ¿tiene cabida dentro de estos a la formación profesional en todas sus formas y variantes, incluido el espacio de las relaciones laborales como contenido esencial de este

⁷¹ PEDRAJAS MORENO, A.: “Formación y derechos individuales”, Actualidad laboral, Sección doctrina, 1999, Ref. XXXIII, pág. 503, tomo 2, editorial LA LEY, p. 1.

⁷² PEDRAJAS MORENO, A.: “Formación y derechos individuales... op, Cit., p. 1.

derecho a la educación? Y quien está obligado por su dimensión prestacional más allá de los poderes públicos según interpreta la citada STC 129/89.

Cuando nuestro Tribunal Constitucional en el año 1981 nos definió que “la enseñanza es una actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores”, es posible –por no decir, seguro- que no estaba pensando en la formación profesional, y mucho menos en la formación profesional que se imparte en el ámbito de las relaciones laborales y en el ámbito de la empresa, pero qué duda cabe, que dentro de esta definición proporcionada en su sentencia - STC 5/81-, tiene cabida la formación profesional y además todo tipo de formación profesional, incluida aquella que se puede impartir en el ámbito del contrato de trabajo y las relaciones laborales.

Es importante señalar como la STC 8/81, cuando se refiere a la libertad de enseñanza, pone de manifiesto como esta libertad (27.6) incluye la posibilidad de crear “instituciones o centros educativos que se sitúan fuera del ámbito de las enseñanzas regladas”, abriendo la puerta a la consideración de centro docente más allá de aquellas organizaciones que se dedican única y exclusivamente a la enseñanza dentro de un sistema educativo estructurado y controlado por los poderes públicos. Hoy, pocos dudamos, que, en el ámbito de la formación profesional para el empleo, las empresas se configuran como centros de formación, como espacios formativos para los trabajadores, es más, la Administración laboral así los concibe y a si los considera.

Tempranamente, el legislador, a través de la Ley 8/1980, por la que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores reconoce en su artículo 4 y 22 (hoy artículo 23), el derecho de estos a la formación. Simultáneamente, la Ley 51/80, de 1 de octubre, básica de empleo, reconoce en su artículo 14 la existencia de una formación profesional ocupacional dirigida a los trabajadores en activo y a las personas que quieran incorporarse al mundo laboral, sin olvidar, la certificación de la profesionalidad como un claro antecedente de los actuales certificados de profesionalidad.

Se recoge por parte del legislador el derecho a la formación tanto en el Estatuto de los Trabajadores, como en la Ley Básica de Empleo, que recordemos no son leyes orgánicas, nos muestra a priori una primera intención de la concepción de la formación profesional de los trabajadores en el ámbito de la relación laboral y de los propios trabajadores que no tengan una ocupación efectiva en un momento concreto y que no es otra que su vinculación con la política de empleo y formación profesional-por el artículo 40 CE- y también como parte

esencial del derecho al trabajo -artículo 35 CE-. Lo que nuestro juicio implicaría ya entrada desvincular esta formación profesional ocupacional de la formación que se impartía en el ámbito educativo y de la administración educativa. Esconde también este planteamiento, no podemos olvidarlo, el reparto competencial que nuestra Constitución hace de distintas materias o áreas de intervención, entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que ha afectado en numerosas ocasiones y sentencias al derecho a la educación, y la formación profesional como veremos.

Lo que es evidente es que la concepción de la formación profesional tiene un marcado carácter dual, una formación profesional que cae dentro del ámbito de la administración educativa o del sistema educativo reglado (que se concebía por la norma del año 70, como formación profesional de primer, segundo y tercer grado), y una formación profesional en el ámbito laboral, que cae del lado de la Administración laboral.

Dualidad que sin duda se mantenía con la definición de formación profesional proporcionada por el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE) al definir la formación profesional como aquella que “comprenderá el conjunto de enseñanzas que, dentro del sistema educativo y reguladas por esta ley, capaciten para el desempeño cualificado de las distintas profesiones...”, incluyendo en dicho concepto o definición, “aquellas otras acciones que, dirigidas a la formación continua en las empresas y a la inserción y reinserción laboral de los trabajadores, se desarrollen en la formación profesional ocupacional que se regulará por su normativa específica”.

A pesar de los esfuerzos integradores de esta definición, pues define la formación profesional de una manera amplia en la que da cabida a cualquier tipo de formación, incluida la formación en el ámbito de las relaciones laborales, lo cierto es que desde el punto de vista competencial la separa claramente. Una formación inicial que debe caer en el ámbito de la administración educativa y que se destinan a esa capacitación para el desempeño de las profesiones cualificadas, y esa otra formación profesional ocupacional que cae del lado de la administración laboral a través de su propia normativa específica. Lo que justifica necesariamente que dicho artículo no tiene el carácter orgánico de la ley, pues en virtud de la disposición final tercera está excluida de tal consideración.

Y es que precisamente fuera del sistema educativo reglado, se desarrolló en la segunda mitad de la década de los 80 e inicialmente en base a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley Básica de Empleo un sistema de formación profesional ocupacional, dependiente de la

administración laboral y que se dirige fundamentalmente a trabajadores desempleados, aunque también se incluirá -en menor medida- a los trabajadores ocupados en las empresas, es decir, comprendía también la formación que las empresas pudiesen impartir en el ámbito de las relaciones laborales con sus trabajadores.

Como hemos dicho, se configura un sistema dual, que no es exclusivo del sistema español, y que demostraban una cierta separación entre esa formación profesional reglada, dirigida a las primeras etapas de la formación básica, y la formación ocupacional dirigida a etapas posteriores y fundamentalmente a trabajadores desempleados, aunque como ya hemos dicho también a ocupados en el ámbito de las empresas.

Sistemas claramente desconectados el uno del otro, así se ponía de manifiesto en el libro blanco para la reforma de la educación técnico profesional en el año 1989⁷³. El cual curiosamente propone la creación de un sistema de formación profesional que incluya los distintos subsistemas y al que se denominaría “educación técnico profesional”, y que comprendería dentro de esta educación técnico profesional, la formación destinada a los trabajadores en el ámbito de las relaciones laborales.

Esta formación ocupacional derivada del artículo 14 de la LBE y conectado con el inicial artículo 22 ET, se articuló inicialmente a través del denominado Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional en el año 1985, conocido como Plan FIP, el cual apenas prestaba atención a la formación de los trabajadores activos. Lo interesante es observar como a través del Real Decreto 1618/1990, se intenta dar permanencia a estos planes, y se vincula a la LOGSE, como desarrollo del artículo 30.1, que recordemos recogía la definición de formación profesional e incluía en ella –si bien no con carácter orgánico- la formación en el ámbito de las empresas, distinguiendo dicho Real Decreto ya entre formación ocupacional y continua, esta última ya específicamente dirigida a los trabajadores en activo, es decir, dentro de la relación laboral.

Tampoco se nos puede escapar como se concibe la formación profesional ocupacional, en estos momentos, como un vehículo de adaptación a los cambios tecnológicos y por lo tanto como un vehículo necesario para la mejora de la productividad empresarial y por otro lado para favorecer y hacer efectiva la libre circulación de los trabajadores tras la integración de España en la Unión Europea, se refieren a la formación del trabajador desde una perspectiva

⁷³ Proyecto para la reforma de la educación técnico-profesional. Propuestas para debate. <https://sede.educacion.gob.es/publiventa/proyecto-para-la-reforma-de-la-educacion-tecnico-profesional-propuesta-para-debate/ensenanza/591>.

claramente técnica, y no como ciudadana y como persona, concepción esta sin duda anudada a un planteamiento neoliberal, más propio de la Unión Europea en dicha época.

A finales del año 92 y principios del año 93, ve nacer el I Acuerdo Nacional de la Formación Continua, lo que implicaba de entrada separar dentro de la formación ocupacional la destinada a los trabajadores desempleados y aquella que se destinaba a los trabajadores ocupados dentro del ámbito de las relaciones laborales, lo que dio lugar a la configuración de lo que se conoció como los tres subsistemas de formación profesional, reglada, ocupacional y continua.

Este acuerdo responde un proceso de negociación colectiva en base a lo dispuesto el artículo 83.2 ET y que responde no podemos olvidar lo a la propia exigencia del por aquel entonces artículo 22 ET cuando articulaba el derecho la formación a través de la propia negociación colectiva.

Lo cierto es que la formación continua se define por ello como el “conjunto acciones formativas que desarrollen las empresas a través de las modalidades previstas en el mismo dirigidas tanto la mejora de competencias y cualificaciones como la recualificación de los trabajadores ocupados que permitan compatibilizar la mayor competitividad a las empresas con la formación individual del trabajador”.

El establecimiento de este subsistema de formación profesional continua no agotaba en cierta manera la definición de formación en el ámbito de las relaciones laborales, pues el sistema pretendía articular la financiación de las distintas acciones de formación desarrolladas en la empresa para sus trabajadores, por lo que en cierta manera las empresas podrían impartir la formación que estimase, sin necesidad de acudir este sistema de financiación.

A este I Acuerdo Nacional de la Formación Continua, le sigue el I Acuerdo Tripartito en materia de formación continua, en el que se integra el Gobierno y que se dirigía fundamentalmente a establecer las vías de financiación de las acciones de formación dirigidas a trabajadores en el ámbito de las relaciones laborales y al establecimiento de una estructura de gestión e impartición de dicha formación, la cual se articula a través de la Fundación para la Formación Continua (FORCEM).

Estos Acuerdos, tanto el bipartito, como el tripartito de formación continua se repiten el tiempo hasta tres veces, hasta que el año 2002 se producen dos hechos trascendentales para la concepción de la formación profesional en el ámbito de las relaciones laborales del punto de vista del texto constitucional. Dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional, y la

aprobación de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional.

Pero antes, no se nos puede escapar como en el II ANFC se pone de manifiesto que la articulación de este subsistema de formación, en definitiva, la articulación de la formación profesional en el ámbito empresarial supone crear una respuesta a las previsiones no sólo en el Estatuto de los Trabajadores, como ya se decían el I ANFC, sino también a la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, que no olvidemos, hemos visto se configura como un derecho fundamental de los trabajadores en el ámbito de la Unión Europea si bien anudado en este caso al derecho al trabajo y no al derecho la educación.

No podemos tampoco obviar que la articulación de este sistema de formación continua en estos procesos de negociación colectiva, supone sin duda un paso importante en la concepción de esta formación en el ámbito de las relaciones laborales, pero esta no se concibe como una obligación para el empresario, sino que se articula un sistema a través del cual financiar estas acciones de formación en el ámbito de las relaciones laborales y un sistema de gestión para ello.

Este planteamiento dual de la formación profesional y por ello atribuible a diversos títulos competenciales –educación o trabajo-, se vio confirmado por la STC 95/2002 –también la STC 195/ 1996 y STC 190/2002, que, si bien se dirigían a dirimir una cuestión competencia, analizaban precisamente estos acuerdos y el concepto de formación profesional en el ámbito de las relaciones laborales.

El Tribunal Constitucional en el debate sobre el artículo 149.1.30 estableció –STC 188/2001, de 20 de septiembre- que “esta regla competencial , sobre atribuir al Estado la competencia exclusiva en una determinada área material, la “regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales”, le reserva también las “normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia”, lo que supone que el debate constitucional sobre dicha competencia supone debatir sobre el derecho a la educación.

Pues bien, en las sentencias citadas –STC 95/2002 y STC 190/2002- ante la pretensión de las partes de encuadrar la formación profesional en el ámbito de las relaciones laboral, dentro del concepto de educación o enseñanza, intentando encuadrarla -en nuestra opinión- por ello el artículo 27 CE y perteneciente al sistema educativo, el Tribunal Constitucional

niega tal posibilidad y sostiene “que la materia formación profesional en su modalidad de formación continua de los trabajadores asalariados un activo no pertenece al ámbito de la educación... Baste para ello tener en cuenta... que la formación profesional ocupacional a diferencia de la formación profesional reglada no forma parte del sistema educativo en el que los saberes o cualificaciones con base en aptitudes específicas se imparten y están dirigidos, previa estratificación en niveles y grados, a la obtención de títulos académicos o profesionales que habilitan para ejercicio de determinadas profesiones...”. Es interesante observar cómo el tribunal constitucional sostiene que puesto que esta formación que se imparte en el ámbito de las relaciones laborales en ámbito del contrato de trabajo no tiene la finalidad de la obtención de títulos académicos o profesionales no puede ser concebida como educación o enseñanza, concepto que sólo atribuye a la formación profesional reglada del ámbito educativo. Aspecto importante y a tener en cuenta pues esta situación a nuestro juicio cambia precisamente en el año 2002 con la aprobación de la LO 5/2002, de 19 de junio, de las cualificaciones y de la formación profesional.

Y abunda el Tribunal en esta separación entre las dos formaciones profesionales, cuando identifica a la formación profesional que se imparten el ámbito de las relaciones laborales como aquella que pertenece “a un estadio ulterior, cual es el mantenimiento, a lo largo de la vida laboral, de las aptitudes y cualificaciones profesionales en su día alcanzadas y que capacitaron para acceder al puesto de trabajo, con el fin de dotar a los trabajadores asalariados de los adecuados instrumentos formativos para hacer operante la directriz constitucional contenida en el art. 40.2 CE, es decir, para garantizar la formación y readaptación profesionales de los trabajadores ante los nuevos y acelerados cambios tecnológicos”. Lo que lleva al Tribunal a considerar esta formación que se imparte en el ámbito de las relaciones laborales como una competencia encuadrable dentro del título competencial 149.1.7, es decir, materia laboral, con lo que está a nuestro juicio reconduciendo esta formación al ámbito del derecho al trabajo. A los que necesariamente es necesario añadir (como la STC 95/2002, nos recuerda) que la STC 35/82, de 14 de junio, “asigna al adjetivo laboral un sentido concreto y restringido, coincidente por lo demás con el uso habitual, como referido solo al trabajo por cuenta ajena”.

La concepción de la formación profesional que se imparte en el ámbito de las relaciones laborales como un simple proceso estanco que se dirige a la adaptación al trabajador de posibles cambios –fundamentalmente técnicos- en su puesto de trabajo, es una concepción de la formación -a nuestro juicio- superada en la actualidad. Superación

conceptual a la que sin duda ha contribuido la aprobación de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las cualificaciones y de la formación profesional, sin perjuicio, de la aportación de la OIT y de la propia Unión Europea.

El legislador a través de la exposición de motivos del citado texto normativo concibe la formación profesional como una vertiente de significación individual y social del derecho a la educación contenido en el artículo 27. Conexión que hace necesario precisamente la aprobación del citado texto normativo, mediante ley orgánica. Derecho a la formación profesional que se conecta también con el artículo 35, derecho al trabajo y el artículo 40.2 del texto constitucional, lo que viene a confirmar en cierta manera lo expuesto hasta este momento, tanto en el plano internacional como en el plano estatal, que no es otra cosa que la concepción del derecho a la formación profesional –también en el ámbito de las relaciones laborales- como un derecho anudado al derecho de todas y todos a la educación o del derecho al trabajo.

Con la aprobación del citado texto normativo el legislador está planteando no un cambio de modelo del sistema de formación profesional, pues la propia exposición de motivos deja claro que no se deroga el marco legal de la formación profesional derivado de la LOGSE a lo que habría que añadir de la Ley Básica de Empleo y del Estatuto de los Trabajadores) sino que están diseñando un proceso de integración de los tres subsistemas de formación profesional a través de las denominadas cualificaciones profesionales, para lo que se hace necesario crear un sistema nacional de cualificaciones y formación profesional y a partir de él, un catálogo nacional de cualificaciones profesionales. Modelo que permanece con ciertas variaciones inalterado en la actualidad.

Y es que en la actualidad –nos permitimos un cierto alto el camino- la regulación en materia de formación profesional sigue manteniendo en el fondo la concepción de la formación profesional diferenciando entre formación profesional reglada propia del sistema educativo irregular a través de lo dispuesto en la ley orgánica dos 2006, y que incluye dentro de su ámbito de aplicación la formación profesional inicial que forma parte del sistema educativo. Y una formación profesional para el empleo regulada a través de la actual el RDL 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Empleo y la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral y evidentemente el propio real decreto legislativo 2/2015 de 23 de octubre, porque se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, al que se imputa en su artículo 23 la regulación de la formación que puede

impartir se en el ámbito de las relaciones laborales en definitiva es la formación continua en el ámbito de las políticas activas de empleo.

La concepción de estar ahí con carácter orgánico denota ya un hecho incuestionable y es que contiene el desarrollo del derecho a la educación consagrado en el artículo 27 de nuestra constitución, ahora bien, como ocurría en la propia LOGSE, no todo el articulado es concebido como orgánico, y precisamente la definición de formación profesional contenido en el artículo 9, no tienen dicho carácter de orgánico. La definición muy cercana al incluida en la LOGSE, en términos similares a como la realiza la actual Ley Orgánica de Educación del 2006. Concibe esta, como aquella formación “que comprende las distintas acciones formativas que capacitan para el desempeño cualificado de las diversas profesiones, el acceso al empleo y la participación activa en la vida social cultural y económica incluye las enseñanzas propia de la formación profesional iniciar las acciones de inserción y reinserción de los trabajadores así, las orientadas a la formación continua las empresas que permitan adquisición y actualización permanente de las competencias profesionales”. En definitiva, abarca los distintos subsistemas de formación profesional. Si bien si tienen el carácter de orgánico tanto o el artículo 5.2 en referencia al sistema nacional de cualificaciones y por formación profesional como el artículo siete que regula el catálogo nacional de cualificaciones profesionales y dentro de la cualificación profesional y la competencia profesional.

La Ley Orgánica de las Cualificaciones y la Formación Profesional, hace girar la integración de estos sistemas en torno a dos conceptos básicos: la cualificación profesional, entendida como el conjunto de competencias profesionales con significación para el empleo y la competencia profesional, entendida como el conjunto de conocimientos y capacidades que permiten el ejercicio de una actividad profesional. Competencias que serán susceptibles de reconocimiento y acreditación, siendo esto clave del sistema.

La propia norma jurídica establecía en su artículo ocho (este con carácter orgánico) que los títulos de formación profesional y los certificados de profesionalidad son títulos de carácter oficial y con validez en todo el territorio nacional unos los expide la administración educativa y los otros la administración laboral. Ambos suponen la acreditación de las cualificaciones profesionales de quien posee dichas titulaciones.

A pesar de este reconocimiento del carácter oficial tanto de los títulos de formación profesional como de los certificados de profesionalidad, lo cierto es que no se reconoce a estos últimos el carácter de títulos académicos sino titulaciones de carácter profesional. Hay

una distinción clara entre título académico oficial y de capacitación profesional según nos dice el Tribunal Constitucional, STC 111/2012, en referencia a la STC 111/1993, de 25 de marzo.

Si bien no se nos puede escapar que, en dicha sentencia del 2012, en el propio tribunal constitucional señala que “cosa distinta es que el contenido propio de esas actividades formativas pueda ser objeto de homologación por parte del estado en relación con la acreditación de las enseñanzas correspondientes a las titulaciones de la formación profesional reglada aspecto en el que sea entrarían jugó la competencia del primer inciso del artículo 149.1. 30 CE”.

Añadiendo que “sin perjuicio de la regla general que enmarca la formación profesional en su modalidad continua en la esfera laboral, habrá que estar, en último término, al ámbito en el que se desenvuelven las actividades formativas de los trabajadores ocupados en cada caso para determinar el encuadre material que resulte procedente y la distribución competencial que al mismo corresponda”.

Del contenido de esta STC 111/2012, sería factible pensar, que si bien de los certificados de profesionalidad emitidos al amparo de la administración laboral no pueden tener la consideración de títulos académicos oficiales, pues no lo son, si está abriendo la opción a la posibilidad de que esas actividades formativas encuadradas dentro de los certificados de profesionalidad, configuradas como unidades de competencia y por extensión las que se puedan impartir en el ámbito de las relaciones laborales, incluida la experiencia profesional y que puedan ser objeto de homologación, permiten que esas unidades de competencia acreditadas por vías distintas a las formales, puedan desembocar en la acreditación de las enseñanzas que comprendan una titulación de formación profesional reglada.

Y es que pensemos que nuestro sistema actual de acreditación de competencias y certificación de las mismas, persigue precisamente la posibilidad de acreditar las competencias profesionales por varias vías, no solo la formativas dentro de la formación reglada-formal, y además ir acumulando dichas certificaciones parciales hasta conseguir una certificación completa, y lo más importante –a nuestro-juicio- la posibilidad de convalidación en las distintas formaciones profesionales –reglada y para el empleo-, que en definitiva, era el objetivo perseguido de integración con la creación del Sistema Nacional de Cualificaciones.

Con el sistema actual de acreditación de competencias profesionales en relación con una cualificación profesional hay tres vías para ello, como son la acreditación de competencias adquiridas por vías formales, por la experiencia profesional (RD 1224/2009, de

17 de julio) y la acreditación de la formación adquirida por vías no formales. Por lo que debemos desterrar que la única vía de obtención de una titulación académica y profesional sea la vía formal tradicional de superación de “asignaturas” en un centro formativo, sino que debemos hablar de unidades de competencia.

O dicho de otra manera la experiencia laboral y la formación adquirida en el ámbito de las relaciones laborales sea cual sea esta, se han convertido en realidad itinerarios formativos indirectos que permiten la consecución de unidades de competencia, y por ello las empresas son espacios formativos.

En la actualidad sigue vigente, la concepción de la formación profesional en su articulación dual, es cierto, que hemos cambiado la denominación de los dos subsistemas de formación ocupacional y continua, que ha pasado a ser la formación profesional para el empleo regulada –como hemos dicho- por el RDL 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Empleo y la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral. A lo que hay que añadir, los artículos 4 y 23 del Estatuto de los Trabajadores.

Y nos permitimos introducir en este análisis, y de manera postrera, otro elemento a tener en cuenta y que no ha sido objeto de nuestro análisis, pero no debemos olvidar que la formación en el ámbito de las relaciones laborales se conecta ineludiblemente con la seguridad y salud de nuestros trabajadores, lo que nos llevaría a conectar este derecho a esta formación con un derecho fundamental a la vida de los trabajadores, que simplemente dejamos apuntado para futuros debates.

5 CONCLUSIONES

La formación profesional es un derecho de todas las personas, así se desprende de los diversos tratados internacionales analizados, que puede estar anudado al derecho a la educación o al derecho al trabajo, del cual se derivan obligaciones de contenido prestacional no solo para los poderes públicos, sino también para los empresarios.

La formación profesional es un proceso de educación y formación que forma parte del proceso vital de cualquier persona y bajo cualquier circunstancia. La necesidad de formación acompaña a cualquier persona en cualquier momento, y en el caso de los trabajadores esta no nace por su consideración de trabajadores, no concebimos la formación profesional en el ámbito de la relación laboral como un derecho que nace en el contexto laboral, y muere

cuando esta finaliza. Esta concepción de la formación en el ámbito de la relación laboral nos llevaría a pensar que esta es un derecho específicamente laboral.

No podemos concebir la formación en el ámbito laboral como un proceso destinado únicamente a favorecer la productividad de las empresas, y a favorecer la libre circulación de los trabajadores, sino que esta, existe para como dice nuestra constitución favorecer el pleno desarrollo de la personalidad humana, adquiriendo unas particularidades prestacionales distintas en el seno de dicha relación, que obliga al empresario a adoptar un postura activa en cumplimiento de dicho derecho, que se articula a través de la negociación colectiva.

Vemos en este derecho, un derecho subjetivo, si bien, es evidente que no reconocemos un derecho subjetivo absoluto e inquebrantable, sino que deberá ser modulado través de la negociación colectiva, como espacio para ello.

No obstante y a la vista de nuestra jurisprudencia del Tribunal Constitucional, escaso margen de interpretación ha dejado para considerar el derecho a la formación profesional en el ámbito de la relación laboral, como un derecho de todos los trabajadores encuadrable dentro del concepto de educación, lo reconduce ineludiblemente a la necesidad de unirlo al derecho al trabajo, lo que implica, a la vista de nuestro texto constitucional, que no puede ser anudado al contenido esencial del derecho a la educación, como si se concibe en algunos Tratados Internacionales. Y ello es así, porque nuestro Tribunal considera que la educación al amparo del artículo 27 CE es un derecho de libertad y de contenido prestacional, cuya prestación corresponde exclusivamente a los poderes públicos en una interpretación restrictiva del derecho de todos a la educación. Aunque no se nos puede escapar como ha puesto de manifiesto PECES BARBAS que los derechos de prestación, “suponen una acción positiva, normalmente de los poderes públicos, aunque también puede ser de los particulares más excepcionalmente, para ayudar a la satisfacción de necesidades básicas, que no puedan ser resueltas por la propia y exclusiva fuerza del afectado”⁷⁴.

Ahora bien, cuando el Tribunal Constitucional defendía la necesidad de conectar ese derecho a la educación con la obtención de un título académico y profesional, estaba hablando a nuestro juicio de un proceso formal de educación, que en la actualidad ha mutado, por la existencia de esas vías no formales e incluso de la propia experiencia laboral, lo que lleva a replantearnos dicho concepto.

Y es así porque la formación se concibe como un conjunto de conocimientos adquiridos a lo largo de la vida y que son exportables e integrables para la obtención de unos

⁷⁴ PECES-BARBAS MARTINEZ G.: Lecciones de Derechos... op, Cit., p. 290.

títulos académicos y profesionales utilizables en cualquier espacio dentro y fuera del mercado laboral y que permitan que cualquiera formación adquirida en el ámbito de las relaciones laborales sea certificada y acreditable. Las empresas son espacios formativos, la formación en el ámbito de las relaciones laborales es un proceso de enseñanza, es un proceso de adquisición de conocimientos, y como tal son certificadores y acreditadas, teniendo además los medios para ello. Pues no debemos olvidar como pone de manifestó el profesor BARBAGELATA, que a los empresarios también le corresponden obligaciones en la formación que van más allá de las obligaciones legales “sino también para aplicarse a ofrecer la mejor formación que este a su alcance”⁷⁵.

Este planteamiento da una dimensión distinta a la formación en el ámbito de las relaciones laborales, que no puede ser obviada en la concepción de la formación en el ámbito laboral como un derecho fundamental de los trabajadores, y que porque no, anudado al derecho a la educación. Lo que no obstan para señalar que ningún derecho es un derecho absoluto, y su ejercicio debe ponerse en línea con los derechos de las demás personas, pero eso, es otra cuestión que no debe afectara a su concepción como tal.

Concedidos la formación profesional en todos sus actos como un proceso de desarrollo personal a lo largo de la vida de las personas, de la vida de las personas que se adquiere en por procedimientos formales y no formales incluida la experiencia laboral, nuestra voluntad por lo tanto es que todo proceso de adquisición de conocimientos y será acreditable y certificados de y por ello que conduzca a la obtención de titulaciones académicas y profesionales, por lo que desde nuestro punto de vista la formación profesional es un derecho fundamental, Que puede ser encajado dentro del artículo 27 de nuestra constitución.

Y sería fundamental que la tan traída y llevada reforma de nuestro texto constitucional incida en esta cuestión y reconozca expresamente dentro del artículo 27 la formación profesional, en su más amplia concepción, con parte del contenido esencial del derecho educación.

6 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBAGELATA, H.H.: Formación y legislación del trabajo, Montevideo, CINTEFOR, 2003.

⁷⁵ BARBAGELATA, H.H.: “Exordio”. En BARBAGELATA (Ed.), H. H., BARRETTO GHIONE, H. y HENDERSON, H.: El derecho a la formación profesional y las normas internacionales, Montevideo, CINTERFOR, 2000, p. 16.

BARRETTO GHIONE, H.: “Evolución y significación de la constitucionalización e internacionalización del derecho a formación profesional”. En BARBAGELATA (Ed.), H. H., BARRETTO GHIONE, H. y HENDERSON, H.: El derecho a la formación profesional y las normas internacionales, Montevideo, CINTERFOR, 2000, pp. 23-46.

BARNES VAZQUEZ, J.: “La Educación en la Constitución de 1978”. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 4. Núm. 12. Septiembre-diciembre. 1984, pp. 23-65.

BAYLOS GRAU, A.: “La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral del 2012”. Revista de Derecho Social, nº 61, 2013, pp. 19-41.

BEVERIDGE, W.: “Full Employment in a Free Society”, George Allen and Unwin Ltd., Londres 1944. Se utiliza la traducción al español de Pilar López Máñez, Pleno empleo en una sociedad libre, Ministerio de trabajo y seguridad social, Madrid, 1988.

BELORGEY, J-M.: “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: El Comité Europeo de Derechos Sociales”. Revista de Derecho Político, UNED, nº 70, 2007, p. 349-347.

CARRILLO SALCEDO, J.A.: “Protección de los derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales”, Revista de Instituciones Europeas, vol. 18, nº 2, 1991, pp. 431-453.

DAHL, R.A: After de revolutions? Authority in a good society, Yale University, 1970, 1970. Se utiliza la traducción realizada por María Florencia Ferre: ¿Después de la revolución? La autoridad en las sociedades avanzadas. Barcelona, 1999.

D’ANTONA, M.: “Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici, en Giornale dir. Lavoro e rel. ind. 1990, pr44. Citado por ROMAGNOLI, U.: “Estabilidad versus precariedad del puesto de trabajo”, Derecho y Sociedad, nº 10, 1995, pp. 191-194.

ERMIDA URIARTE, O.; ROSENBAUM RÍMOLO, J.: Formación profesional en la negociación colectiva. Montevideo: Cinterfor, 1998, p. 16.

ERMIDA URIARTE, O.: “Ética y derecho del trabajo”, Iuslabor, nº 1, 2006, p. 2. <https://www.upf.edu/documents/3885005/3889500/ErmidaUriarteEtica.pdf/22912372-f400-4ed5-aca4-f3975ab17a6e>.

European Committee of Social Rights (2008), “Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights”, 1 september, p. 75. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168049159f>.

GOÑI SEIN, J.L.: “Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?”, Primera ponencia de las XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, organizadas por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Ediciones Cinca, Pamplona, 2014, pp. 17-81.

JEAMMAUD, A: “Los derechos de información y participación en la empresa: la ciudadanía de empresa”. En APARICIO TOVAR, J. Y BAYLOS GRAU, A.: Autoridad y democracia en la empresa. Trotta, Madrid, 1992, pp. 179-190.

MANGAS MARTÍN, A.: Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Comentarios artículo por artículo. Fundación BBVA. Bilbao, 2008.

MARTIN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: “Artículo 14. Derecho a la Educación”. En MANGAS MARTÍN, A.: Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Comentarios artículo por artículo. Fundación BBVA. Bilbao, 2008, p.311.

MARTINEZ MIRANDA, M. M.: “La jurisprudencia social del Tribunal europeo de Derechos Humanos”. Lex Social, vol. 6, nº 1, 2006, pp. 356-387.

MONEREO PÉREZ, J.L.: La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo. Bomarzo, 2009.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “¿Qué sentido jurídico-político tiene la garantía del derecho al trabajo en la sociedad del riesgo?”. Temas laborales núm. 126/2014, p. 47-90.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Una lectura social de sus disposiciones generales”, en Balance y perspectivas de la política laboral y social Europea. XXVII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editorial: Cinca, Madrid 2017, p. 71.

OJEDA AVILÉS, A: “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”. Revista de Derechos Social, nº 35 (2006), pp. 11-34.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “Derechos fundamentales generales y relación laboral: Los derechos laborales inespecíficos”, en AA.VV. (Dir. SEMPERE, A.) El modelo social en la Constitución Española de 1978, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pp. 229-248.

PECES-BARBAS MARTINEZ, G.: Lecciones de Derechos Fundamentales. Dykinson, Madrid, 2004.

PEDRAJAS MORENO, A.: “Formación y derechos individuales”, Actualidad laboral, Sección doctrina, 1999, Ref. XXXIII, pág. 503, tomo 2, editorial LA LEY.

PELLOUTIER, F: Histoire des bourses du travail. Se utiliza la traducción al español de GOMEZ CASAS, J: Historia de las Bolsas de Trabajo. Orígenes del sindicalismo revolucionario. ZERO, Madrid, 1978.

RODRIGUEZ PIÑERO, M: “La Carta Social Europea y la problemática de su aplicación”. Revista de política social, 1978, nº 118, pp. 6 y 7.

ROMAGNOLI, U.: “La estructura de la empresa”, Cuadernos de Derecho del Trabajo, nº 4, 1978, citado en ROMAGNOLI, U.: Trabajadores y Sindicato. Fundación Sindical de Estudios y Comisiones Obreras de Madrid, Ediciones GPS, Madrid, 2006.

SALCEDO BELTRAN, M^a C.: Negociación colectiva, conflicto laboral y carta social europea. Albacete, 2014, Bomarzo.

SEN, A.: “Trabajo y derechos”. Revista Internacional del Trabajo, vol. 119 (2000), núm. 2, pp. 129-139.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras. Bomarzo, 2016.

TECNICHE DI TUTELA, COSTITUZIONE DEL 1948 E PROCESSO CIVILE (a proposito di una prolusione non tenuta)¹

PROTECTION TECHNIQUES, 1948 CONSTITUCION AND CIVIL TRIAL (about a not held prolusion)

Andrea Proto Pisani²

RIASSUNTO: L'articolo evidenzia come il ribaltamento dei valori e dei diritti (lavoro, persona e sviluppo della sua personalità, solidarietà, uguaglianza sostanziale e libertà, rispetto alla proprietà e iniziativa economica privata) operato dalla Costituzione del 1948 avrebbe dovuto comportare la riforma dei processi speciali sommari tipici che la legislazione preesistente prevedeva e — salve poche eccezioni — continua a prevedere solo a favore dei proprietari e degli imprenditori.

PAROLE CHIAVE: Valori. Libertà. Uguaglianza sostanziale. Solidarietà. Proprietà e iniziativa economica privata.

ABSTRACT: The paper highlights how the reversal of values and rights (labor, person and development of personality, solidarity, substantial equality and freedom with respect to property and private economic initiative), operated by the 1948 Constitution, should have led to the reform of the special typical summary proceedings that the preexisting legislation provided and, with a few exceptions, keeps on providing only for owners and entrepreneurs.

KEYWORDS: Values. Freedom. Substantial equality. Solidarity. Property and private economic initiative.

Artigo recebido em 01/07/2019.

Artigo aprovado em 31/07/2019.

¹ Lo scritto è dedicato, a trenta anni dalla sua scomparsa, a Giovanni Fabbrini, collega e amico indimenticabile, con il quale ebbi a condividere per quasi dieci anni il periodo migliore del mio insegnamento universitario.

Il sottotitolo si richiama alla circostanza che, quando nel 1974 mi trasferii a Firenze, avevo pensato di svolgere come mia prolusione (che non si tenne mai) un discorso che trattasse più o meno gli stessi temi che esamino nel testo che pubblico oggi, giunto quasi a compimento dei miei studi.

Gli ultimi due paragrafi utilizzano in parte studi già pubblicati: il primo in *Foro it.*, 2009, V, 1 ss., relativo ad un progetto di riforma del codice di procedura civile, il secondo, risalente al 1982, pubblicato nella voce (Provvedimenti d'urgenza) della *Enciclopedia giuridica Treccani*.

Molti dei miei studi che sono alla base del presente articolo sono stati da me raccolti in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*. Studi, Napoli, 2003; ad essi rinvio per approfondimenti e per indicazioni bibliografiche, ovviamente limitate all'anno della pubblicazione di ciascuno studio.

Non essendo un civilista ho evitato anche in questo articolo di analizzare le conseguenze che l'irrompere della persona a livello di valore fondamentale dovrebbe avere avuto sul IV libro del codice civile relativo alle obbligazioni e secondo cui (art. 1174) “la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica” (il che, rispetto ai diritti della persona e almeno di molti diritti di libertà, non è). Sul tema per me restano ancora attuali le pagine di Pietro Rescigno, *Obbligazioni (nozioni generali)*, voce del *l'Enciclopedia del diritto*, Milano, 1979, XXIX, spec. § 48 ss. Sull'emergenza della persona nel diritto privato, v., da ultimo, anche per ampie indicazioni bibliografiche, E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, Torino, 2017. È noto, poi, come, mentre in Francia e prima ancora in Germania è stata riscritta la parte corrispondente al IV libro del codice civile, tanto non è ancora avvenuto né, a quanto so, è preannunciato, in Italia.

² Professore Emerito dell'Università di Firenze, Italia. (già Prof. ord. di Diritto processuale civile).

Prima di abbandonare questa nota al titolo del mio scritto, vorrei rispondere ad una obiezione che qualche lettore potrebbe muovermi dopo averlo letto.

Perché occuparsi di fenomeni oggi del tutto residuali?

L'esigenza di munire di una tutela "urgente" i diritti della persona, del lavoratore, delle libertà (specie se sostanziali) — si potrebbe, non del tutto a torto, osservare — è un qualcosa che, nei settant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione, è assunta al livello di esigenza pratica solo in brevissimi periodi oramai del tutto superati: è esistita solo (si potrebbe ancora obiettare) tutt'al più nei sussulti degli anni settanta del secolo scorso. Poi ha sempre più ripreso vigore, anche a livello giuridico, l'esigenza di tutela (anche urgente) dei soli diritti degli imprenditori e dei proprietari. La stessa esigenza di tutela urgente dei lavoratori dipendenti è stata svuotata attraverso la soppressione legislativa delle due chiavi di volta dello statuto del 1970, con la piena legittimazione pressoché indiscriminata nata del lavoro a termine (divenuto un gigantesco periodo di prova a favore dell'imprenditore) e la quasi totale soppressione del diritto alla reintegra del lavoratore subordinato; così che, aiutata anche dalla crisi, la Costituzione è tornata fuori dalla fabbrica, come invece alcuni ingenui avevano pensato non potesse accadere dopo l'emanazione dello statuto del 1970.

Obiezioni di questa specie sono nella sostanza esatte.

Di esse ho avuto costante consapevolezza nel turbinoso evolvere degli eventi che vanno dal 1975 ad oggi (diffondersi della corruzione, anche personale, del sistema politico nel suo complesso, mancato incontro tra cattolici democratici e comunisti anche dopo il collasso dei regimi comunisti europei, progressiva accettazione spesso acritica di un liberismo economico con tutte le sue conseguenze anche giuridiche relative ai diritti fondamentali dei lavoratori e della persona umana, fino a giungere al populismo ignorante e razzista di questi giorni: agosto 2018).

Io, che non sono mai stato iscritto ad un partito politico, che non ho mai svolto attività politica in senso stretto, sin dalla prima giovinezza ho coltivato (e cerco ancora di coltivare), come valori fondamentali di riferimento, il rispetto, la promozione e la tutela della persona umana, la riflessione sull'importanza (dei diritti) dei doveri di solidarietà umana e sociale, il puntare sempre nel senso di diminuire le diseguaglianze sociali, e quindi la simpatia per l'ideale socialista, ecc.

Con la conoscenza e lo studio della Costituzione mi sono reso conto che nel loro nucleo essenziale i miei valori di riferimento coincidevano con quelli fondanti la nostra

Costituzione del 1948 (e in particolare con quelli espressi dai principî fondamentali e dalle disposizioni in tema di libertà).

Essendomi trovato (a seguito di una serie di vicende in gran parte casuali, riportate, se si vuole, in Note a margine di una vita universitaria, in corso di stampa negli studi dedicati a Roberto Pardolesi) a svolgere come attività lavorativa l'insegnamento e lo studio del diritto processuale civile, mi è sembrato doveroso, una volta superato il primo indispensabile periodo di formazione, impegnarmi nella verifica delle forme di tutela di quei diritti (e doveri) espressione dei valori che avevo coltivato a titolo di interesse personale sin dalla mia prima giovinezza.

Di qui l'articolo redatto in questa afosa estate, in cui mi ricollego a tanti studi precedenti. Di qui l'amarezza per la situazione politica attuale e per i veri e propri disvalori di cui mi sembra sia espressione.

1 - Il ribaltamento dei valori operato dalla Costituzione italiana del 1948. La Costituzione italiana del 1948 fu, come è noto, frutto di un compromesso fra cattolici e socialcomunisti, con la partecipazione, ma in posizione di minoranza, dei liberali e degli azionisti.

Essa consentirebbe, nel rispetto dei suoi principî fondamentali, sia uno Stato caratterizzato dal libero mercato corretto con ampie aperture al sociale (istruzione, sanità, ambiente, ecc.), sia uno Stato caratterizzato dalla sottrazione al privato delle imprese (e forse anche del commercio) di grandi dimensioni, e con una notevole apertura a quelli che oggi sono chiamati "beni comuni" come ottimizzazione del sociale.

Una cosa mi sembra comunque certa: i suoi principî fondamentali, i suoi valori fondanti non sono più — diversamente da quanto era invece avvenuto per lo Stato liberale prima e fascista poi — né il libero mercato: l'art. 41, dopo avere detto che "l'iniziativa economica privata è libera", immediatamente aggiunge e precisa che essa "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale" (utilità sociale che — mi si permetta questa intromissione — vediamo, almeno all'inizio del presente millennio, contraddetta da una crescita economica da cui risultano sempre vincitori gli imprenditori e sconfitto quel vasto ceto di nuovi poveri di cui fanno parte anche gli operai e gli impiegati di un tempo) o in modo da "recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana" e comunque "può essere indirizzata e coordinata a fini sociali"; né la proprietà privata (gli art. 42 e 43 sono pressoché tutto un lungo elenco di

limitazioni che giungono fino alla espropriazione di questo diritto, che da oltre due millenni ha costituito il diritto fondamentale dell'organizzazione sociale).

Operando una vera e propria rivoluzione, la Costituzione italiana del 1948 ha, nei suoi principî fondamentali, posto invece:

a) la persona umana (lo sviluppo della sua personalità), “sia come singolo sia nelle formazioni sociali”, conferendo ad essa non solo diritti inviolabili, preesistenti rispetto alla stessa Costituzione, ma anche (art. 2) il compito di adempiere i (sempre preesistenti) doveri di solidarietà sociale, doveri che trovano la loro fonte anche nella stessa Costituzione: 1.° e 2.° comma dell'art. 3, art. 4 e molti articoli della parte prima (dedicata ai “diritti e doveri dei cittadini”: art. 13-54);

b) il lavoro, inteso come il primo dei preesistenti diritti inviolabili (da realizzare in un contesto di eguaglianza sostanziale: art. 3), considerato non solo un diritto ma anche un dovere, allo scopo “di concorrere al progetto materiale e spirituale della società” (art. 4).

Se la lettura — secondo cui si è alla presenza di una vera e propria rivoluzione nei diritti e nei doveri — è corretta (nella sua esposizione ha cercato di utilizzare le parole e il pensiero di Costantino Mortati, cioè di un costituzionalista vissuto negli anni a cavallo della seconda guerra mondiale), è evidente la volontà di mutare radicalmente il sistema preesistente; pertanto, il legislatore (aiutato dagli studiosi di diritto) aveva il delicato compito di “rimboccarsi le maniche” e procedere alle innovazioni necessarie allo scopo di dare una tutela (anche giurisdizionale) adeguata ai nuovi diritti emergenti del lavoro e della persona.

Chiarisco meglio quanto desidero dire: la rivoluzione determinatasi a livello di valori con riferimento alla proprietà e all'impresa non significava affatto — con riguardo al diritto dei rapporti tra privati e alle conseguenti forme di tutela previste dal diritto processuale civile — abrogare (previa la doverosa eccezione delle disposizioni di legge espressione tipica del regime fascista e razzista preesistente) il sistema tramandatosi e perfezionatosi in millenni di storia relativamente al diritto sostanziale di proprietà e al più recente diritto dell'impresa privata, e le loro forme di tutela giurisdizionale. Ciò non comportava affatto una abrogazione, ma, almeno a mio avviso (per quanto riguarda il settore del diritto processuale civile), solo l'effettuare un censimento delle tecniche di tutela (dei processi tipici previsti dalla legge) individuando quali fossero espressione di “privilegi” attribuiti ai proprietari e imprenditori, e in tal caso verificare se quelle tecniche di tutela (quali processi tipici) erano o no utilizzabili anche a favore dei diritti dei lavoratori e dei diritti c.d. della personalità, ed in tal caso utilizzare proprio quelle sperimentate tecniche di tutela (quei processi tipici) anche a tutela di

diritti strutturalmente analoghi dei lavoratori o dei diritti della personalità: eliminando in tal modo anche l'elemento spregiativo del privilegio. Verificare cioè se, ferma restando la struttura di tali processi, essi fossero o no utilizzabili (previa la loro preventiva tipicizzazione) in funzione della tutela di diritti (dei singoli o collettivi) della persona, delle libertà, e di almeno alcuni dei diritti in materia di lavoro.

Questa verifica sistematica non fu fatta e direi neanche tentata da parte dei processualciviliisti. Sia pure con disordini e ritardi cominciò ad essere fatta nel mondo del diritto del lavoro, perché, come è comprensibile: a) la soppressione del sistema corporativo, di concerto con l'abrogazione immediata delle norme che erano conseguenza diretta della legge Rocco del 1926, ridiede immediatamente vita allo scontro fisiologico tra associazioni dei lavoratori e degli imprenditori; b) il c.d. miracolo economico italiano, realizzatosi negli anni cinquanta e protrattosi quasi fino al termine del decennio successivo, determinò l'emanaione di importanti leggi nell'interesse dei lavoratori; con cospicue aperture sul terreno dei processi tipici in materia di lavoro (v. infra, § 7).

2. - Gli studi (soprattutto) dei processualciviliisti fiorentini e pavesi in tema di Costituzione e processo. Prima di continuare il discorso appena iniziato, desidero spiegare cosa significhi la grave affermazione fatta nel paragrafo precedente circa "l'inerzia" dei processualciviliisti in ordine all'attività di studio e di proposizione circa i problemi di tecnica processuale che poneva la realizzazione di una tutela giurisdizionale effettiva relativa alla scelta costituzionale di valorizzare, a livello di principî fondamentali dell'ordinamento, i diritti individuali (e collettivi) della persona e quindi, è da aggiungere sin d'ora, dei diritti di libertà (anche se non indicati fra i principî fondamentali).

Con questo, forse infelice, duro richiamo (a me stesso prima che ai miei colleghi più avanti negli anni) intendevo riferirmi alla circostanza che i processualisti, per così dire sensibili alle molte novità introdotte dalla Costituzione, concentrarono, almeno nei primi due decenni, la loro attenzione soprattutto su quelle disposizioni, pur sempre costituzionali, che disciplinavano e disciplinano (i soggetti, le forme e i termini) l'essenza del processo:

a) il giudice e la sua imparzialità: al riguardo gli art. 101-109 e 111-113, norme che ancora oggi altri paesi occidentali ci invidiano, perché prevedono la piena autonomia e indipendenza dei giudici con norme di rango costituzionale (relative all'inamovibilità, ai trasferimenti, alle promozioni, alla distinzione dei magistrati addetti allo stesso ufficio solo per le funzioni e non per la qualifica di eventuali incarichi direttivi), nonché prevedono l'istituzione di un organo di rilevanza costituzionale, il Consiglio superiore della magistratura,

volto ad assicurare “l'amministrazione della giurisdizione” e quindi ad assicurare a livello di effettività le singole garanzie di autonomia e indipendenza, o anche di soggezione soltanto alla legge;

b) il diritto di azione, cioè al potere di agire a tutela dei propri diritti, diritto di azione il cui esercizio non può essere subordinato a oneri (ad es. patrimoniali nell'interesse dell'erario) che non siano funzionali alla stessa giurisdizione;

c) il diritto di difesa, la realizzazione del principio *audiatur et altera pars*, cioè al principio del contraddittorio;

d) il diritto della prova;

e) il diritto all'impugnazione, ponendo di conseguenza il problema della sopravvivenza o no dell'efficacia del provvedimento impugnato;

f) la garanzia del ricorso per cassazione per violazione di legge contro tutte le sentenze;

g) l'ineffettività del sistema allora vigente di garanzia del diritto di azione e/o di difesa a soggetti non abbienti, e la necessità dell'introduzione anche in Italia di un sistema adeguato ad assicurare, a tentare di assicurare, l'eguaglianza sostanziale nelle parti del processo;

h) l'inizio del dibattito relativo alla possibilità o no che la sentenza resa tra le parti abbia efficacia contro terzi titolari di diritti in senso lato connessi.

Questi, e altri, costituirono il delicato oggetto di studio da parte dei maggiori processualciviliisti italiani: penso ad Andrioli, che dedicò proprio al tema “Costituzione e processo” la sua prolusione pisana del 1954, ma penso soprattutto ai molti studi (e alla spinta per i loro allievi ad approfondirli) di Mauro Cappelletti e Vittorio Denti: penso alle monografie di Vincenzo Vigoriti del 1969 e di Luigi Paolo Comoglio del 1970, allo studio relativo alle garanzie del processo comunitario di Valerio Grementieri del 1973, alla ricchissima rivisitazione in stretta comparazione con il diritto tedesco di Nicolò Trocker del 1974, al libro di Enzo Varano sulla organizzazione della giustizia in Inghilterra del 1973, libro che sostanzialmente si inserisce nello stesso contesto; penso infine al convegno internazionale tenutosi in Firenze nel 1971 sotto la spinta di Cappelletti e Denis Tallon con sedici rapporti nazionali, il tutto sotto gli auspici dell'Unesco e dell'Associazione internazionale di scienze giuridiche, i cui atti furono pubblicati nel 1973.

Quindi nessun disinteresse dei processualciviliisti italiani rispetto alle conseguenze che la Costituzione del 1948 esercitava sul codice di procedura civile del 1942, ma la loro concentrazione su temi interessantissimi ed attualissimi sì, ma che non concernevano (salvo

ovviamente singoli spunti) direttamente le conseguenze in tema di necessaria revisione della tecnica della tutela sommaria, ampiamente utilizzata nell'interesse dei proprietari e degli imprenditori, allo scopo di renderla adeguata alla tutela della persona, delle libertà e (almeno in suoi importanti diritti) del lavoro, diritti che invece primeggiavano fra i principî fondamentali della nostra Costituzione.

3 - I problemi tecnici posti dalla tutela giurisdizionale civile dei diritti della personalità: 1) i danni non patrimoniali; 2) il problema della mancata previsione di una disciplina specifica volta ad assicurare l'attuazione dei provvedimenti di condanna inibitori emanati a tutela dei diritti della personalità, dei diritti di libertà, ecc. Prima di riprendere il discorso interrotto alla fine del § 1, mi sembra opportuno premettere lo schema dei problemi che vorrei esaminare.

Già si è detto del come i diritti della persona rilevino nella nostra Costituzione.

Ciò pone non solo un problema di individuazione di quali siano questi diritti.

L'analisi di questo problema sfugge alle mie competenze e rientra soprattutto in quelle dei costituzionalisti (al riguardo mi piace richiamare il volume redatto recentemente da Maurizio Fioravanti sull'art. 2 Cost. per la collana di Carocci e di studi di Alessandro Pace sulla tutela giurisdizionale delle libertà) e dei privatisti, nonché in parte anche dei penalisti al fine del discorso inevitabile sulla sanzione; oltre che della giurisprudenza (che è andata sempre più moltiplicando i diritti, specie individuali della persona o della personalità: al diritto al nome e all'immagine, unici diritti della personalità previsti dal codice civile del 1942 agli art. 6 e 10, si sono andati via via aggiungendo, fra i tanti, il diritto all'immagine morale, comprensiva dell'identità spirituale, politica e ideale, il diritto alla riservatezza, il diritto all'oblio, il diritto all'identità personale, ecc.).

I problemi tecnici che tali diritti pongono, ove li si voglia tutelare attraverso il ricorso alla giurisdizione civile, sono soprattutto due.

1) Sul piano "strutturale" il godimento del bene (immateriale, certo non patrimoniale) che ne costituisce l'oggetto è assicurato attraverso il c.d. dovere generale di astensione da parte di tutti (gli omnes) i soggetti dell'ordinamento; ovvero, ove tale dovere non sia osservato, si determina la violazione di un originario obbligo di non fare e si domanderà pertanto al giudice di condannare l'autore al risarcimento dei danni non patrimoniali (nella misura in cui questi danni siano ammissibili ai sensi dell'art. 2059, cosa che oggi la giurisprudenza ritiene consentito ove il diritto violato, come accade per tutti i diritti di cui stiamo parlando, abbia rilievo costituzionale) per la parte in cui la violazione è stata già

“consumata”, nonché, e soprattutto, ad astenersi dal ripetere la violazione, continuare a non adempiere l'originario obbligo di non fare; unicamente tale ultima specie di condanna si indica con l'espressione di condanna inibitoria, o di cessazione del comportamento illegittimo.

Orbene le modalità con cui assicurare che l'obbligato adempia l'originario obbligo di non fare (o, è lo stesso, di ottemperanza alla condanna inibitoria) non poteva essere risolto che negativamente, poiché il sistema vigente nel 1948 (salvo poche eccezioni previste dalle leggi speciali in tema di brevetti, marchi e diritto d'autore) non prevedeva alcuna modalità idonea ad assicurare l'attuazione dei provvedimenti di condanna inibitoria, cioè all'adempimento dell'obbligo originario di non fare; ed almeno la maggioranza degli studiosi del processo civile non denunciava in modo alcuno la gravità di questo vuoto normativo.

2) Stante il carattere (normalmente) non patrimoniale proprio del bene oggetto di un diritto della persona o della personalità, siamo alla presenza di un diritto di grande importanza ma estremamente fragile, che, se violato, provoca danni alla persona, danni per definizione non suscettibili di essere soddisfatti adeguatamente nella forma dell'equivalente (che non sussiste) monetario neanche della specie “danni non patrimoniali” (che sono pur sempre somme di denaro calcolate in modo diverso). Di qui la strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale, la essenza del principio chiovendiano secondo cui il processo deve dare, nei limiti del possibile, a chi risulta titolare di un diritto tutto quello e proprio quello che è assicurato dal diritto sostanziale, impone al legislatore di prevedere (oltre alla possibilità, sempre consentita, del ricorso al processo ordinario di cognizione, processo che ha comunque la durata anche fisiologica di ottodiecimese) la possibilità di fare ricorso ad un processo sommario tipico (cioè senza che possano verificarsi questioni serie circa la sua ammissibilità), il quale, accertati superficialmente i fatti eventualmente controversi, oltre l'eventuale condanna ai danni, disponga immediatamente la cessazione della sua violazione, la c.d. inibitoria cioè l'adempimento dell'originario obbligo o di non fare.

Anche qui non si tratta di inventare nulla a livello di tecnica giuridica, si tratta solo di utilizzare con riferimento ai diritti della persona la tecnica della tutela possessoria dell'azione di spoglio e soprattutto di manutenzione, previste da sempre e oggi dagli art. 1168-1170 c.c., o, se si preferisce la tecnica delle denunce di cui agli art. 1171-1172 c.c.: cioè di utilizzare tecniche di tutela originariamente introdotte nella tutela del proprietario possessore, a garanzia anche di un diritto della persona che tutela un bene a contenuto non patrimoniale.

Per motivi di effettività della tutela, si vuole introdurre (così come effettuato dalle disposizioni in tema di tutela possessoria e di denunce) un processo tipico sommario che

contempli espressamente la sua applicabilità ai diritti della personalità, e non ci si accontenti solo della possibilità di ricorso agli atipici provvedimenti d'urgenza previsti dall'art. 700 c.p.c. (v. il successivo § 9).

4 - Riflessioni su due diversi esempi di obblighi infungibili: il primo di fare, il secondo di non fare.

4.1. - Per comprendere in modo piano, anche se il discorso sarà volutamente elementare, i problemi posti dalle modalità di attuazione dei provvedimenti di condanna all'adempimento di obblighi di non fare, le condanne c.d. inibitorie, mi sembra opportuno, a questo punto, soffermarmi su due esempi, anche se a prima vista banali.

Si può iniziare facendo l'esempio del “famoso” cantante d'opera lirica che annuncia di non voler cantare (e prima ancora partecipare alle prove) nei giorni pattuiti nel contratto di scrittura. In tal caso l'impresario lirico potrà tentare di risolvere l'incidente rivolgendosi al giudice ed ottenere, quasi ad horas, un provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. che ordini al cantante famoso di eseguire i suoi obblighi nei giorni stabiliti; ma, ottenuto il provvedimento del giudice della cognizione tale provvedimento, in quanto avente ad oggetto un obbligo di fare palesemente infungibile, non sarebbe stato eseguibile nelle forme previste dall'art. 612 c.p.c.

Riflettendo sull'esempio si potrebbe pensare alla almeno astratta possibilità di seguire altre strade. La prima che viene alla mente è quella di presentare una denuncia penale: la minaccia insita nella sanzione penale, se la pena è elevata, ha una forte funzione dissuasiva riguardo al persistere in un comportamento costituente reato; ma tale reato esiste? È previsto dal nostro codice penale? Direi proprio di no, e forse è un bene perché la previsione che un dato comportamento costituisce reato comporta inevitabilmente una compromissione del valore insito nel godimento della libertà personale, libertà personale che nel bilanciamento dei valori insiti nelle due scelte contrapposte nel caso di specie, mi sembra, giocare a favore della libertà.

L'esempio proposto è semplice, ma la risposta dell'uomo di legge non lo è, soprattutto perché è in gioco la libertà di un soggetto sia pur inadempiente all'esecuzione di un obbligo civile.

Ma proseguiamo nell'esame dell'esempio. Dal 2009 in poi (sia pure con grandissimo ritardo rispetto alla Francia e alla Germania) è stato introdotto l'art. 614 bis c.p.c., che ha come rubrica “misure di coercizione indiretta”, il quale, fra l'altro, prevede che il giudice, nel provvedimento con cui condanna all'adempimento di un obbligo infungibile, su richiesta di

parte, dispone che, in caso di inadempimento o di sua continuazione o ripetizione all'obbligato sarà applicata una pena pecuniaria civile cioè il pagamento di una somma di denaro (discrezionalmente determinata di un ammontare pari — direi — a quanto presumibilmente sufficiente a dissuadere l'obbligato dal continuare la violazione e a spingerlo invece all'adempimento spontaneo).

4.2. - Esaminiamo ora un altro esempio, relativo questa volta al diritto di proprietà e al diritto di servitù.

Come ho già accennato, le forme tipiche di tutela del diritto di proprietà (dei diritti reali di godimento), previste dai codici civile e di procedura civile del 1942, erano e sono ancora molto numerose perché, trattandosi di un diritto non solo dalla storia più che bimillenaria, ma anche di un diritto che, si può dire quasi fino a ieri, è stato il diritto fondamentale dell'ordinamento civile e politico (ancora è dato di leggere che la proprietà privata è indispensabile presidio dei diritti di libertà); il diritto di proprietà, dicevo, è stato particolarmente studiato dagli operatori giuridici, i quali hanno messo a sua disposizione, sul piano del processo, multiformi e assai sofisticate tecniche di tutela, che, oltre al tradizionale atipico processo ordinario di cognizione, si allargano di molto nel settore dei processi sommari: basti qui ricordare il provvedimento per convalida di sfratto e alla relativa ipotesi (art. 665) di condanna di immediato rilascio con riserva dell'esame delle eccezioni sollevate dal conduttore (ove esse non siano fondate su prove scritte) solo nel corso del successivo processo a cognizione piena, i processi di costituzione di servitù coattive (art. 1032), l'azione di regolamento di confini, e financo, di apposizione dei termini (art. 950 e 951), le disposizioni e relativi processi in tema di immissioni (art. 844), la storia che è dietro l'articolatissima disposizione relativa all'azione di rivendica (art. 948), l'azione negatoria (art. 949), la completa elencazione delle molte forme di tutela del diritto delle servitù (art. 1079: articolo su cui richiamavo sempre l'attenzione degli studenti, perché la sua attenta lettura costituisce un grosso aiuto per lo studio delle forme di tutela cognitiva dei diritti), il sequestro giudiziario (art. 670-687 c.p.c.) anche questo ricco di specificazioni dovute alla sua storia, le denunce di nuova opera (art. 1171) e di danno temuto (art. 1172), che prevede, quest'ultima, un'azione sommaria preventiva dei danni (che solo l'insipienza dei nostri legislatori non ha provveduto a generalizzare nei codici del 1942); si pensi, infine, alla tutela possessoria, che costituisce la forma «avanzata» di tutela della proprietà.

Come andavo ripetendo a lezione, la conoscenza di queste e altre disposizioni è indispensabile: essa infatti consente all'interprete (spesso de iure condito, talvolta de iure

condendo) di avere pressoché totale conoscenza dei possibili contenuti dei provvedimenti e delle tecniche della tutela sommaria tipica estensibili (in via interpretativa o spesso solo in via di riforma legislativa) a diritti che sono emersi dal secolo scorso in poi, ma che, in mancanza di processi sommari tipici che li prevedano, devono necessariamente fare ricorso ai provvedimenti previsti dall'atipico art. 700 c.p.c. (del quale, dopo aver apprezzato l'inestimabile funzione che ha assolto e assolve, almeno dalla fine degli anni sessanta del secolo scorso, allo scopo di assicurare la costituzionalità complessiva del nostro ordinamento processuale civile, vanno riconosciuti i limiti inevitabili, insiti nella sua atipicità, limiti che invece, ad esempio, non ha la tutela sommaria della proprietà; ma v. infra § 9).

Dopo questa ampia (ma, almeno spero, non inutile) digressione, ritorniamo ai due esempi indicati all'inizio di questo paragrafo. Il proprietario di un giardino, forte del suo diritto di godere del suo bene in modo esclusivo, si duole che il vicino — senza che possa vantare alcun diritto di servitù di passaggio né aspirare alla costituzione di una servitù coattiva di passo — frequentemente, per ragioni di comodità o altre, ha preso l'abitudine di passare per il giardino, nonostante le cortesi ma plurime rimostranze del proprietario. Questi ad un certo punto decide di far valere il suo diritto al godimento esclusivo della proprietà ed esercita l'azione negatoria allo scopo di ottenere una volta per tutte l'accertamento della inesistenza di qualsiasi diritto (reale o personale) del vicino di attraversare il suo giardino e, allo stesso tempo — per evitare che il passaggio continui o si ripeta —, ottenere la sua condanna alla cessazione della molestia, oltre che la condanna al risarcimento dei danni provocati ai suoi fiori a causa dei suoi frequenti attraversamenti. L'esempio è pressoché lo stesso se si ipotizza un vicino titolare di una servitù di passaggio sul fondo limitrofo, ove il suo proprietario, tramite la apposizione di sempre nuovi e ingegnosi ostacoli, impedisca il passaggio al vicino; e questi, adito il giudice, abbia ottenuto la condanna del titolare passivo della servitù al pagamento dei danni causatigli per il passato, nonché, per evitare che in futuro vengano apposti nuovi ostacoli, condanna alla cessazione (per il futuro) del comportamento illegittimo di apporre ostacoli all'esercizio del suo diritto di transitare legittimamente per il giardino (art. 1079).

È agevole notare che, nei due esempi svolti, la condanna richiesta ed ottenuta ha un duplice contenuto:

a) il primo, rivolto verso il passato e diretto ad eliminare gli effetti dannosi causati dalla violazione dell'originario obbligo (o dovere) di non fare; questa parte della condanna, se non adempiuta spontaneamente, sarà attuabile attraverso l'espropriazione forzata;

b) le cose stanno in modo molto diverso quanto alla seconda parte del provvedimento di condanna. Essa è rivolta verso il futuro e mira ad impedire che la turbativa del vicino (contraria alla proprietà nel primo esempio ed al diritto di servitù nel secondo) abbiano a ripetersi anche dopo il provvedimento di condanna all'adempimento per il futuro dell'obbligo o dovere di non fare: questa parte del provvedimento di condanna — c.d. inibitoria — diretta ad evitare la violazione dell'obbligo originario di non fare; esso fino al 2009 non trovava possibilità di attuazione: così che al titolare (volta a volta del diritto di proprietà o di servitù) non restava altro da fare che instaurare un nuovo processo ed ottenere una nuova condanna al risarcimento dei danni e per il futuro una nuova ma “impotente” condanna inibitoria a non fare. E, infatti, se la turbativa non fosse ad un certo punto cessata, al proprietario o titolare del diritto di servitù non restava che riproporre ancora una volta la stessa domanda, ottenere la stessa condanna inibitoria, condanna inibitoria che il vicino avrebbe potuto tranquillamente continuare a violare, cioè non adempiere al suo originario obbligo di non fare. E così via! Da diritto al bene (godimento esclusivo del giardino, passaggio sul giardino del vicino), il diritto si trasformava, *contra legem*, in diritto all'indennizzo: il che appare inammissibile, stante la strumentalità del processo (ed anche perché mancano i requisiti di «interesse generale» richiesti dall'art. 42 Cost. per l'espropriazione della proprietà).

Quanto ora detto è tanto vero che alcuni miei illustri colleghi arrivavano a negare la qualifica di condanna all'inibitoria e dicevano che per questo la sentenza era sentenza non di condanna ma di mero accertamento (*sic*); (sul carattere non esclusivamente terminologico di tale affermazione svolgerò un rapido cenno infra, § 6).

Per la verità nei due esempi che ho esposto prima si sarebbe potuto, se non risolvere, aggirare il problema osservando che il processo ordinario di cognizione in Italia ha tempi lunghissimi; così che l'avente diritto, ove avesse conosciuto il codice penale e non solo il codice civile, avrebbe potuto scegliere di agire in giudizio, anziché con l'azione petitoria ex art. 849 e 1079 c.c., esercitando la più duttile azione possessoria di manutenzione (art. 1171). In tal caso l'inosservanza (o comunque l'elusione) della condanna inibitoria molto probabilmente non vi sarebbe stata, perché l'art. 388, 2.° comma, c.p. sanziona gravemente “l'elusione”, cioè l'inottemperanza all'ordine inibitorio del giudice civile relativo al possesso. È inoltre da ricordare che l'art. 637 c.p. considera direttamente reato l'ingresso abusivo sul fondo altrui.

Prima di continuare, occorre svolgere due importantissime notazioni.

5.1. - Estensione di quanto esposto al § 3 alla tutela dei diritti di libertà. L'art. 2 Cost., là dove parla di diritti inviolabili delle persone e di sviluppo della loro personalità, automaticamente richiama le libertà previste dai successivi art. 13 ss. Il godimento della libertà è strumento indispensabile allo sviluppo della personalità. Il discorso cambia di molto ove si tratti di libertà “sostanziale”, il cui godimento sia assicurato dall'adempimento di obblighi spesso continuativi anche di fare, obblighi che, anche se fungibili (si pensi per tutti agli obblighi previsti dall'art. 2087 c.c.), e quindi in teoria tali da poter essere attuati nelle forme dell'esecuzione forzata ex art. 612 c.p.c., ciò nonostante, a causa degli ingenti costi che l'avente diritto sarebbe stato obbligato ad anticipare, di fatto diventano (o diventavano) non attuabili nelle forme previste dall'art. 612; è però da osservare che dal 2015 il legislatore ha affermato, anche riguardo a condanne di tale specie, la possibilità di applicazione delle misure coercitive previste dall'art. 614 bis c.p.c.: così che oggi non vi dovrebbero essere ostacoli — almeno in teoria — alla attuazione di tali obblighi di fare.

Sul piano strutturale i diritti di libertà presentano le stesse caratteristiche dei diritti della personalità; e lo stesso è da dire riguardo alle loro forme di tutela.

Ciò significa che quanto osservato nei paragrafi precedenti vale anche, quasi parola per parola, riguardo ai diritti di libertà.

5.2. - Tutela dei diritti della personalità e dei diritti di libertà superindividuali. La seconda notazione, rapidamente fatta già nel primo paragrafo, concerne la circostanza che i diritti inviolabili della persona e le libertà possono riguardare sia la persona singolarmente considerata, sia la persona (rectius: le persone) in quanto inserita in formazioni sociali (associazioni le più varie dai sindacati dei lavoratori, alle associazioni dei consumatori, alle associazioni umanitarie no profit che agiscono nel mediterraneo o sulla terra ferma).

Si tratta di un mondo tutto nuovo che la Costituzione ha espressamente tenuto presente nell'art. 2, e che sul piano tecnico apre la strada a quella tutela c.d. superindividuale o collettiva caratterizzata sul piano attivo della legittimazione attribuita (direi), oltre che ai singoli, anche e soprattutto (ai fini della capacità di sostenere i costi non solo economici e la difficoltà di processi contro parti spesso socialmente molto forti) agli organi rappresentativi delle singole organizzazioni collettive o formazioni sociali che dire si voglia. Si tratta di un settore del diritto che si è cominciato a studiare in Italia nella prima metà degli anni settanta del secolo scorso (ma le riflessioni di Pietro Rescigno sulle comunità intermedie, raccolte nel 1964, erano antecedenti), su cui si possono leggere oggi due belle monografie di Romolo Donzelli del 2008 e Angelo Danilo De Santis del 2013.

6 - Un tipico esempio di pregiudizio dommatico. Desidererei ora accennare, dedicandovi uno spazio molto ristretto, ad una vicenda che evidenzia la cultura o, se si vuole, i pregiudizi di taluni studiosi del processo civile degli anni settanta e ottanta del secolo scorso.

Nel maggio 1975, si tenne a Firenze un importante convegno, organizzato dall'allora preside della facoltà Paolo Grossi, su "Libertà fondamentali e formazioni sociali" (convegno i cui atti purtroppo non sono stati pubblicati). In quella occasione redassi una comunicazione dal titolo L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna (riportata poi in Riv. dir. proc., 1975, 620).

In questo, peraltro breve, scritto — fondandomi soprattutto sul pensiero di Chiovenda relativo alla strumentalità tra diritto sostanziale e processo e sulle ardite operazioni che il maestro di Premosello aveva tentato di effettuare all'inizio del secolo scorso (per evitare un'ulteriore eccessiva digressione, rinvio alla mia relazione su Chiovenda e la tutela cautelare del 1988), ma altresì sugli ampi studi sulla inibitoria svolti, anche in chiave comparatistica, da Aldo Frignani e sulla monografia di Giuliano Vassalli del 1938 sull'art. 388 c.p. — avevo osato affermare che l'inibitoria costituisse un vero e proprio provvedimento di condanna avente ad oggetto l'adempimento di obblighi di non fare. Sollecitato anche dall'esigenza di colmare un vuoto di tutela tutto e solo italiano (vuoto che, come si vedrà, era stato evidenziato dall'ultimo comma dell'art. 18, e dal 4.º comma dell'art. 28 l. 300/70), avevo accennato altresì alla possibile utilizzazione degli art. 388 e 650 c.p. allo scopo di garantire l'attuazione di condanne all'adempimento di obblighi infungibili.

La reazione dei processualisti (diciamo di alcuni autorevolissimi processualisti) fu, senza esagerare, durissima.

Sulla base del principio, a loro avviso indiscutibile della correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata (intesa nell'unico senso della necessaria sostituzione di un terzo all'obbligato inadempiente), essi esclusero (anche oggi a me pare in modo assolutamente apodittico) che l'ordine giudiziale di non fare fosse qualificabile come "condanna"; questa esclusione non si accompagnava in modo alcuno alla denuncia contestuale del vuoto di tutela esistente nel nostro ordinamento ed al rilievo della contrarietà con quanto previsto da pressoché tutti gli ordinamenti processuali del mondo civilizzato. Ma vi è di più: questo atteggiamento si accompagnava anche all'apodittico rifiuto di aderire alla chiara opinione che Giuliano Vassalli aveva espresso con dovizia di argomenti sistematici nella sua monografia del 1938, opinione favorevole alla applicazione dell'art. 388 c.p. anche nelle ipotesi di provvedimenti relativi a ordini di non fare; ancora, questi studiosi si rifiutarono anche di

prendere in considerazione il dato testuale desumibile da numerose disposizioni di legge da me espressamente elencate e in particolare di quella chiarissima dell'art. 2818, che, con riferimento al titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, parla di “condanna al pagamento di una somma di denaro o all'adempimento di altra obbligazione”.

La polemica diede luogo ad affermazioni risibili — come quella già richiamata secondo cui la sentenza c.d. inibitoria era sentenza di mero accertamento — o ad attacchi da “sinistra”. L'unico collega che in più articoli (l'ultimo, direi, del 1986 pubblicato sulla Rivista critica di diritto privato) si mosse nella mia stessa direzione fu Michele Taruffo.

Ma abbandoniamo simili facezie (che oggi mi paiono un mero residuo storico di un periodo in cui si era abituati a prescindere da valori costituzionali quali, nella specie, l'effettività della tutela, e chiudersi in un sonno dommatico, quasi che questo non fosse anch'esso una opzione valutativa) e dopo avere ricordato che, in assenza nel nostro ordinamento di un sistema atipico di misure coercitive, la polemica aveva significato peraltro solo riguardo alla disapplicazione dell'art. 2818 (che di vera e propria disapplicazione si sarebbe trattato) ove i conservatori dei registri immobiliari avessero negato l'iscrizione di ipoteca giudiziale sulla base ad esempio di una sentenza inibitoria in tema di diritto d'autore (ma non si ha notizia che la questione sia mai sorta); e torniamo ad occuparci di cose (che almeno a me sembrano) più serie.

7 - Il valore del lavoro. Con quanto detto nei paragrafi da 3 a 5 penso di avere esaurito l'esame dei problemi tecnici posti dalla tutela dei diritti inviolabili della persona e della correlativa tutela delle libertà.

È ora quindi di affrontare, sia pure nei ristretti limiti consentiti da questo volutamente sintetico scritto, di trattare dell'altro pilastro fondamentale della nostra Costituzione, cioè del lavoro e della sua tutela giurisdizionale.

Occorre premettere che in materia di lavoro, posta la legittimità, costituzionalmente garantita, dell'autotutela nelle forme dello sciopero, pur con tutte le limitazioni introdotte dalla legge specie in materia di servizi pubblici essenziali, e le autolimitazioni poste all'azione sindacale dalla mancanza di forza adeguata nei periodi di crisi economica, ecc., il ricorso alla tutela giurisdizionale può costituire talvolta l'ultima scelta.

7.1. - Le leggi del 1960 e 1970. Prima di passare alla tutela giurisdizionale, è da dire che il periodo che va dall'inizio degli anni sessanta alla prima metà almeno degli anni settanta costituì un periodo di grossa forza della classe operaia, che da una parte, accettando una politica di bassi salari, ecc., aveva consentito la realizzazione del c.d. miracolo economico,

dall'altra negli anni sessanta e i primi anni settanta ottenne grosse conquiste sul piano legislativo (cioè, riforme, così sembrava allora, destinate a restare anche in periodi di perdita di forza della classe operaia).

Sono quindi da menzionare, sia pure solo per cenni rapidissimi: — in primo luogo la l.230/62, che pose rigidissimi limiti alla utilizzazione del contratto di lavoro (si sta parlando qui e oltre del solo lavoro) subordinato a termine, non consentito fuori di ipotesi eccezionali previste dalla legge e tassativamente elencate; — la l.604/66, limitativa dei licenziamenti individuali, consentiti al solo ricorrere di una giusta causa o un giustificato motivo: in assenza di un tale requisito, il lavoratore illegittimamente licenziato disponeva però (oltre al pagamento del periodo di preavviso non goduto) solo di una limitata tutela risarcitoria; — di grosso rilievo fu poi la l.300/70 (c.d. statuto dei diritti dei lavoratori), a seguito della quale fu detto che con le garanzie da essa previste i diritti previsti dalla Costituzione “erano finalmente entrati in fabbrica” (si pensi per tutti al sistema di discriminazione a danno di operai (persone) ideologicamente orientati verso i partiti di sinistra attuato negli anni cinquanta dalla Fiat, cioè dal più grosso gruppo industriale italiano).

Di quest'ultima legge, ai fini del nostro discorso, interessano soprattutto tre disposizioni.

a) L'art. 18, secondo cui, con riguardo a imprese che occupavano più di un certo numero (15) di dipendenti, il giudice con la sentenza che dichiarava la illegittimità del licenziamento (per qualsiasi motivo) contestualmente ordinava al datore di lavoro di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro, con la esplicita previsione legislativa che altrimenti avrebbe egualmente dovuto corrispondere la retribuzione fino alla reintegra effettiva. Si introduceva quella che (impropriamente) fu chiamata tutela “reale” e non “obbligatoria” del lavoratore illegittimamente licenziato. Poiché la giurisprudenza (soprattutto della Corte di cassazione) fu fermissima nel sostenere che questa parte della sentenza di condanna non fosse suscettibile di essere attuata nelle forme della esecuzione forzata per obblighi di fare ex art. 612, neanche parzialmente ai fini di consentire al lavoratore di rientrare nel luogo di lavoro e potere così godere dei diritti conseguenti (oltre alla blasfema possibilità di ottenere addirittura la riassegnazione del posto di lavoro, neanche tramite la nomina di un esperto in sostituzione del datore di lavoro). Ne segue che, nonostante gli enormi passi avanti a tutela del lavoratore illegittimamente licenziato, a livello giuridico la tutela restava “obbligatoria” (cioè per equivalente monetario: la corresponsione della retribuzione) e non “reale”» (come nell'azione di rivendica vittoriosamente esperita dal proprietario). Ciò non

impediva, però, che l'obbligo per il datore di lavoro di corrispondere la retribuzione fino alla reintegra effettiva potesse agire di fatto come misura coercitiva volta a premere su di esso nel senso di adempiere spontaneamente la reintegra (o, come accadeva più spesso nella pratica, di stipulare una transazione vantaggiosa per il lavoratore, che però rinunciava alla reintegra e quindi al godimento di quella situazione che solo gli consentiva di considerare il luogo di lavoro non solo come luogo di “fatica”, ma anche come “formazione sociale” dove sviluppare la propria personalità). Il passo avanti era comunque notevole, anche se restava ancora strada da percorrere per attuare a pieno gli art. 1 e soprattutto 2 e 3, 2.º comma, Cost.

b) Lo stesso art. 18, negli ultimi due commi (rimasti invariati pur dopo il notevole ridimensionamento della tutela garantita dal testo originario dell'art. 18 ad opera sia della giurisprudenza, sia degli interventi legislativi approvati durante i governi Monti e Renzi), in caso di illegittimità del licenziamento di lavoratori che ricoprivano cariche sindacali all'interno dei luoghi di lavoro (cioè delle persone che consentivano alle associazioni sindacali di esser fisicamente presenti nei luoghi di lavoro), prevedeva e prevede che in caso di mancata reintegra il datore di lavoro, oltre a corrispondere la retribuzione al lavoratore, debba corrispondere — vera e propria misura coercitiva — una somma analoga (cioè in pratica una seconda retribuzione) ad un ente previdenziale, nella speranza che almeno in questa ipotesi l'onere economico costituito dall'obbligo di dover mensilmente corrispondere due retribuzioni, agisca nel senso di indurre il datore di lavoro ad adempiere, prima o poi, l'obbligo di reintegra.

c) L'art. 28, infine, prevedeva e continua a prevedere che, in caso di comportamento antisindacale, cioè di comportamento positivo o omissivo che violi la libertà sindacale prevista dall'art. 39 Cost. o il diritto di sciopero (art. 40), gli organismi locali dell'organizzazione sindacale nazionale possono rivolgersi al pretore (cioè al giudice monocratico più vicino al luogo dove si è verificata la violazione denunciata: oggi il tribunale) perché questi, nel contraddittorio dell'imprenditore, presa sommaria cognizione dei fatti, in tempi brevissimi (la lettera della legge parla addirittura di soli due giorni), ove ritenga esistente la violazione, ne ordini la cessazione immediata e la rimozione degli effetti. Il provvedimento è immediatamente esecutivo ed è suscettibile di opposizione (oggi) davanti al tribunale, opposizione che è trattata nelle forme del processo del lavoro di primo grado e si conclude con sentenza. In caso di mancata opposizione della parte soccombente il provvedimento sommario diviene immutabile. La mancata ottemperanza (anche, direi, ad uno solo dei due capi di condanna) al provvedimento sommario o della sentenza resa dal giudice

dell'opposizione dà luogo all'applicazione dell'art. 650 c.p. (relativo al reato contravvenzionale della "inosservanza dell'ordine di autorità", nonostante tutto il grosso dispiacere arrecato alla dottrina genericamente richiamata retro § 6).

Per quanto interessa il discorso che si sta svolgendo in queste pagine, i provvedimenti e i procedimenti passati in rassegna, ed in particolare il secondo e il terzo, interessano innanzi tutto perché prevedono l'applicazione di sanzioni miranti ad assicurare la cessazione di comportamenti illegittimi, volta a volta di mancata reintegra nel posto di lavoro di c.d. sindacalisti interni illegittimamente licenziati (in tal caso la sanzione consiste nella corresponsione nella sostanza di una seconda retribuzione, corresponsione da versare non al lavoratore bensì ad un soggetto pubblico, così che la pena pecuniaria minacciata mi sembra avere natura pubblica e non privata, pur rimanendo sempre nel genere delle misure coercitive pecuniarie). L'art. 28 prevede invece un provvedimento giurisdizionale di cessazione di un comportamento lesivo di obblighi di non fare e per tale tramite in illegittimo contrasto con la libertà sindacale e/o del diritto di sciopero; quanto poi alla rimozione degli effetti della violazione dell'obbligo di non fare, il relativo provvedimento potrà avere i più vari contenuti, dalla ricostruzione della bacheca nella quale inserire comunicazioni sindacali, alla riattivazione della produzione o della trattativa interrotta come risposta ad uno sciopero (o anche alla sola minaccia di sciopero) legittimamente indetto, alla riammissione al lavoro del lavoratore licenziato (o trasferito) per motivi nella sostanza antisindacali, allo stesso riconoscimento, almeno in via generica, dei danni provocati dal comportamento illegittimo.

7.2. - (segue). Come forse il lettore avrà già inteso, l'interesse tutto particolare dell'art. 28 è dato dal costituire la prima disposizione di legge volta a tutelare in modo adeguato (o tendenzialmente tale) una situazione di libertà, e inoltre dalla circostanza che le scelte tecniche operate dal legislatore appaiano come tutte tecnicamente corrette, tanto da auspicare che esse siano fatte proprie del legislatore allorché finalmente si deciderà a dettare una disciplina autonoma di tutela giurisdizionale dei diritti (anche collettivi) di libertà e dei diritti (individuali e collettivi) della persona o della personalità che dir si voglia.

Quanto alla disciplina da introdurre, si deve osservare:

a) il carattere esclusivamente (o comunque prevalentemente) non patrimoniale dei diritti della personalità e dei diritti di libertà, e conseguentemente della lesione non patrimoniale (o prevalentemente tale), lesione che pertanto non sarà mai suscettibile di tutela adeguata dal ricorso solo a misure patrimoniali;

b) tutto ciò dovrebbe indurre un legislatore ragionevole, e anche il soggetto nei cui confronti la violazione è effettuata (o anche solo minacciata), a ridurre i tempi della violazione (o addirittura ad impedirli del tutto); tutto ciò, ferma restando inalterata per la parte soccombente la possibilità di instaurare un processo a cognizione piena di primo grado con i suoi tempi, anche fisiologici, di almeno ottodieci mesi, è realizzabile tramite la previsione legislativa di un modello di processo sommario modellato (quasi tutto) sul prototipo dell'art. 28.

7.3. - Un cenno sulla riforma del processo del lavoro a cognizione piena del 1973. Prima di chiudere questo paragrafo dedicato al versante del lavoro, non si può non accennare alla riforma del rito speciale del lavoro, disposta dalla l. 11 agosto 1973 n. 533; al suo esame, anche riguardo ai suoi legami con i valori costituzionali, ho dedicato uno scritto (in corso di pubblicazione anche sulla Rivista di diritto civile). Pertanto, dopo avere ricordato le anche aspre battaglie che si svolsero nel corso dei lavori preparatori di questo nuovo rito speciale del lavoro e su molte delle sue scelte, rinvio il lettore a questo mio recente bilancio, dicendo solo che nei primi due anni della sua applicazione esso, grazie anche agli sforzi sinergici di magistrati, avvocati e processualciviltisti, tutti volti a dare anche ardite interpretazioni che garantissero però la parità tra le parti e l'equilibrio tra potere delle parti e del giudice, si formò un consenso diffuso sulla bontà del nuovo processo del lavoro così come applicato nella prassi da giudici e avvocati.

Ultima notazione di questo paragrafo: è singolare che durante tutti i lavori preparatori di questa legge, lavori che si svolsero proprio durante i primi anni di applicazione del procedimento di cui all'art. 28 l. 300/70, a quanto mi è dato ricordare, a nessuno venne in mente, almeno solo di programmare per gli anni immediatamente successivi la redazione di uno schema di processo sommario non cautelare, modellato sulle linee dell'art. 28, relativo soprattutto alla necessità e urgenza della tutela dei diritti della libertà e dei diritti della personalità.

8 - Schema di un modello di processo sommario non cautelare, a tutela dei diritti a contenuto e funzione non patrimoniale o prevalentemente non patrimoniale, a carattere atipico ma con individuazione per legge dei diritti a cui tutela esso è ammissibile indipendentemente da ogni valutazione del giudice sul contenuto e sulla funzione del diritto fatto valere.

Art. 1 - Ambito di applicazione - Tramite il processo sommario disciplinato dagli articoli che seguono, possono essere fatti valere tutti i diritti a contenuto e/o funzione esclusivamente o prevalentemente non patrimoniale.

A tale categoria appartengono i diritti di libertà costituzionalmente garantiti, i diritti della personalità, il diritto alla protezione dei dati personali, il diritto a non essere discriminato per ragioni di sesso, di razza, di etnia, di nazione, di disabilità, di opinioni politiche o sindacali, di religione, il diritto agli alimenti o al mantenimento, il diritto del lavoratore ad essere reintegrato nel posto di lavoro nel caso di licenziamento o trasferimento illegittimo, il diritto alla continuazione al rapporto di lavoro nel caso di illegittimità del termine apposto al contratto, il diritto dei singoli lavoratori e delle associazioni sindacali alla libertà ed attività sindacale nonché il diritto di sciopero, il diritto alla correttezza nella concorrenza, i diritti di esclusiva in materia di marchi, brevetti e diritto d'autore, il diritto alla attuazione di obblighi legali a contrarre, il diritto alla protezione contro gli abusi familiari.

L'elencazione di cui al comma precedente non ha carattere tassativo.

Art. 2 - Forma della domanda - La domanda si propone con ricorso depositato nella cancelleria del giudice competente. Il ricorso deve contenere i requisiti indicati nell'art. 414 c.p.c.

Art. 3 - Competenza anteriore alla instaurazione del processo a cognizione piena - La domanda si propone al giudice competente a conoscere la causa nelle forme della cognizione piena.

Se il giudice italiano non è competente a conoscere la causa a cognizione piena, la domanda si propone al giudice, che sarebbe competente per materia o valore, del luogo in cui deve essere eseguito il provvedimento sommario.

A seguito della presentazione del ricorso il cancelliere forma il fascicolo d'ufficio e lo presenta senza ritardo al presidente del tribunale, il quale designa il magistrato cui è affidata la trattazione del processo.

Art. 4 - Competenza nel corso del processo a cognizione piena - Quando è pendente causa nelle forme della cognizione piena la domanda si propone al giudice della stessa ai sensi dell'art. 3.

Se il giudice non è stato ancora designato o il processo è sospeso o interrotto la domanda si propone al presidente, il quale provvede ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 3.

Se la causa pende davanti al giudice straniero e il giudice italiano non è competente a conoscerne nelle forme della cognizione piena, si applica il 2.° comma dell'art. 3.

Il 2.° comma dell'art. 3 si applica altresì nel caso in cui l'azione civile è stata esercitata o trasferita nel processo penale, salva l'applicazione del 2.° comma dell'art. 316 c.p.p.

Art. 5 - Competenza in caso di clausola compromissoria, di compromesso o di pendenza di giudizio arbitrale - Se la controversia è oggetto di clausola compromissoria o è compromessa in arbitri anche non rituali o se è pendente il giudizio arbitrale, la domanda si propone al giudice che sarebbe stato competente a conoscerne nelle forme della cognizione piena.

Art. 6 - Procedimento - Il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione all'urgenza al provvedimento richiesto, e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto della domanda.

Quando la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare le finalità del provvedimento, provvede con decreto motivato, assunte ove occorra sommarie informazioni. In tal caso fissa con lo stesso decreto l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé entro un termine non superiore a quindici giorni, assegnando all'istante un termine perentorio non superiore a dieci giorni per la notificazione del ricorso e del decreto. A tale udienza il giudice, con ordinanza, conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati con decreto.

Nel caso in cui la notificazione debba effettuarsi all'estero, i termini di cui al comma precedente sono triplicati.

Art. 7 - Provvedimento di rigetto - L'ordinanza di rigetto per motivi di rito o di merito non preclude la riproposizione della domanda in via di cognizione piena, o anche in via sommaria purché si sia svolto il giudizio di reclamo di cui all'art. 10.

Art. 8 - Provvedimento di accoglimento - L'ordinanza di accoglimento, anche se emessa nella fase di reclamo di cui al successivo art. 10, non preclude la proposizione della domanda o la prosecuzione del processo nelle forme della cognizione piena.

Nel processo a cognizione piena grava sulla parte che afferma l'esistenza del diritto l'onere di provarne i fatti costitutivi.

L'estinzione del processo a cognizione piena non determina l'inefficacia del provvedimento sommario.

Salvo quanto disposto dal successivo art. 11 il provvedimento sommario è privo di qualsiasi efficacia preclusiva.

Art. 9 - Inefficacia del provvedimento sommario - Il provvedimento sommario perde efficacia se con sentenza, anche non passata in giudicato, è dichiarata l'inesistenza del diritto accertato in via sommaria. In tal caso con la stessa sentenza si provvede sulla domanda di ripristino e di risarcimento del danno.

Art. 10 - Reclamo contro i provvedimenti - Contro l'ordinanza con la quale è stato concesso o negato il provvedimento sommario è ammesso reclamo nel termine perentorio di quindici giorni dalla pronuncia in udienza ovvero dalla sua comunicazione o notificazione.

Il reclamo contro i provvedimenti del giudice di pace e del giudice singolo del tribunale si propone al collegio del tribunale di cui non può fare parte il giudice che ha emanato il provvedimento reclamato.

Il reclamo contro i provvedimenti del presidente del tribunale o del tribunale collegiale si propone alla corte d'appello. Quando il provvedimento sommario è emanato dalla corte d'appello, il reclamo si propone ad altra sezione della stessa corte o, in mancanza, alla corte d'appello più vicina.

Il reclamo si propone con ricorso e con esso può essere fatto valere qualsiasi vizio.

Il procedimento è disciplinato dal precedente art. 6. Il collegio si pronuncia con ordinanza con la quale conferma, modifica o revoca il provvedimento sommario.

Il reclamo non sospende l'esecutività o l'esecuzione del provvedimento contro cui è proposto.

Contro l'ordinanza emessa in sede di reclamo non è ammessa alcuna impugnazione.

Art. 11 - Revoca e modifica - Il giudice davanti al quale è stata proposta la domanda di provvedimento sommario, anche nel caso di concessione o di conferma del provvedimento in fase di reclamo, e il giudice del processo a cognizione piena eventualmente instaurato possono sempre modificare o revocare, su istanza di parte, il provvedimento sommario.

La revoca o la modifica è disposta solo nel caso in cui si alleghino fatti sopravvenuti o si deducano nuove prove.

Se si allegano fatti anteriori di cui si è venuti a conoscenza successivamente all'emanazione del provvedimento sommario, la parte istante deve fornire la prova del momento in cui ne è venuta a conoscenza.

Il procedimento di revoca o modifica è disciplinato dai precedenti art. 6 e 10.

Art. 12 - Esecuzione - Il provvedimento con cui è concesso un provvedimento sommario è sempre immediatamente esecutivo.

Si applicano le forme previste dal libro III; non è necessaria la preventiva notificazione del titolo esecutivo e del precetto.

Nel corso dell'opposizione all'esecuzione (per motivi di merito) può essere proposta istanza di revoca ai sensi del precedente art. 11 ma non di sospensione dell'esecuzione per motivi di merito.

Art. 13 - Cauzione - Con il provvedimento di accoglimento, di conferma o di modifica, il giudice, valutata ogni circostanza dedotta dalle parti, può subordinare l'esecutività del provvedimento sommario alla prestazione di una cauzione per l'eventuale risarcimento dei danni.

La cauzione non può essere disposta ove l'istante provi che le sue condizioni economiche non gli consentirebbero di prestarla.

Art. 14 - Spese giudiziali - Con l'ordinanza di accoglimento o di rigetto il giudice liquida le spese giudiziali. Il provvedimento è immediatamente esecutivo.

Il provvedimento di condanna alle spese è reclamabile ai sensi dell'art. 10. Ogni altra ulteriore questione deve essere fatta valere nell'eventuale processo a cognizione piena.

9. - Conclusioni sull'importanza dell'art. 700 c.p.c., ma anche dei limiti fisiologici insiti nel suo essere norma di chiusura. Giunti a questo punto, ci si potrebbe domandare perché tutto questo sforzo di elaborare uno schema articolato di procedimento sommario urgente, quando già esiste l'atipico art. 700 relativo ai provvedimenti cautelari d'urgenza, e il relativo procedimento previsto dagli art. 669 bis ss., che nell'esperienza pratica ha dato buona prova?

La domanda (che avevo già avanzato alla fine del § 3) merita una risposta chiara, ancorché necessariamente articolata.

Il procedimento previsto dall'art. 700 c.p.c. ha assolto in questi anni una funzione inestimabile, in quanto molto spesso (ove si eccettuino le poche ipotesi cui si è fatto riferimento in questo scritto), esso è stato l'unico procedimento idoneo a munire di tutela giurisdizionale adeguata una vasta e variegata serie di diritti specie a contenuto e/o funzione (esclusivamente o prevalentemente) non patrimoniale. L'esperienza applicativa dell'art. 700, oltre a testimoniare l'indispensabilità di una norma di chiusura che, prevedendo un potere cautelare generale, consenta al giudice di emanare provvedimenti (conservativi o) anticipatori all'infuori dei mezzi cautelari tipici, costituisce un patrimonio prezioso anche de iure condendo in una prospettiva di riforma.

L'affermare l'indispensabilità di una norma della specie dell'art. 700 e la particolare importanza della funzione che l'art. 700 ha assolto in questi anni non toglie però che in una prospettiva legislativa sarebbe profondamente errato presumere di potere rispondere a tutti i nuovi bisogni di tutela emersi dalla Costituzione e dalla prassi applicativa dell'art. 700 attraverso una mera riformulazione di tale norma (eventualmente anche in chiave di procedimento sommario non cautelare).

L'inadeguatezza dell'art. 700 a risolvere i complessi problemi di tutela di cui si è fatto cenno in questo scritto è fondamentalmente data dal fatto che l'art. 700 è una tipica norma di chiusura. È questo un punto particolarmente importante, su cui è necessario soffermarsi con estrema attenzione.

Che cosa significa dire che l'art. 700 è una tipica norma di chiusura? Significa prendere consapevolezza che in un sistema di diritto scritto quale il nostro essa è stata dettata dal legislatore allo scopo di dare sbocco a quelle esigenze di tutela che il legislatore non era riuscito a prevedere allorché introduceva un sistema (tendenzialmente completo) di tutela giurisdizionale. E certamente il legislatore del 1942 non pensava che all'art. 700 si sarebbe ricorso per la tutela di tutte le situazioni per cui oggi di fatto vi si ricorre o si tenta di ricorrervi.

La funzione di una norma di chiusura ha questo di caratteristico: che in un sistema corretto essa dovrebbe consentire l'emersione a livello giurisdizionale di nuove esigenze di tutela, esigenze alle quali, poi, se a carattere non episodico o marginale, il legislatore dovrebbe rispondere attraverso la predisposizione di procedimenti tipici (soprattutto quanto ai requisiti di ammissibilità e contenuto del provvedimento) di tutela giurisdizionale. Una evoluzione fisiologica del nostro sistema di tutela giurisdizionale avrebbe dovuto indurre il legislatore ad utilizzare l'esperienza giurisprudenziale di applicazione dell'art. 700 c.p.c. a diritti introdotti dalla Costituzione del 1948 nel senso di prevedere — in caso ad es. del diritto alla conservazione del posto di lavoro, di diritti della persona, del diritto alla fruizione dei servizi pubblici essenziali, ecc. — l'introduzione di procedimenti sommari tipici, modellati sulla struttura dei singoli diritti bisognosi di tutela urgente, idonei a garantire loro una tutela giurisdizionale effettiva al riparo delle opzioni valutative del singolo giudice.

Questo il legislatore ordinario — salvo le poche eccezioni indicate nel corso di questo scritto — non ha fatto: in ciò è da denunciare a mio avviso una delle ragioni “qualitativamente” più gravi della crisi della giustizia civile, in quanto in tale situazione è ben possibile che il giudice B neghi l'utilizzazione del provvedimento ex art. 700 a tutela di una situazione identica, o ritenga illegittimo attribuire al provvedimento d'urgenza il contenuto datogli dal giudice A, o neghi l'utilizzabilità di una determinata modalità di attuazione.

Il carattere di norma di chiusura, proprio dell'art. 700, e la conseguente assoluta atipicità del procedimento ivi disciplinato significano pertanto che il sistema di giustizia che viene ad essere offerto dall'art. 700 è una giustizia ‘octroyée’ — stante la necessaria genericità della disposizione di legge — rimessa in ultima analisi alla discrezionalità (cioè alle opzioni

valutative) del singolo giudice. Ora non sarò certo io a negare che in quasi tutte le operazioni interpretative — non escluso quelle apparentemente più elementari — è presente un margine di discrezionalità derivante dalle opzioni valutative, dai giudizi di valore del singolo interprete; ma mi sembra che il subordinare l'unica forma di tutela giurisdizionale adeguata ad una serie molto vasta di situazioni di vantaggio, specie di particolare importanza anche a livello costituzionale, al passaggio attraverso un procedimento, quale necessariamente è quello disciplinato dall'art. 700 c.p.c. — il cui ambito di applicazione può essere individuato solo attraverso amplissime opzioni valutative del singolo magistrato, mi sembra — dicevo — non rifletta sul piano tecnico l'espressione di una volontà politica diretta ad assicurare sul piano della effettività una forma di tutela giurisdizionale adeguata.

Ed infatti proprio dall'analisi della storia della tutela sommaria mi sembra emerga che, quando il legislatore ha voluto predisporre forme di tutela urgente adeguata ai bisogni di tutela di situazioni di vantaggio nuove (per lo più dei proprietari prima e dei mercanti poi), non si è limitato a predisporre ipotesi di forme di procedimenti sommari atipici, ma ha sempre quanto meno risolto i “nodi” relativi ai limiti di ammissibilità del procedimento e al contenuto del provvedimento. Per soffermarsi su di un esempio significativo, quando il legislatore ha voluto predisporre a favore dell'imprenditore una forma di tutela giurisdizionale urgente adeguata, ad es. al diritto di brevetto per invenzioni industriali o per marchio d'impresa, non si è limitato a tacere ritenendo sufficiente l'esistenza del procedimento ex art. 700; ma ha avvertito invece l'opportunità di dire esplicitamente che l'imprenditore può chiedere, e il giudice ha il poterdovere di disporre, il sequestro degli oggetti prodotti in violazione di tali diritti e dei mezzi adibiti alla produzione dei medesimi; il legislatore cioè ha tipicizzato, sottraendo a qualsiasi valutazione discrezionale da parte del giudice, il giudizio sia sull'ammissibilità del ricorso ad una forma di tutela sommaria urgente, sia sulla determinazione del contenuto del provvedimento del giudice; così che qualsiasi magistrato — quale che siano le sue personali opzioni valutative — dovrà concedere la tutela sommaria urgente di cui alle leggi in materia di brevetti per invenzione industriale e per marchio d'impresa, ove ad un accertamento sommario risulti la violazione di tali diritti. La stessa tecnica ha seguito il legislatore allorché ha voluto assicurare al proprietario una forma di tutela sommaria urgente attraverso i provvedimenti di denuncia di nuova opera o danno temuto. La stessa tecnica, per non moltiplicare inutilmente gli esempi, il legislatore ha infine adottato quando (come detto al par. 7) con la l. 20 maggio 1970 n. 300 ha voluto predisporre

— attraverso il processo di merito sommario previsto dall'art. 28 — una forma di tutela giurisdizionale adeguata alla libertà sindacale ed al diritto di sciopero.

Il non avere fatto altrettanto con riferimento ai molti diritti a contenuto e/o funzione (esclusivamente o prevalentemente) non patrimoniale, il cui bisogno di tutela sommaria urgente è emerso in modo non sporadico nella prassi applicativa dell'art. 700, non può non essere espressione dell'assenza di volontà politica di munire tali diritti di una tutela giurisdizionale effettiva, o del difetto di consapevolezza tecnica dei limiti entro cui è possibile e doveroso fare ricorso a tutela sommaria.

Per questi motivi, pur riconoscendo l'importanza inestimabile della azione assolta in questi anni dall'art. 700 e l'indispensabilità dell'esistenza in ogni ordinamento processuale di una norma di tale specie, ho avvertito l'esigenza di richiamare l'attenzione sui limiti intrinseci al carattere di chiusura proprio di tale disposizione e dell'indispensabilità, invece, di una tutela sommaria tipica per le ipotesi di diritti inerenti alla persona, alla libertà o al lavoro. Ora si può aggiungere che sarebbe solamente mistificante presumere che attraverso un procedimento atipico, quale l'art. 700 (eventualmente in versione migliorata), il nostro ordinamento processuale sia in grado di offrire sempre una tutela giurisdizionale adeguata a tutte quelle situazioni il cui valore è stato posto a fondamento della Costituzione del 1948.

A REFORMA DA LEI REFORMANDO O JUIZ

THE LEGAL REFORM RE-FORMING THE JUDGE

Luiz Otávio Linhares Renault¹

Márcio Túlio Viana²

Leonardo Tibo Barbosa Lima³

Raquel Portugal Nunes⁴

RESUMO: Ao aplicar a lei, o juiz escolhe. Sua sentença, em certa medida, não é pura descoberta, mas também invenção. Querendo ou não, ela afeta não apenas a vida do autor e do réu, mas a vida da própria norma. Inversamente, porém, também a norma pode afetar o juiz. Este texto, apoiado na tese de Ortega y Gasset de que a pessoa é a pessoa e suas circunstâncias, enfoca essas duas hipóteses, enfatizando a segunda. Seu principal objetivo é mostrar, em formato ensaístico, como a reforma trabalhista vem afetando o juiz do trabalho e as suas decisões.

PALAVRAS-CHAVE: Juiz do trabalho; Reforma trabalhista; Interpretação; Flexibilização.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O juiz e as suas circunstâncias. 3. A nova lei e as suas circunstâncias. 4. Como a lei pode afetar o juiz. 4.1. O quadro geral. 4.2. Situação na primeira e segunda instâncias. 4.2.1. Na primeira instância. 4.2.2. Sobre o volume de processos e outras questões. 4.2.3. Na segunda instância. 5. Como o juiz pode afetar a lei. 5.1. Aspectos negativos. 5.2. Aspectos positivos. 6. Conclusões. 7. Referências bibliográficas.

ABSTRACT: In applying the law, the judge makes a choice. His decision is, to an extent, not only a discovery but an invention. A judge's decision will affect not only the lives of plaintiff and defendant but that of the norm itself. Concurrently, Legal Norm may affect the judge as well. This essay, based on Ortega e Gasset theory that the person is the person and his ou hers circustances, focuses on these two hypothesis, with a particular focus on the latter. Its main aim is that of demonstrating how the Labour Reform has been affecting Labour Law judges and their decisions.

KEYWORDS: Labour law judge; Labour reform; interpretation; flexibility.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. The judge and his circumstances. 3. The new law and its circumstances. 4. How the law can affect the judge. 4.1. General context. 4.2. Situation in the first and second instances. 4.2.1. In the first instance. 4.2.2. About process amount and other issues. 4.2.3. In the second instance. 5. How the judge can affect the law. 5.1. Negative aspects. 5.2. Positive aspects. 6. Conclusion. 7. References.

1 INTRODUÇÃO

Desde os bancos da Faculdade, aprendemos que o Direito, em teoria, é pura ciência. Mais tarde, com o passar da vida, observamos que a *prática* do Direito, por mais *científica* que pretenda ser, talvez seja, também, uma espécie de arte.

Artigo enviado em 24/07/2019.

Artigo aprovado em 20/09/2019.

¹ Desembargador do TRT da 3ª Região. Ex-professor do Programa de Pós-graduação da PUC Minas.

² Desembargador aposentado do TRT da 3ª Região. Professor do Programa de Pós-graduação da PUC Minas.

³ Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 3ª Região. Professor de Direito e Processo do Trabalho.

⁴ Mestra em Direito do Trabalho pela UFMG. Assessora do Ministério Público Federal em Minas Gerais.

Aliás, Carnelutti, em obra clássica - um pequeno livreto intitulado “*Arte do Direito*” – já escrevia:

Percebi, finalmente, que estudar o Direito e a Arte significa atacar de dois ângulos diversos o mesmo problema. A Arte, como o Direito, serve para ordenar o mundo. O Direito, como a Arte, estende uma ponte do passado ao futuro.⁵

São quase infinitas as variáveis que afetam o legislador, o intérprete e o aplicador da norma. E o que cada um deles pensa, sente e faz reflete o seu modo de ver o mundo e o de se posicionar diante dele. Cada qual interpreta o mundo a partir de onde tem os seus pés e os seus olhos. Mundos interior e exterior. Imersão em si e de si, com projeção do *eu* interior sobre o exterior.

Tal como um pintor ou musicista, o juiz retrata a realidade sob o seu ponto de vista – e, em certa medida, torna-se também coautor. Afinal, como nos ensina Leonardo Boff, “*todo ponto de vista é a vista de um ponto...*”⁶.

Carnelutti percebeu também esta sutileza - e talvez, quem sabe, certa inversão, pouco perceptível, de papéis – ao dizer: “*ao invés de considerar os intérpretes como artistas, a verdade é que todos os artistas nada mais são do que intérpretes*”⁷.

No entanto, se o olhar de cada um sobre o Direito se sujeita a mil e uma afetações, o inverso também acontece. A própria norma pode influir no olhar de cada um, condicionando o seu modo de pensar e as suas atitudes.

Haveria contradição? Talvez sim; talvez não. Mas a verdade é que seria uma adorável ingenuidade, como nos ensina Carnelutti, pensar que o homicídio ou o furto fossem o que lemos no Código, e não o que sofremos na vida. Logo:

(...) a semelhança da arte do Direito com a arte musical, denunciada pela necessidade do intérprete, confirma-se na oposição da suma ilimitação do fim com a suma limitação do meio representativo; e o conhecimento do Direito não se pode obter sem descobrir como resolver esta contradição⁸.

Refletiremos, sucintamente, sobre essas duas hipóteses, mas com ênfase na segunda. E o pano de fundo será a recente reforma trabalhista, que – aliada a outros fatores – parece estar moldando, ou ajudando a moldar uma nova espécie de juiz.

2 O JUIZ E AS SUAS CIRCUNSTÂNCIAS

⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Arte do Direito**: seis meditações sobre o Direito. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1957, p. 7.

⁶ BOFF, Leonardo. **A águia e a galinha**: uma metáfora da condição humana. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1998, p. 9.

⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, p. 61.

⁸ *Ibidem*, p. 63.

“*Eu sou eu e a minha circunstância*” – escreveu Ortega y Gasset⁹. E por “*circunstância*” se deveria entender, segundo ele, tudo o que estivesse “*direta ou indiretamente em contato com o eu*” – englobando fatores passados ou presentes, “*de contexto físico, histórico ou cultural*”, bem como “*de seu próprio corpo e psiquismo*”¹⁰.

Quais seriam as circunstâncias do juiz?

Bem longe, no início do primeiro milênio, Sêneca apontava dois caminhos para o conhecimento: os *olhos*, isto é, os sentidos (conhecimento sensório) e o *espírito*, luz melhor para discernir o verdadeiro e o falso¹¹.

Como sabemos, o juiz interpreta a lei e o fato, e tanto num caso, como em outro, sofre e produz influências dos mais variados tipos. Ainda como o pintor, ele imprime na sentença a sua *tinta*, que, por ser sua, com as suas circunstâncias, é necessariamente diferente da de seu colega de Vara, por mais afinados que estejam.

Às vezes, essa diferença está na conclusão, ou seja, na decisão em si. Outras vezes, nas razões de decidir. Ou também no relatório. No mínimo, estará nos modos de se expressar, que refletem o seu *eu* interior.

Assim, a sentença é muito mais do que um simples silogismo. Antes de afetar o mundo, ela passa por dentro do juiz. E o juiz, naturalmente, é pessoa humana; possui um passado, um presente e um futuro. Ele próprio é *uma história*, que encarna as suas experiências.

Quando interpreta a lei, o juiz interpreta também o mundo que o cerca – mesmo que não se dê conta disso. E a sua leitura do mundo, ou da própria vida, é resultado de infinitas variáveis, como a sua história familiar, os conselhos que recebeu, as lições que aprendeu, as experiências vividas, assim como os seus preconceitos, sonhos e frustrações.

Assim se expressa, em verso, Drummond: “*Tenho apenas duas mãos e sentimento do mundo, mas estou cheio de escravos, minhas lembranças escorrem e o corpo transige na confluência do amor*”¹².

Por isso, embora tenha aprendido na Faculdade que os métodos de interpretação devem ser aplicados em conjunto, o juiz, com frequência, ora valoriza um, ora outro, e às vezes também sem perceber, mesmo porque a conclusão, usualmente, precede a

⁹ ORTEGA Y GASSET, Jose. **Meditaciones del Quijote**. Madrid: Alianza, 1966, p. 322.

¹⁰ MAGALHÃES, Carlos Kildare *et alii*. A circunstância em José Ortega y Gasset: aproximações ao inconsciente junguiano. **Psicologia USP**. São Paulo: USP, vol. 29, n.º. 1, p. 58. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pusp/v29n1/1678-5177-pusp-29-01-58.pdf>. Acesso em 01 jul. 19.

¹¹ SÊNECA. **Sobre a Vida Feliz**: São Paulo: Editora Nova Alexandria, 2005, p. 23.

¹² DRUMMOND, Carlos de Andrade. **Sentimento do Mundo**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2012.

fundamentação: vai surgindo em sua mente e em seu coração mesmo que ele queira ou perceba. Ele faz, como disse Carnelutti, uma ponte entre o passado e o futuro¹³.

Por outro lado, quando interpreta a prova, o juiz se sujeita a variáveis ainda maiores – em número e grau – pois o que ele vê, ouve e sente não é o fato em si, mas a sua representação; de certo modo, é *o fato que surge de outro fato*.

Não à toa, alguém já se referiu ao juiz como “*a última das testemunhas*”¹⁴. E, ao *testemunhar o testemunho*, interpretando o que viu e ouviu, ele pode ser afetado, por exemplo, pelo tom de voz, pela aparência, pelos gestos do corpo, assim como sofre constantemente as influências das roupas, das cores, dos cheiros, dos móveis, do espaço, do tempo, do estrado onde se instala e de tantos outros elementos do ambiente¹⁵. E isso sem falar das influências externas, que vão desde os holofotes da mídia às crenças religiosas.

Alguém disse que o juiz é também um *historiador*. No processo, ele volta ao passado, vale dizer, faz o caminho de volta, reconstruindo fatos pretéritos, por intermédio dos elementos de prova, a fim de formar a sua convicção, que pode ou não representar a verdade real.

Heidegger ensina que “*a verdade é a adequação do conhecimento com a coisa*”¹⁶. *Intellectus e res*. A verdade envolvida por duas membranas: a subjetividade e a objetividade. No entanto, para quem possui o poder de interpretar, de uma forma ou de outra, a subjetividade adquire uma força importantíssima, uma vez que os fatos, como lembramos, também são interpretados.

Desse modo, se se trata de um documento ou de uma petição, por exemplo, até os eventuais grifos em certas palavras ou o tipo de papel – nas Varas do Trabalho onde ainda se usa papel – podem fortalecer ou enfraquecer, ainda que minimamente, as razões do advogado ou da própria norma jurídica.

Algumas pesquisas mostram que mesmo o apetite ou a fome do juiz é capaz de condicionar suas decisões: por isso, se o advogado quer lhe pedir a soltura de um cliente, é melhor que o faça depois e nunca antes do almoço¹⁷... Outras investigações sugerem que a mera repetição de uma frase ou palavra pode ajudar a convencer¹⁸.

¹³ CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, p. 7.

¹⁴ LANZA, Luigi. Il percorso della decisione. In: FORZA, Antonio (Org.). **Le dinamiche psicologiche nel processo penale**. Venezia: Marsilio, 1997. p. 46.

¹⁵ Para um estudo mais aprofundado, cf. VIANA, Márcio Túlio; NUNES, Raquel Portugal. **O segundo processo: fatores informais que penetram nos julgamentos**. São Paulo: LTr, 2019.

¹⁶ HEIDEGGER, Martin. **Sobre a essência da verdade**: a tese de Kant sobre o ser. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1970, p. 22.

¹⁷ *Ibidem*, p. 51-52.

¹⁸ *Ibidem*, p. 19.

3 A NOVA LEI E AS SUAS CIRCUNSTÂNCIAS

Embora tenha tramitado normalmente, em termos formais, o projeto de reforma não ouviu os trabalhadores – cujos direitos seriam diminuídos -, e os próprios trabalhadores, por várias razões, só conseguiram ouvir a falsa versão de que o saldo final seria bom, com a geração de milhões de empregos.

Já então, a reforma trabalhista revelava a sua estratégia – que pode ser resumida na palavra *fraude*. O legislador observa cuidadosamente a realidade e – ao invés de corrigir suas distorções – joga com elas. Usa as próprias distorções para atingir o seu verdadeiro fim.

E este fim não é simplesmente o de baixar custos, e nem mesmo o de aumentar os postos de trabalho, apesar do discurso oficial. É o de ir demolindo, pouco a pouco, o edifício representado pelas conquistas sociais, que ele interpreta simplesmente como entrave ao crescimento econômico e à acumulação capitalista.

Assim é, por exemplo, que a nova lei, sabendo da quantidade crescente de falsos autônomos, imagina a figura do “autônomo exclusivo”; notando que as normas do Direito Civil têm, em regra, um espírito diferente, suprime as palavras que exigiam *compatibilidade* para a sua aplicação ao Direito do Trabalho; sabendo que o juiz, mesmo a duras penas, tem muitas vezes conseguido a confissão do preposto, permite que o preposto se profissionalize, neutralizando aquele risco; não ignorando que no Brasil há quase uma tradição de violações à lei, culpa o próprio trabalhador pelo número de reclamações e em seguida dificulta o seu acesso à Justiça. E assim por diante.

A reforma se utiliza, ainda, de forma pouco honesta, de alguns elementos do nosso tempo, que celebram a participação, a liberdade e a igualdade, mas em termos civis. Em nome da liberdade, por exemplo, revaloriza de várias formas o contrato, fazendo de conta que as relações de poder são iguais, exatamente num período histórico em que elas voltaram a ser especialmente desiguais – até mesmo no plano coletivo¹⁹.

Mas há questões ainda mais graves. De uma parte, a reforma acentua a tendência de mercantilização ampla e massiva do trabalho humano e do próprio homem que trabalha, sobretudo por intermédio das terceirizações. De outra parte, fere profundamente a principal fonte do Direito do Trabalho – ou seja, a luta coletiva – num contexto em que o sindicato já se encontrava fragilizado, em razão de outras tantas causas importantes.

¹⁹ Para um exame mais completo desse aspecto, ver VIANA, Márcio Túlio. **Livrem-nos da livre negociação: aspectos subjetivos da reforma trabalhista**. Belo Horizonte: RTM, 2019.

Em tudo, ou em quase tudo, o legislador ignora a lição da melhor doutrina, no sentido de que os princípios do Direito do Trabalho não servem apenas ao intérprete ou aplicador. Eles atuam, ou devem atuar, também no momento pré-jurídico - quando a lei está por fazer²⁰ - não só inspirando como condicionando os seus autores.

4 COMO A LEI PODE AFETAR O JUIZ

4.1 O QUADRO GERAL

Como já observado em outros estudos²¹, a reforma passa uma espécie de recado à sociedade, criando ou fortalecendo um clima favorável a quem já era favorecido em níveis econômico e social. Ela *informa* que o trabalhador tem direitos em excesso, que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) é obra fascista, que os seus defensores, paradoxalmente, são comunistas, e que a Justiça do Trabalho ajuda a destruir o País.

No ano passado, certas entrevistas – algumas delas originadas do próprio Poder Judiciário - davam a entender, sem apoio em dados concretos, que os juízes do trabalho se excediam nas condenações. Na mesma época, outros militantes da área jurídica afirmavam que a lei deveria ser aplicada no terra a terra, ao pé da letra, como se – paradoxalmente – ela devesse pairar nas nuvens, acima até da Constituição Federal (CF)²².

Em nossa vida, como sabemos, estamos sempre buscando sentido nas coisas, e deste modo interpretando tudo o que nos cerca. Mas o processo de interpretação, por mais objetivo que possa ser, é também subjetivo. Envolve escolhas – conscientes ou não – do sujeito.

Apesar disso, mais de duzentos anos depois, revive-se a ideia de que “*o juiz é a boca da lei*”²³, como se fosse possível – e preciso – interpretar automaticamente, sem criar e sem mesmo pensar. Prega-se hoje, como diriam os franceses, uma espécie de *recherche du temps perdu*²⁴.

Nos meses subsequentes à reforma, até a grande imprensa, em seus editoriais, ministrou lições de hermenêutica nesse sentido. Enquanto isso, empresários ligados à

²⁰ Nesse sentido, as lições de Jorge Luiz Souto Maior Maurício Godinho Delgado, apenas para mencionar dois renomados autores.

²¹ VIANA, M. T. **Livrem-nos da livre negociação**. Belo Horizonte: RTM, 2018, *passim*.

²² VIANA, M. T.; NUNES, Raquel Portugal. **O segundo processo**: fatores informais que penetram nos julgamentos. São Paulo: LTr., 2019, p. 281/283.

²³ MONTESQUIEU, Barão de (Charles-Louis de Secondat). **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, *passim*.

²⁴ Ou “*busca do tempo perdido*”, em tradução livre.

Confederação Nacional dos Transportes ensinavam aos interessados como denunciar ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) juízes críticos da nova lei.

Nesse contexto, que hoje se agrava, alguns operadores do Direito, mais jovens ou inseguros, começam a perder as suas certezas; ao mesmo tempo, os tradicionalmente conservadores ganham força, outros tantos se convertem ao conservadorismo e há ainda os que, infelizmente, ficam mais à vontade para negar relações de emprego, enquadrando-as em contratos de prestação de serviços (supostamente) autônomos, até sob a alegação de que, para o trabalhador, é melhor um trabalho com poucos direitos do que trabalho nenhum.

4.2 SITUAÇÃO NA PRIMEIRA E SEGUNDA INSTÂNCIAS

À míngua de dados estatísticos, pesquisa de campo ou outra fonte objetiva, lançamos mão de impressões, mas qualificadas por leitura, conversas e observações como fonte de conhecimento sobre o modo de decidir de colegas magistrados, para construir breve narrativa sobre a aplicação da Lei n. 13.467/17, a famigerada Reforma Trabalhista, no âmbito da primeira e da segunda instâncias do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Não foram desprezadas, contudo, as impressões construídas a partir de relatos de magistrados de outros Tribunais.

4.2.1 Na primeira instância

Na primeira instância, afastadas as duas extremidades da aplicação da norma: uma, de inteira resistência, que a considera, em tudo, inconstitucional; outra, de completa rendição, cega a qualquer tipo de controle interpretativo, sobra ainda a grande maioria dos juízes, pelo menos na 3ª Região (Minas Gerais). Ainda assim, se considerarmos que o Direito do Trabalho tem toda uma história progressista, de contínua melhoria das condições sociais, parece haver uma tendência crescente no sentido inverso, e não só por parte do legislador, mas pelas mãos do juiz.

Da amostra citada, ainda é preciso fazer outra subdivisão, que consiste na aplicação do Direito Material e do Direito Processual do Trabalho. Neste, as normas que impõem ônus à parte autora parecem ter sido mais bem acolhidas pela magistratura, do que as que abrandam o rigor processual à parte ré, mas todas com certos temperos interpretativos, principalmente tendo em conta a hermenêutica constitucional, a coerência sistemática e a praticidade.

No primeiro caso, pode-se citar os temas da *justiça gratuita* (art. 790 da CLT), das *custas processuais no arquivamento injustificado* (art. 844, §2º, da CLT), dos *honorários advocatícios sucumbenciais* (art. 791-A da CLT), dos *honorários periciais* (art. 790-B da CLT) e dos *requisitos da petição inicial* (art. 840, §1º, da CLT).

Aparentemente, isso acontece porque, na perspectiva do órgão Judiciário²⁵, essas novidades realmente resultaram na maior responsabilidade do litigante que ajuíza a ação, de modo que, se as alterações forem relativizadas ou ignoradas, os supostos abusos de outrora teimarão em retornar.

Por isso, o dilema de muitos juízes tem sido o de aplicar as inovações, mas sem impor ônus excessivo ao reclamante. É nessa linha que seguem os exemplos.

1. *Justiça gratuita*. A tendência tem sido de exigir que a parte autora comprove sua situação financeira, quando estiver fora da presunção do art. 790, §4º (40% do teto do Regime Geral de Previdência Social - RGPS). Mas o tempero é admitir como prova a declaração da parte, aplicando o disposto na Lei n. 7.115/83.

2. *Arquivamento*. Muitos são os que intimam a parte autora para justificar sua ausência, no prazo legal de 15 dias, como determina a lei, mas consideram como legais os motivos ponderosos apresentados no art. 843, §2º, da CLT, isentando a parte autora em situações simples, porém relevantes para as pessoas hipossuficientes, como perder o ônibus, ou se atrasar por ter de ir a pé para o Fórum. Há ainda quem, mesmo sem qualquer justificativa, conceda a isenção de ofício, quando a parte é beneficiária da justiça gratuita, aplicando o art. 5º, LXXIV, da CF, que garante a assistência jurídica integral e gratuita, afastando a exigência de dinheiro, como condição para litigar, de quem é pobre, no sentido legal.

3. *Honorários advocatícios*. Havendo sucumbência total ou recíproca, a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios tem sido a regra, com algumas atenuações:

a) no caso do beneficiário da justiça gratuita que *sucumbe totalmente*, a lei já dispõe sobre a suspensão da exigibilidade do crédito, mas algumas decisões têm aplicado essa regra também para os casos de sucumbência parcial, quando o crédito obtido não tenha sido relevante;

b) na *sucumbência parcial*, a tendência tem sido de só considerar a sucumbência em relação ao pedido totalmente improcedente, de modo que, se a parte autora for vencedora -

²⁵ É que, na perspectiva do reclamante, em vez de “responsabilidade”, o substantivo possa ser simplesmente o “medo”, questão complexa, relevante e polêmica que, no entanto, foge ao objetivo dessa narrativa, concentrada que está na ótica da conduta do magistrado de primeira instância.

ainda que em parte mínima - de um determinado pedido (v. g., ganha menos horas extras ou indenização do que é pleiteado), este será considerado procedente e só gerará sucumbência para a parte ré, lógica que já era aplicada em relação às custas processuais (art. 789, §1º, da CLT);

c) deferidos os honorários advocatícios ao patrono da parte ré, algumas decisões cuidam de imunizar determinadas parcelas, de modo a garantir que elas sejam pagas à parte autora, sem descontos da sucumbência. O caso mais comum é o das parcelas de natureza salarial até 50 salários-mínimos, os quais são impenhoráveis, mesmo em relação a créditos de natureza alimentícia (art. 833, IV, §2º, do Código de Processo Civil (CPC), conjuntamente com a Orientação Jurisprudencial n. 153 do Tribunal Superior do Trabalho). E isso tem sido feito também por questão de isonomia, já que a parte ré terá esse mesmo benefício na execução dos honorários advocatícios a que for condenada;

d) no caso da parte autora, os honorários têm sido arbitrados sob o valor declarado na petição inicial (proveito econômico), em relação a cada pedido, a fim de evitar a hermética liquidação negativa, isto é, de um pedido improcedente, que sequer teve a fixação de parâmetros de cálculo pelo juízo. Em se tratando da parte ré, aí sim haverá liquidação, incidindo os honorários sobre o valor apurado;

e) os honorários advocatícios não têm sido deferidos sobre pedidos julgados extintos, sem resolução de mérito, tampouco na transação judicial, nesta a não ser que as partes expressamente queiram. No caso da renúncia e da prescrição, a regra tem sido a condenação.

4. *Honorários periciais*. O alento mais comum para a parte autora é, em sendo beneficiária da justiça gratuita, o de determinar o respectivo pagamento com recursos da União, a partir de um determinado valor, de modo a garantir o recebimento de quantia mínima do que obteve com a decisão judicial. Mas o efetivo pagamento, nos termos da Resolução n. 66/10, c/c Súmula n. 457, ambas do Tribunal Superior do Trabalho (TST), depende da Administração do Tribunal, a qual tem seguido tendência bastante restritiva, indeferindo essa quitação, considerando principalmente a escassez de recursos. Por isso, a tendência é de que a parte autora seja simplesmente condenada a pagar os honorários periciais, sempre que for sucumbente no objeto da perícia e obtiver créditos.

5. *Petição inicial*. No tema da petição inicial, observa-se que o mais comum tem sido exigir a atribuição de valor razoável aos pedidos, o que não se confunde com sua liquidação. Isso dispensa a apresentação de planilha de cálculos. Mas a razoabilidade dos valores vem sendo cobrada com certo rigor, sendo comum que colegas realizem cálculos rápidos para verificar o atendimento do requisito, a fim de coibir condutas desleais, como a que se destina

a subvalorizar os pedidos, para que a demanda tramite sobre o rito sumaríssimo, em vez do ordinário.

Voltando para a outra banda de alterações, aquelas que concedem benefícios ao empregador, merecem nota os institutos da *revelia* (art. 844 da CLT), da *representação* (art. 843, §3º, da CLT), da *desistência* (art. 841, §3º, da CLT), o *fim da execução de ofício* (art. 878 da CLT), da *impugnação à conta de liquidação* (art. 879, §, da CLT), do *incidente de desconsideração da personalidade jurídica* (art. 855-A da CLT) e o *acordo extrajudicial* (art. 855-E da CLT).

6. *Revelia*. A tendência tem sido receber a defesa e os documentos do empregador, quando apresentados em audiência pelo advogado, mas indeferir a produção de outras provas pelo réu. Em outras palavras, apenas o autor poderia eventualmente produzir provas, como a pericial, para o pedido de insalubridade, ou de jornada, para desconstituir os cartões de ponto. Esse entendimento está calcado na tese de que a defesa só pode ser recebida quanto à matéria de direito, pois a matéria de fato fica toda confessada pelo réu, como efeito da revelia, de modo que a simples impugnação da parte autora já seria suficiente para afastar a legitimidade dos cartões de ponto como meio de prova, no exemplo citado, ficando mantida apenas a perícia técnica, por se tratar de prova imposta pela lei (art. 195 da CLT). De outra face, muito são os colegas que afastam os efeitos da revelia e prosseguem na instrução processual normalmente.

7. *Preposto*. A representação da parte ré por preposto que não é seu empregado tem sido largamente admitida. O que não se tem admitido é que esse preposto atue ao mesmo tempo como advogado (art. 23 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil). Outra postura comum é interrogar o preposto de imediato, a fim de verificar se ele conhece os fatos da demanda ou se apresenta como mera ficção de preposto.

8. *Desistência*. A interpretação mais frequente é a de que o envio da defesa pela parte ré, mas mantida em sigilo, não é suficiente para impedir a desistência da ação. Com efeito, com um olhar mais atento é possível enxergar que a própria interpretação gramatical coloca em xeque a interpretação contrária. É que verbo “oferecer”, utilizado no art. 841, §3º, da CLT, não pode ter natureza técnica, já que a CLT usa diferentes verbos para se referir à defesa, como *apresentar* (art. 800), *aduzir* (art. 847) e *aceitar* (art. 844, §5º). Como, no processo do trabalho, a contestação só juridicamente “oferecida”, apresentada ou aduzida em audiência, após a frustração da tentativa de conciliação (art. 847 da CLT), fica justificada a interpretação de que simples oferecimento da defesa pelo sistema do Processo Judicial Eletrônico (PJe) não gera o efeito de impedir a desistência, pois a lide ainda não está estabilizada nessa fase.

9. *Extinção da execução de ofício*. Essa alteração não tem impedido a adoção de certas medidas de ofício, com fundamento nos artigos 139 do CPC e 765 da CLT, com a superveniente ratificação da parte exequente.

10. *Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica*. Esse incidente não tem causado obstáculo para a determinação de medidas cautelares, como a realização de penhora pelo sistema Bacenjud antes mesmo da intimação do executado.

11. *Impugnação à conta de liquidação*. Antes da sua homologação, a prática mais usual tem sido recebê-la, mas julgar de imediato apenas as alegações calcadas em erro material, deixando as de mérito para serem renovadas por ocasião dos embargos à execução, a fim de impedir que a parte executada possa atacar a conta sem garantir a execução.

12. *Homologação de acordo extrajudicial*. Esse instituto tem sido muito utilizado, sempre com a cláusula de extinção do contrato de trabalho, que impede o empregado de pleitear outros direitos. Mas grande parte dos colegas não tem admitido essa cláusula: parte deles simplesmente rejeita o acordo todo, por entender que o juízo não pode alterá-lo; outra parte homologa o acordo, com exceção dessa cláusula. O fato é que, considerando que o art. 855-E da CLT dispõe que a prescrição só se suspende em relação às parcelas expressamente especificados na petição de acordo, fica claro que as partes devem discriminar todas as parcelas e somente quanto ao valor delas haverá quitação, sem prejuízo de ajuizamento de ação de cobrança de diferenças ou de outras verbas, já que quanto a estas a prescrição sequer foi suspensa. Ademais, o art. 843 do Código Civil (CC) impõe a interpretação restritiva das transações, de maneira que estas não podem abranger parcelas que não façam parte do acordo.

4.2.2 Sobre o volume de processos e outras questões

De uma forma geral, é visível que as petições iniciais têm sido apresentadas com rol de pedidos mais enxuto, em comparação com o período anterior à reforma trabalhista, efeito que parece estar ligado ao temor da sucumbência. É comum escutar de advogados trabalhistas que, no período imediatamente posterior à entrada em vigor da Lei n. 13.467/17, a quantidade da procura de advogados pelos empregados se manteve inalterada, mas muitos destes não autorizavam o ajuizamento da ação, por medo de ter que pagar os custos de uma eventual sucumbência.

Nas audiências, no momento das tratativas conciliatórias, não são poucas as vezes em que os prepostos ou procuradores do empregador fazem uso da expressão “reforma

trabalhista”, como uma espécie de senha para cativar a outra parte a aceitar a baixa oferta, advertindo-a de que o processo poderá lhe custar o suficiente para minorar seus ganhos.

E essa senha aparenta desestabilizar o empregado, que ora se retrai, para aceitar o acordo, ora se revolta, agarrando-se à possibilidade de que a sentença venha a lhe favorecer.

Nessa medida, é possível afirmar que o Direito Material sofre impactos das alterações processuais. O principal deles consiste na cessação de deduzir pedidos que desafiam o texto expresso da Lei n. 13.467/17. Um caso emblemático é o de vínculo de emprego com a empresa tomadora de serviços, com base na tese de ilicitude da *terceirização de atividade-fim* ou por existência de subordinação. O risco de uma demanda nos moldes antigos é muito alto, de forma que o que se tem visto, no caso da terceirização, é a simples pretensão de responsabilização subsidiária do tomador.

Avançando nas alterações de direito material, merece incontinentemente destaque a interpretação sobre o *direito intertemporal*. Tem prevalecido o entendimento de que os contratos encerrados antes de 11/11/2017 não estão sujeitos aos efeitos da Lei n. 13.467/17, ao passo que os iniciados a partir daquela data, submetem-se integralmente a eles. Já no caso dos contratos que se mantiveram em curso naquele marco, o mais comum tem sido aplicar a nova lei, a partir da sua vigência, a não ser que o direito tivesse também previsto em norma coletiva, cláusula contratual ou regulamento de empresa.

Essa regra é determinante para a aplicação, por exemplo, dos *direitos extintos*, como as horas “*in itinere*” e intervalo do art. 384, e dos que tiveram *alteração “in pejus”*, como a equiparação salarial (art. 461 da CLT) e a indenização integral do intervalo intrajornada (art. 71, §4º, da CLT).

Quanto aos demais temas, como são muitos, apresentamos uma síntese em forma esquematizada, apenas daqueles mais comuns.

1. *Prescrição intercorrente*. Nesse tema, tem prevalecido a pronúncia da prescrição, no prazo de dois anos, contados ao final do lapso de um ano de suspensão do processo. Essa prescrição tem impacto direto no volume de processos da fase de execução e, por consequência, na estatística da Vara do Trabalho. Por isso, muitos colegas optam pela conveniência de pronúncia-la, sem maiores digressões. Mas outros decidem pela inconstitucionalidade do prazo de dois anos, porque o crédito previdenciário, que é acessório, tem cinco anos a seu favor (art. 114, VII, da CF), o que fere a isonomia.

2. *Grupo econômico*. Não verificamos alteração de entendimento dos colegas, na prática. É que a maioria das decisões de primeira instância já não declarava a existência de

grupo econômico pela simples coincidência de sócios, mas sim em função da reunião de indícios, sendo essa coincidência apenas um deles.

3. *Danos extrapatrimoniais.* A tendência tem sido de aplicar as alterações da Lei n. 13.467/17, sem prejuízo das disposições do Código Civil, de forma que o diálogo das fontes vem sendo preservado. Outra inclinação está em realizar uma interpretação conforme a Constituição, em relação ao art. 223-G, §1º, da CLT, que impõe teto às indenizações, para considerá-lo apenas como um simples parâmetro, que não impede a fixação de indenizações em valores maiores.

4. *Cessaçãõ do contrato sem homologaçãõ sindical.* Temos observado a manutenção da exigência da homologaçãõ da rescisãõ contratual apenas nos casos de empregados detentores de garantia provisória de emprego, por aplicaçãõ analógica do art. 500, da CLT, inclusive para gestantes.

5. *Trabalho autônomo.* O pleito de vínculo de emprego não sofreu alterações, de modo que as decisões dos colegas têm se mantido estáveis, como ocorria antes da reforma trabalhista. O simples fato de a parte ré apresentar documentação, como contrato escrito, e assentar sua defesa na tese da autonomia (art. 442-B da CLT), em nada tem afetado o exame da subordinaçãõ (art. 3º da CLT), com base das demais provas dos autos e com fundamento no princípio da primazia da realidade.

6. *Negociaçãõ coletiva.* Aqui estãõ os pleitos de declaraçãõ de ineficácia de cláusulas normativas, com base na flexibilizaçãõ (art. 611-A da CLT). Em regra, as decisões têm se inclinado a preservar a aplicaçãõ das cláusulas normativas, mais do que ocorria antes. A exceçãõ mais evidente talvez seja mesmo o caso de evidente renúncia de direitos, sem qualquer contrapartida, ainda que aparente, situaçãões em que a aplicaçãõ das cláusulas normativas perniciosas ainda continua a ser afastada.

7. *“Imposto” sindical.* A tese do desconto do chamado “imposto sindical” apenas por autorizaçãõ individual tem sido amplamente encampada pelas decisões de primeira instância. É que a tese da validade da autorizaçãõ coletiva tem deflagrado o ajuizamento de reclamaçãões no Supremo Tribunal Federal (STF).

Há, de fato, muitas outras alterações na legislaçãõ material, mas com pouca judicializaçãõ. Ao que tudo indica, isso decorre, em parte, porque algumas novidades possuem baixa adesãõ dos empregadores, como ocorre com o *contrato intermitente*, o *contrato de empregado hipossuficiente* e o *teletrabalho*. Na outra parte estãõ as alterações que, pelo medo da sucumbência, os empregados não arriscam deduzir pretensões. É o caso,

por exemplo, do intervalo intrajornada e dos feriados na jornada 12x36 e das horas extras de tempo à disposição.

Pelo que foi dito, a conclusão mais razoável é de que a Lei n. 13.467/17 tem sido aplicada pelos Juízes de primeira instância, no TRT da 3ª Região, aparentemente com mais rigor nos temas que dizem respeito à responsabilidade processual da parte autora, na perspectiva processual, e nos assuntos relativos a direitos revogados, na ótica material, isso sem prejuízo de adoção de determinados temperos decorrentes da interpretação conforme a Constituição, mas com reduzido espaço para decisões radicais, quer pela aplicação desmedida, quer pela resistência gratuita.

4.2.3 Na segunda instância

Até algum tempo atrás, predominava na segunda instância, em Minas Gerais, a mesma tendência geral dos livros de doutrina, que enfatizavam os princípios do Direito do Trabalho e divulgavam a sua vocação social e progressista.

Hoje, no Tribunal Regional da 3ª Região, e à semelhança do que ocorre em primeiro grau, a impressão, na esfera de competência recursal, é a de que também se formaram diferentes correntes interpretativas quanto à aplicabilidade da reforma trabalhista.

No que diz respeito às normas de Direito Processual, a tendência observada é a de se admitir a aplicação imediata aos processos em curso das regras processuais concernentes aos pressupostos de admissibilidade de recursos ou outras regras procedimentais.

Assim, para os recursos interpostos a partir de 11/11/2017 (data de entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017), a grande maioria dos Desembargadores passou a adotar a contagem dos prazos processuais em dias úteis para aferir a tempestividade dos apelos (nova redação dada ao art. 775 da CLT); a exigir o recolhimento do depósito recursal por guia de depósito judicial, e não mais em conta vinculada em nome do trabalhador, pela guia GFIP (novo §4º do art. 899 da CLT); a conceder isenção do depósito recursal aos beneficiários da justiça gratuita, entidades filantrópicas e empresas em recuperação judicial (novo §10 do art. 899 da CLT) e a admitir a redução, pela metade, do valor do depósito recursal para entidades sem fins lucrativos, empregadores domésticos, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte (novo §9º do art. 899 da CLT).

Contudo, apesar de ser admitida, de forma geral, a aplicação da previsão do novo §11 do art. 899 da CLT, segundo o qual “*o depósito recursal poderá ser substituído por fiança bancária ou seguro garantia judicial*”, as Turmas vêm divergindo quanto ao alcance de tal

substituição: algumas admitem tranquilamente as apólices de seguro que tem sido apresentadas pelas empresas Reclamadas; outras exigem que o valor segurado supere em 30% o valor originalmente exigido para o depósito recursal, nos moldes da OJ n. 59 da Subseção Especializada em Dissídios Individuais-2 do TST; outras analisam com mais rigidez as cláusulas das apólices de seguro e, além do acréscimo de 30% no valor segurado, exigem, por exemplo, prazo indeterminado de vigência, que seja assegurada a participação do Juízo da execução para se determinar o pagamento do valor segurado ou para eventual revogação da garantia, rejeitando as apólices que descumpram tais exigências, possibilitando a fragilização do seguro, deixando de cumprir a função de garantia de futura execução.

Em relação às normas processuais que alteram os custos do processo, como aquelas concernentes à responsabilidade pelo pagamento de custas processuais, honorários periciais, honorários advocatícios sucumbenciais e novos regramentos para beneficiários da gratuidade de justiça, há Turmas que entendem por sua aplicação apenas aos processos ajuizados após a entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017. Isto porque, com a entrada em vigor da denominada reforma trabalhista, o risco processual do reclamante sofreu profundas alterações. E o momento em que esse risco é sopesado é aquele em que ocorre o ajuizamento da ação. Neste aspecto, tendo em vista o princípio constitucional da segurança jurídica e o princípio da não surpresa, entende-se que tais questões processuais devem ser regidas pela lei nova com relação às ações ajuizadas após sua entrada em vigor, independentemente de tratar-se de contrato em curso ou não.

O Tribunal Superior do Trabalho já sinalizou neste sentido, ao editar a Instrução Normativa n. 41/2018, que “*dispõe sobre as normas da CLT, com as alterações da Lei n. 13.467/2017 e sua aplicação ao processo do trabalho*”, tratando dos honorários advocatícios sucumbenciais em seu art. 6º, segundo o qual:

Art. 6º. Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, prevista no art. 791-A, e parágrafos, da CLT, será aplicável apenas às ações propostas após 11 de novembro de 2017 (Lei n. 13.467/2017). Nas ações propostas anteriormente, subsistem as diretrizes do art. 14 da Lei n. 5.584/1970 e das Súmulas n. 219 e 329 do TST.

Contudo, algumas Turmas entendem pela aplicação imediata de tais normas processuais a todos os processos em curso, seguindo como critério a data de prolação da decisão.

Há, ainda, questões processuais trazidas pela Lei n. 13.467/2017 que já tiveram sua inconstitucionalidade reconhecida pelo Tribunal Pleno do TRT da 3ª Região.

É o caso da condenação do reclamante beneficiário de justiça gratuita ao pagamento de custas quando dá ensejo ao arquivamento da ação:

Súmula n. 72 do TRT da 3ª Região: Arguição Incidental de Inconstitucionalidade. Pagamento de custas. Beneficiário de justiça gratuita. §§ 2º e 3º do art. 844 da CLT (Lei n. 13.467/2017). São inconstitucionais a expressão "ainda que beneficiário da justiça gratuita", constante do § 2º, e a íntegra do § 3º, ambos dispositivos do art. 844 da CLT, na redação dada pela Lei n. 13.467/2017, por violação direta e frontal aos princípios constitucionais da isonomia (art. 5º, caput, da CR), da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CR) e da concessão de justiça gratuita àqueles que dela necessitarem (art. 5º, LXXIV, da CR). (RA 145/2018, disponibilização: DEJT/TRT3/Cad. Jud. 19, 20 e 21/09/2018).

Por outro lado, já foi declarada a inconstitucionalidade do dispositivo da reforma trabalhista que pretendeu restaurar a TR como índice de correção de débitos trabalhistas, em que pese o reconhecimento da inconstitucionalidade de tal critério de atualização pelo Ex. STF:

Súmula 73 do TRT da 3ª Região: Arguição Incidental de Inconstitucionalidade. Atualização Monetária dos Débitos Trabalhistas. Art. 39, caput, da Lei n. 8.177/1991 e art. 879, §7º, da CLT (Lei n. 13.467/2017). I - São inconstitucionais a expressão "equivalentes à TRD", contida no caput do art. 39 da Lei n. 8.177/1991 e a integralidade do disposto no § 7º do art. 879 da CLT, inserido pelo art. 1º da Lei n. 13.467/2017, por violação ao princípio constitucional da isonomia (art. 5º, caput, da CR), ao direito fundamental de propriedade (art. 5º, XXII, da CR), à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CR), ao princípio da separação dos Poderes (art. 2º) e ao postulado da proporcionalidade (decorrente do devido processo legal substantivo, art. 5º, LIV, da CR). II - Nos termos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.s 4.357 e 4.425 e na Reclamação n. 22.012 e pelo Tribunal Superior do Trabalho na Arguição de Inconstitucionalidade n. 0000479-60.2011.5.04.0231, aplica-se o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR) para atualização monetária dos débitos trabalhistas até 24/03/2015, e a partir de 25/03/2015, o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E). (RA 67/2019, disponibilização: DEJT/TRT3/Cad. Jud. 23, 24 e 25/04/2019).

No que se refere à incidência das normas de direito material, também na segunda instância os critérios de direito intertemporal variam conforme a Turma julgadora.

Quer nos parecer que a maioria rejeita a retroatividade das normas a situações jurídicas consolidadas, de forma que, para contratos de trabalho iniciados e rescindidos antes da entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017, a jurisprudência majoritária não aplica as alterações normativas.

Quanto aos contratos de trabalho já iniciados após 11/11/2017, as novas regras de direito material incidem às relações jurídicas trazidas à apreciação do Judiciário, e são interpretadas em cotejo com as demais normas contidas na legislação trabalhista, em convenções internacionais do trabalho (com a aplicação, por algumas Turmas, de técnicas de controle de convencionalidade) e na Constituição (com a remessa de alguns incidentes de Arguição de Inconstitucionalidade para apreciação pelo Tribunal Pleno, por observância à

cláusula de reserva de plenário contida no art. 97 da CF e na Súmula Vinculante n. 10 do STF). Há Turmas que aplicam literalmente as novas regras, sem maiores discussões hermenêuticas; e há Turmas que resistem à aplicação literal e desenvolvem métodos de interpretação sistêmica e teleológica.

Em relação aos contratos de trabalho iniciados antes, mas que continuaram vigendo após a entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017, a impressão é de que a tendência majoritária é a de aplicação das normas anteriores até 10/11/2017 e, a partir de 11/11/2017, a incidência dos novos regramentos.

Contudo, há entendimento no sentido de não se aplicar as inovações legislativas trazidas pela reforma trabalhista, por força do disposto no *caput* do art. 7º/CF, bem como do art. 468 da CLT, que veda as alterações contratuais lesivas. Esse entendimento é corroborado também pelo inciso III da Súmula n. 191 do TST, que trata do adicional de periculosidade devido aos eletricitários, aplicável analogicamente à hipótese, segundo o qual:

III - A alteração da base de cálculo do adicional de periculosidade do eletricitário promovida pela Lei n. 12.740/2012 atinge somente contrato de trabalho firmado a partir de sua vigência, de modo que, nesse caso, o cálculo será realizado exclusivamente sobre o salário básico, conforme determina o § 1º do art. 193 da CLT.

Ou seja, a lei nova restritiva de direitos aplicar-se-ia apenas aos novos contratos, assim entendidos aqueles firmados após a sua vigência.

A partir dessas considerações, pode-se inferir que, paulatinamente, como se disse, tem havido uma mudança interna no perfil geral do magistrado trabalhista. O *eu interior*, para fora de si, já não se convence – ou não se convence tanto – da necessidade do caráter tuitivo das normas trabalhistas, cuja transcendência não se fecha mais sobre a parte, historicamente, hipossuficiente, porém se expande em direção ao outro sujeito da relação jurídica de emprego com o objetivo de reequilibrar as forças contratuais no nível normativo – o que provavelmente significará uma acentuação do desequilíbrio real entre as partes.

Se, antes, pairava uma atmosfera entre os recém-ingressos na carreira plena de compromissos com o próprio ramo trabalhista, seus princípios especiais básicos e com a lógica que deu ensejo à criação desta Justiça Especializada, agora se observa uma fragilização destas certezas. A visão de mundo dos magistrados facilitava essa postura protetiva, e as próprias instituições caminhavam segundo este contexto.

Atualmente, com as muitas reformas legislativas, as múltiplas alterações procedimentais e o próprio ataque às instituições, nota-se uma tendência para uma espécie de julgador mais rígido, literal, que anseia pelos arquivamentos, extinções sem resolução do

mérito, aplicação de normas que possam diminuir o acervo processual e evitar ações supostamente abusivas por parte dos jurisdicionados.

Essa postura pode estar assentada em um sentimento de *autodefesa*, notadamente nos magistrados mais jovens. Decidindo conforme o rigor gramatical da lei (“*o juiz é a boca da lei*”) a pressão é aliviada de várias formas: o juiz aparenta ser mais técnico e menos acessível, diminuindo as situações de confronto com partes, procuradores e a sociedade; as decisões ficam mais uniformes, simples e rápidas, afetando positivamente na produtividade; a responsabilidade pelas eventuais “injustiças” das decisões é transferida para o legislador, investido na figura de senhor do que é politicamente adequado inclusive para o caso concreto, o que afasta o peso de a sentença ter que enfrentar a crueza e a criatividade de uma realidade social, sempre desigual e cruel.

De se destacar que o próprio Poder Judiciário favorece a germinação desse magistrado. Com efeito, até mesmo a campanha da “escola sem partido” pode estar afetando algumas Escolas Judiciais. Estas, a pretexto de se tornarem apartidárias, deixam de ocupar o relevante espaço de formar partidários do próprio Direito do Trabalho, para criar um ambiente eminentemente técnico, que muito bem estariam aptas a formar magistrados de outras áreas, sem qualquer ajuste no programa de seus cursos. Em meio a essa conjuntura, aquelas que não adotam esse padrão acabam sendo tingidas de vermelho pela opinião pública e pela própria Justiça Especializada, marca que se usa para criticar uma suposta ideologia em favor dos empregados.

Tampouco o ambiente do fórum e dos plenários favorece a confecção de um Direito Processual do Trabalho artesanal, com sentenças tecidas a mão, mas sim de decisões produzidas em série, com uso de alta tecnologia. E o Direito do Trabalho acaba se encolhendo nesse sítio supostamente “neutro”.

E ainda há o rigor do sistema de precedentes (art. 926 do CPC), que expõe a sentença a toda sorte de controle, em nome da segurança jurídica, direito fundamental que se tornou jargão da crítica à Justiça do Trabalho. A decisão que sai dos trilhos da jurisprudência vinculante não mais fica sujeita apenas à reforma ou cassação pela via recursal: desafia reclamação (art. 988 do CPC), mandado de segurança e até manchete em capa de jornal.

Tudo isso se soma e constrói um ambiente insalubre para o magistrado, estratégico para o capital e hostil para o trabalhador. Pouco a pouco, ao que parece, a Justiça do Trabalho vai deixando de ser uma casa de especiarias para se tornar uma “*megastore*”, engendrando as reformas enlatadas do texto da lei para a formação do magistrado e para a modulação do comportamento das partes.

5 COMO O JUIZ PODE AFETAR A LEI

5.1 ASPECTOS NEGATIVOS

Com o impacto de todas essas influências, o risco do trabalhador que procura a Justiça, hoje, não se resume mais em entrar numa *lista negra* ou não conseguir uma *referência* do antigo patrão. E nem se reduz propriamente ao fato de ter de pagar custas e honorários advocatícios, caso perca a demanda. É tudo isso, sim, mas atrelado ao fato de que as condenações adversas tendem a acontecer de forma mais frequente do que antes.

O resultado, ao que parece, é que essas decisões - aplicando não só a letra da nova lei, mas o espírito oculto da nova lei ou o seu objetivo secreto - vem servindo de *alerta* ao trabalhador, passando uma mensagem de medo. Não à toa, depois da reforma, o índice de demandas caiu cerca da metade, em Estados como Minas Gerais – embora nos últimos meses tenha ocorrido ligeiro aumento. É como se o Estado quisesse evitar a superlotação nos hospitais autorizando a matança dos novos doentes.

5.2 ASPECTOS POSITIVOS

Em geral, quando se critica a reforma, perde-se de vista o fato de que ela está em curso – tanto para o mal, quanto para o bem.

Para o *mal*, no sentido de que está sendo criado, como dizíamos, todo um clima favorável à destruição de direitos. Nesse sentido, a reforma é bem mais ampla do que parece, pois abala também as normas não tocadas expressamente pelo legislador. Em outras palavras, toda a CLT perdeu força – e pode perder ainda mais, com o passar do tempo, embora ainda estejam em vigor, dentre outros, de índole fortemente tuitiva, os artigos 3º, 9º, 444, *caput*, e 468.

Para o *bem*, no sentido de que houve, sim, o momento do legislador, mas agora vivemos o momento do juiz – ou do intérprete em geral. E aqui nos referimos não a todo e qualquer juiz, mas ao *bom juiz*.

Naturalmente, um juiz pode ser chamado de *bom* não propriamente por se alinhar com A ou B, mas por defender os princípios do Direito do Trabalho – ainda que isso signifique ser alvo de críticas ou ter mais dificuldades para elaborar sua sentença.

De fato, como sabemos, o Direito do Trabalho nasceu, cresceu, e ganhou maturidade, não só ou não tanto para garantir a paz social, como o Direito Civil, mas para humanizar um pouco o sistema capitalista, ainda que à custa do conflito. Nesse sentido, é um *direito sonhador*. Seu maior propósito, como ensina Delgado²⁶, é distribuir renda, e o juiz que ignora este propósito se mostra incoerente com o próprio ofício.

Couture escreveu, certa vez, que o juiz é como o prisioneiro no cárcere: as grades lhe impõem limites, mas é possível avançar alguns passos. E ao dar esses passos ele caminha, ou deve caminhar, em direção à justiça. No caso do Direito do Trabalho, esta “justiça” é eminentemente social.

Ora, é possível, no caso da reforma, encontrar inconstitucionalidades na lei – algumas, aliás, parecem evidentes -, como também é possível minimizar os *estragos* que o legislador quis provocar. Para isso, basta aplicar aqueles princípios – especialmente o princípio da proteção.

6 CONCLUSÕES

Como já ensinava – mesmo antes dos gregos – a filosofia oriental, tudo interage com tudo. E não é diferente o que diz a Física Quântica, ao nos mostrar, por exemplo, que o ponto de vista do observador pode afetar a dinâmica do objeto da observação.

No campo do Direito, o juiz interfere na lei, querendo ou não, e ainda quando apenas reproduz a sua letra. E isso lhe abre riscos e oportunidades, na medida em que lhe permite, em maior ou menor medida, tanto agravar quanto manter ou reduzir as desigualdades sociais.

É nesse momento – quando dá alguns passos no cárcere que a lei lhe impõe – que o juiz se torna realmente um juiz e a sua dimensão humana o diferencia de uma eventual máquina de fazer sentenças. E é também nesse momento, por isso mesmo, que cresce de importância o seu compromisso com a sociedade e consigo mesmo.

No entanto, se tudo interfere em tudo, a própria norma, inversamente, também afeta o juiz. Mesmo sem saber ou sem sentir, ele pode sofrer a sua influência, e tanto para o *mal* quanto para o *bem*, e de maneira tanto superficial quanto profunda.

No caso da reforma trabalhista – que, substancialmente, foi criada para agravar as desigualdades, e, neste sentido, *para o mal* – as influências têm sido também negativas. Embora não haja ainda estatísticas a respeito, é possível, e até provável, que um número

²⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2018, *passim*.

crescente de magistrados esteja se desgarrando dos princípios do Direito do Trabalho, em nome de uma modernidade às avessas.

Este pequeno texto teve por objetivo mostrar essas dualidades e despertar a atenção para a importância de continuarmos a ter juízes - realmente - *do trabalho*, comprometidos com a justiça social.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOFF, Leonardo. **A águia e a galinha**: uma metáfora da condição humana. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1998.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 de outubro de 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Arte do Direito**: seis meditações sobre o Direito. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1957.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2018.

DRUMMOND, Carlos de Andrade. **Sentimento do mundo**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2012.

HEIDEGGER, Martin. **Sobre a essência da verdade**: a tese de Kant sobre o ser. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1970.

LANZA, Luigi. Il percorso della decisione. In: FORZA, Antonio (Org.). **Le dinamiche psicologiche nel processo penale**. Veneza: Marsilio, 1997.

MAGALHÃES, C. Kildare *et alii*. A circunstância em Ortega y Gasset: aproximações ao inconsciente junguiano. **Psicologia USP**. São Paulo: USP, v. 29, n.1. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pusp/v29n1/1678-5177-pusp-29-01-58.pdf>>. Acesso em 01 jul. 19.

MONTESQUIEU, Barão de (Charles-Louis de Secondat). **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ORTEGA Y GASSET, Jose. **Meditaciones del Quijote**. Madrid: Alianza, 1966.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 1º de maio de 1943.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002.

_____. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 16 de março de 2015.

_____. **Lei nº 13.467**, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, 13 de julho de 2017.

SÊNECA. **Sobre a vida feliz**. São Paulo: Editora Nova Alexandria, 2005.

VIANA, Márcio Túlio; NUNES, Raquel Portugal. **O segundo processo**: fatores informais que penetram nos julgamentos. São Paulo: LTr, 2019.

VIANA, Márcio Túlio. **Livrem-nos da livre negociação**: aspectos subjetivos da reforma trabalhista. Belo Horizonte: RTM, 2019.

TELETRABALHO E REFORMA TRABALHISTA: uma reflexão sobre os direitos e obrigações dos sujeitos da relação de emprego e suas repercussões processuais

TELEWORK AND THE BRAZILIAN LABOR REFORM: a reflection on the rights and obligations of the subjects of an employment relation and their repercussions on judicial procedure

Sergio Torres Teixeira¹
Gelba Carolina Siqueira Serpa²

RESUMO: O dinamismo do processo produtivo, aliado às inovações tecnológicas da sociedade informacional, exige transformações nas relações empregatícias para se adaptar à flexibilidade típica do mundo contemporâneo. Dentre elas, surge a modalidade denominada de teletrabalho, que obteve regulamentação específica no ordenamento brasileiro a partir da Lei n.º 13.467 de 2017. A Reforma Trabalhista foi além da conceituação do teletrabalho, trazendo também disposições quanto às formalidades prescritas para o contrato, ao regime de duração de jornada do teletrabalhador, às condições de alteração para a prestação de serviços presencial, à responsabilidade pelos instrumentos e meio ambiente de trabalho e à autonomia negocial. Contudo, muitas dessas inovações ensejaram polêmicas, seja devido às tentativas de restrição de direitos do obreiro, seja devido à obscuridade na regulação em alguns pontos ou até mesmo à omissão em dispor sobre relevantes questões relacionadas ao teletrabalho, como a competência territorial para ajuizamento de ações judiciais. As novas prescrições transcendem o âmbito dos direitos materiais e provocam repercussões na seara processual, como reflexos na distribuição do ônus probatório e nos limites da cognição judicial. Baseado nessas novidades, o presente artigo está informado por método de abordagem dedutivo e uma técnica de documentação direta mediante pesquisa na literatura especializada, resultando em uma metodologia expositiva por meio da qual são aferidos os impactos que as disposições da Lei n.º 13.467 de 2017, referentes ao fenômeno telelaboral, geraram nas esferas material e processual do sistema justarabalista. Ao final serão relacionadas nas conclusões as principais constatações extraídas da metodologia adotada.

PALAVRAS-CHAVE: Teletrabalho. Inovações legislativas. Reforma Trabalhista.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Caracterização da relação de teletrabalho. 3. Exceções à informalidade contratual: alcance na esfera de direitos do trabalhador. 4. Requisitos e prerrogativas para alteração contratual da modalidade de teletrabalho. 5. Uma fissura na alteridade: inovações na responsabilidade quanto aos instrumentos, à infraestrutura e ao meio ambiente de trabalho. 6. Atuação jurisdicional e (im)previsibilidade normativa: alguns questionamentos diante de vácuos legislativos deixados pela Reforma Trabalhista. 7. Conclusões. 8. Referências.

ABSTRACT: The dynamic development of the productive process, coupled with the technological innovations of the information society, requires transformations in the employment relationships to adapt to the flexibility typical of the contemporary world. Among them, there is the so-called teleworking model, which obtained specific regulations in the Brazilian legal system based on Federal Law 13.467 of 2017. The Labor Reform went beyond the conceptualization of teleworking, also providing provisions regarding the formalities prescribed for the labor contract, the working time regime of the teleworker, the conditions of change for the provision of presential services, responsibility for instruments and the working environment and business autonomy. However, many of these innovations have provoked controversy, whether due to attempts to restrict workers' rights or due to the obscurity in regulation in some points or even the omission to have relevant issues related to teleworking, such as territorial jurisdiction for filing lawsuits for judicial proceedings. The new prescriptions transcend the scope of material rights and cause repercussions in the judicial process, as reflections on the distribution of the burden of proof and within the limits of judicial cognition. Based on these innovations, this

Artigo recebido em 08/07/2019.

Artigo aprovado em 08/10/2019.

¹ Doutor em Direito pela UFPE. Professor Adjunto da FDR/UFPE e UNICAP. Desembargador do TRT da 6ª Região. Líder do Grupo de Pesquisa LOGOS - Processo, Tecnologia e Hermenêutica.

² Pós-graduada em Direito Processual Civil e do Trabalho pela UNIT/ESMATRA. Advogada.

article is informed by a deductive approach and a direct documentation technique through research in specialized literature, resulting in an expository methodology through which the impacts that the provisions of Brazilian Federal Law 13.467 of 2017, referring to the teleworking phenomenon, generated in the material and procedural spheres of the labor system. The main conclusions drawn from the adopted methodology will be related in the conclusions.

KEYWORDS: Telework. Legislative innovations. Labor Reform.

SUMMARY: 1. Introduction; 2. Telework relationship characterization; 3 Exceptions to contractual informality: scope in the rights of the worker; 4. Requirements and prerogatives for contractual modification of telecommuting; 5. A Fissure in alterity: innovations in responsibility for tools, infrastructure, and the work environment; 6. Jurisdictional performance and normative (un)predictability: some questions before legislative vacuums left by the Labor Reform; 7. Conclusion; 8. References.

1 INTRODUÇÃO

O exercício de atividades profissionais na modalidade de teletrabalho se apresenta como forte tendência nos dias atuais. No Brasil, estudo conduzido pela SAP Consultoria RH em 325 empresas nacionais³ constatou que 68% das empresas participantes já instituíram alguma das espécies de teletrabalho em sua organização. Esse percentual é fruto dos impactos diretos que as relações de trabalho sofreram com a evolução dos modelos de produção e com os avanços tecnológicos sucedidos nas últimas décadas. Tais repercussões são registradas no âmbito do próprio Poder Judiciário: precisamente no Supremo Tribunal Federal, o “trabalho remoto” de servidores públicos é disciplinado na Resolução n.º 621 de 2018, permitindo exercer as atividades laborais fora das instalações físicas do respectivo órgão jurisdicional.

No surgimento do modelo de produção fordista – início do século XX –, não havia condições para o desenvolvimento do trabalho em estrutura telemática. Isso se dava tanto pela exiguidade de incrementos tecnológicos necessários ao estímulo de atividades nessa modalidade à época, como também pelas próprias características inerentes a esse sistema produtivo. Afinal, com o trabalho fragmentado em série dentro de uma estrutura verticalizada na empresa, cuja gestão se encontrava fortemente centralizada nas mãos de superiores hierárquicos, não havia a flexibilidade necessária à execução dos serviços em teletrabalho.

Na segunda metade do século XX, todavia, o toyotismo transformou os paradigmas produtivos das empresas e permitiu o ingresso de novas formas de trabalho no cenário capitalista. Contrapondo-se aos grandes arranjos empresariais do fordismo, o sistema Toyota prezava por empresas mais enxutas com vistas à redução de custos. É a partir dessa concepção que se difunde a máxima do *just-in-time*, segundo a qual os produtos só devem ser fabricados

³

http://www.sobratt.org.br/site2015/wp-content/uploads/2016/05/Estudo_Home-Office_Consolidado_2016.pdf.

sob demanda do consumidor, a fim de evitar desperdício de materiais. Como consequência da aplicação dessa diretriz, são percebidas repercussões em todos os aspectos da empresa: a manutenção de estoques, por exemplo, torna-se desnecessária, ao passo que a hierarquização estrutural dá lugar à horizontalidade, permitindo a subcontratação e terceirização de setores produtivos.

Essas modificações, aliadas à integração entre ciência, tecnologia e produção, cada vez mais estimulada pela Revolução Tecnológica emergida após a Segunda Guerra Mundial, proporcionaram dinamismo ao processo produtivo, refletindo inevitavelmente no modo de administração das empresas e nas formas de prestação de trabalho. Controlar os resultados obtidos com a atividade passou a ser mais relevante que a fiscalização do processo produtivo em si, pois assim se economizavam recursos materiais e humanos.

Havia, portanto, conjuntura bastante propícia para o surgimento da modalidade teletrabalhista de prestação de serviços, cuja expansão é irrefreável diante da atual sociedade informacional. Como não poderia ser diferente, as relações empregatícias foram influenciadas por essas transformações, passando a urgir a necessidade de atualização das normas jurídicas para se adaptar à nova realidade, sob pena de a regulamentação do Direito Laboral se tornar defasada e incapaz de propiciar a segurança jurídica ansiada por seus destinatários.

Nesse contexto, a Lei n.º 13.467 de 2017 introduziu na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) um capítulo específico versando sobre o teletrabalho, além de outras referências no decorrer de seu texto. No entanto, como se perceberá, a novidade legislativa trouxe normatização passível de críticas e, ainda, insuficiente acerca do tema. A incompletude da nova legislação, além de ensejar controvérsias e incertezas quanto à sua aplicação, até certo ponto põe em risco a manutenção de direitos do empregado em teletrabalho.

Posto isso, este artigo busca contribuir com as discussões derivadas da nova legislação, propondo-se a uma análise tanto das transformações perpetradas no direito material do trabalho quanto de seus impactos no âmbito processual. Nesse ínterim, foi aplicada uma metodologia baseada na exposição das mudanças e na conjectura de cenários hipotéticos que podem se concretizar a partir delas, recorrendo-se, eventualmente, a comparações com o direito português e a incursões sobre os reflexos das novidades na atuação judicial e no âmbito probatório.

2 CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE TELETRABALHO

O artigo 75-A da CLT, introduzido no corpo do principal diploma laboral pelo legislador de 2017 por meio da Lei n.º 13.467, estabelece a base da nova estrutura normativa: “A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo”.

Tal dispositivo, assim, cumpriu uma função meramente protocolar de apresentar a nova regulamentação. Com a inclusão do artigo 75-B⁴, por sua vez, a Reforma Trabalhista acrescentou ao texto da CLT uma definição para o que se deve entender por teletrabalho, traçando limites para o conceito, o que antes era feito apenas pela doutrina e jurisprudência trabalhistas. A partir dele, podem-se depreender alguns elementos caracterizadores dessa modalidade de prestação de serviços.

Inicialmente, percebe-se que a disposição legal não fez nenhuma exigência sobre qual será o espaço em que os serviços devem ser realizados para se enquadrarem como teletrabalho, mas tão somente o local no qual os mesmos não poderão ser preponderantemente executados. Isso em virtude de inexistir local predeterminado para o teletrabalhador frequentar, podendo realizar suas atividades no lugar que lhe for mais conveniente, contanto que o exercício de suas funções predomine fora das dependências de seu empregador.

Apenas pelo trecho inicial do artigo em comento já é possível perceber dois importantes aspectos sobre o tema.

O primeiro diz respeito à inexistência de equivalência entre teletrabalho e trabalho a domicílio, pois, como visto, a legislação não determina que a modalidade de teletrabalho deva ser executada em local específico, tampouco menciona a moradia do obreiro. Porém essa confusão comumente ocorre porque o teletrabalho executado em casa, popularmente chamado *home office*, apresenta-se como um dos tipos de teletrabalho mais difundidos na sociedade, possui nomenclatura similar ao trabalho a domicílio e, além disso, há exígua definição deste último na CLT, tudo contribuindo para que ambos sejam associados como sinônimos.

Quanto à diferenciação entre trabalho a domicílio e teletrabalho e à utilização da expressão *home office*, o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Mauricio Godinho⁵, sugere classificação diversa da apresentada neste trabalho, pois, para o ilustre autor, haveria: “a) o tradicional trabalho a domicílio; b) o novo trabalho no domicílio, chamado *home office*;

⁴ Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho

⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16ª ed.. São Paulo: LTr, 2017, p. 1023.

e c) teletrabalho, que poderia ou não se atrelar ao *home office*". No tocante à conceituação de trabalho a domicílio, por outro lado, a CLT se restringe a adotar o parâmetro do local de execução do serviço, afirmando em seu artigo 83, que "é devido o salário mínimo ao trabalhador em domicílio, considerado este como o executado na habitação do empregado ou em oficina de família, por conta de empregador que o remunere".

Entretanto, apesar de ambos serem variedades do gênero "trabalho à distância", o trabalho a domicílio e o teletrabalho guardam características bem diferentes entre si. Enquanto este se configura principalmente pela utilização de meios tecnológicos, e, em regra, diz respeito a atividades intelectuais, aquele, por sua vez, foi previsto na CLT em uma época na qual o uso de equipamentos eletrônicos não era tão disseminado quanto nos dias atuais, referindo-se, por conseguinte, a trabalhos manuais, como costura e artesanato.

Assim, caso estejam presentes os componentes do teletrabalho, o obreiro não se enquadrará como trabalhador a domicílio, ainda que exerça atividades dentro de sua residência. O teletrabalhador pode desempenhar suas funções em qualquer espaço que reúna as condições desejadas para desenvolver sua atividade, quer seja no seu âmbito residencial ou não. Nos grandes centros urbanos, por exemplo, são encontradas, com frequência, pessoas trabalhando em *lan houses*, cafeterias, *shoppings*, aeroportos ou espaços de *coworking*⁶.

O segundo ponto que resta claro a partir do início do dispositivo acima, ao utilizar o termo "preponderantemente", refere-se à possibilidade de o teletrabalhador exercer atribuições dentro do ambiente empresarial sem deturpar o regime teletrabalhista, desde que o tempo despendido por ele nessas atividades não se sobreponha àquele utilizado na prestação de serviços fora das dependências da empresa. Nessa linha, o parágrafo único reafirma essa permissão, afinal é bastante comum que, mesmo trabalhando à distância, seja necessário se dirigir à empresa ocasionalmente para buscar materiais, entregar produtos, assinar documentos, participar de reuniões, apresentar relatórios, entre outros compromissos.

Na continuidade do texto legal, observa-se outro elemento qualificador do teletrabalho, já rapidamente citado quando da comparação com o trabalho a domicílio: a utilização de meios tecnológicos de informação e comunicação. É imperioso, contudo, adentrar neste tópico para notar que a Lei n.º 13.467 de 2017 foi categórica ao declarar que o uso desses aparatos telemáticos não pode acabar por representar uma outra classe do trabalho à distância: o trabalho externo.

⁶ HOFFMANN, Fernando. **O Teletrabalho e a Nova Competência da Justiça do Trabalho**: um desafio aos direitos material e processual do trabalho. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, ano III, n. 33, set. 2014, p. 85-122. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=33&edicao=2953>. Acesso em: 25 ago.

Aqui é preciso esclarecer mais um equívoco frequente de associação entre essas modalidades: diferentemente dos teletrabalhadores, que elegem os locais para prestar seus serviços, os trabalhadores externos realizam suas atividades em constante deslocamento, utilizando equipamentos eletrônicos para contatar seu empregador, como *smartphones* ou *palmtops*. Portanto, para os primeiros, há viabilidade de sua função ser desempenhada no estabelecimento empresarial, porém, por opção dos contratantes, ela é exercida à distância. No trabalho externo, por outro lado, a própria natureza da atividade exige a prestação externa, como é o caso de motoristas e vendedores viajantes⁷.

Ainda quanto à caracterização de uma relação teletrabalhista, existem muitas controvérsias quando se procura enquadrar um teletrabalhador dentro de uma relação de emprego. A querela incide sobre o elemento fático-jurídico da subordinação jurídica.

Ante a necessidade de distinção em relação às demais relações de trabalho, o artigo 2.º e artigo 3.º da CLT apontam os requisitos qualificadores de uma relação de emprego, quais sejam a prestação de serviços a empregador por pessoa física, com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e mediante subordinação jurídica. Dentre esses pressupostos essenciais, o último seria o determinante para discernir um trabalhador autônomo de um empregado submetido às diretrizes celetistas.

De início, o crescimento do trabalho à distância despertou debates acerca da possibilidade de configurar relação empregatícia para esses trabalhadores, pois se alegava a falta de subordinação nesses casos. O principal argumento sustentado para enquadrá-los como autônomos era a inviabilidade de o empregador exercer seu poder de controle de modo pessoal e direto, tendo em vista o distanciamento físico inevitável daquele que trabalha à distância. Nesse sentido, segundo Paulo Emílio Vilhena⁸, para ser autônomo é preciso desenvolver sua atividade com organização própria, iniciativa e discricionariedade, cabendo escolher o lugar, o modo, o tempo e a forma de execução.

Por outro lado, defendeu-se que a subordinação não desapareceria por completo, mas sofreria uma mitigação responsável por aproximar o teletrabalhador da figura de um colaborador da empresa.

⁷ SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney Stany Moraes; e AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Reforma Trabalhista**: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017 e da Med. Prov. n. 808/2017. 2ª ed. São Paulo: Rideel, 2018, p. 106.

⁸ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 483.

Cunhava-se, então, a espécie intermediária da “parassubordinação”, típica de empregados de alta qualificação, dos controlados à distância ou ainda dos trabalhadores situados na zona cinzenta entre a autonomia e a subordinação⁹.

Dentro de tal contexto, é inegável que as acepções de subordinação utilizadas para as antigas formas de organização produtiva não são mais suficientes para abranger os modernos arranjos do mercado. Ao mesmo tempo em que a evolução da tecnologia permitiu a execução de tarefas independentemente do local onde o trabalhador se encontre, sendo suficiente possuir um dispositivo telemático e uma ferramenta de conectividade, ela também dificultou o exercício do poder fiscalizatório presencialmente pelo empregador.

De outra parte, é igualmente verdadeiro que a supervisão informatizada pode chegar a ser mais rígida do que a própria fiscalização direta, pulverizando a pretensa liberdade que se presume com a distância do obreiro das dependências empresariais. Isso porque, com o nível avançado dos instrumentos informáticos modernos, é plenamente viável, por exemplo, instalar programas para registrar o horário em que o computador foi ligado, contabilizar quantos toques foram dados no teclado ou bloquear o acesso a determinados sites ou chats. À vista disso, Grijalbo Coutinho¹⁰ preconiza:

O controle direto e visual por parte do empregador é menos agressivo ao patrimônio imaterial do trabalhador, por incrível que pareça, dadas as variadas formas eletrônicas disponíveis para transformar o mero controle de jornada num verdadeiro big brother da relação entre o capital e o trabalho. Nesse novo mundo o objetivo não é apenas fiscalizar a jornada. Controla-se o trabalhador em todos os ambientes, em todas as suas dimensões, dentro e fora da empresa [...], como se houvesse a seguinte mensagem dirigida ao trabalhador: “sorria, você está sendo monitorado o tempo todo”.

O controle pode chegar a ser tão incisivo que hoje já se discute a lesão a direitos fundamentais do obreiro pelo uso de mecanismos invasivos à sua privacidade. E mais: já surgiram conceitos como o de “teletrabalho escravo”, aquele desenvolvido de forma remota por meio de mecanismos de telecomunicação e telemática, no qual, afora o controle virtual ser em tal grau a ponto de privar o teletrabalhador de sua liberdade, o obreiro não poderia se desvincular da relação devido à coação moral ou psicológica sofrida por dívidas artificiais contraídas com o empregador. Em decorrência do exercício das funções nessas condições, alguns traços seriam comumente encontrados num quadro de escravização digital, tais quais o

⁹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **O Teletrabalho**: importância, conceito e implicações jurídicas. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9. Região, Curitiba, ano III, n. 33, set. 2014, p. 08-27. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=33&edicao=2953>. Acesso em: 25 ago. 2018.

¹⁰ COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Teletrabalho, Advento da Lei n. 12.551/2011 e Repercussões Jurídicas**. In: OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno (Org.). **Direito do Trabalho em Movimento**: novos direitos e diversificação de tutelas. Vol. 1. São Paulo: LTr, 2017, p. 84.

isolamento social do trabalhador e o desenvolvimento de doenças como depressão e ansiedade¹¹.

Nessa perspectiva, ao afetar a forma de realização do labor, o progresso irrompido exige que vários dos construtos do mundo jurídico sejam readequados para abarcar as mudanças fáticas. Com a noção de subordinação jurídica nas relações de trabalho não poderia ser diferente: o conceito, que já havia se transmudado do “clássico” para o “objetivo”, atingiu o estágio “estrutural”, superando a dificuldade que as abordagens anteriores demonstravam para envolver as novas tipologias laborais¹².

Sob o viés da subordinação estrutural, o trabalhador se insere na dinâmica operacional da empresa, submetendo-se à cultura corporativa e, por conseguinte, tornando indiferente o fato de receber ou não ordens diretas de seu empregador para que esteja configurado seu vínculo empregatício. Consoante essa concepção, é possível afirmar que a prestação de serviço de modo remoto pode constituir relação de emprego, mesmo inexistindo o controle pessoal e direto a que normalmente se alude quando se cogita de subordinação jurídica.

Com a alteração promovida pela Lei n.º12.551 de 2011, foi dada nova redação ao artigo 6º da CLT, pela qual se equiparou os meios telemáticos ou indiretos de controle aos pessoais e diretos. Essa transformação elucidou que as novas tipologias trabalhistas não abolem a subordinação jurídica, mas superam a visão estanque para lhe atribuir novos contornos, confirmando o entendimento já defendido pelos adeptos da teoria da subordinação estrutural, de sorte que, antes mesmo de a Reforma Trabalhista regulamentar um capítulo sobre o teletrabalho, restou clara a viabilidade da formação de vínculo empregatício para essa categoria.

Dessarte, o teletrabalhador poderá ser enquadrado como autônomo ou como empregado, a depender dos elementos fático-jurídicos existentes naquela situação concreta. O que não se pode admitir é excluir o vínculo empregatício a priori, baseado em uma abstrata impossibilidade absoluta de haver subordinação numa prestação teletrabalhista, pois, como exposto, esses casos podem ter tanto ou mais controle do que uma relação empregatícia com supervisão pessoal e direta.

¹¹ ESTRADA, Manuel Martín Pino. **Teletrabalho e Direito**: conceito, classificação e natureza jurídica. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, ano III, n.º. 33, set. 2014, p. 46-57. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=33&edicao=2953>. Acesso em: 22 set. 2018.

¹² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16ª ed.. São Paulo: LTr, 2017, p. 324).

3 EXCEÇÃO À INFORMALIDADE CONTRATUAL

Afora o capítulo específico relacionado ao teletrabalho entre os artigo 75-A e artigo 75-E, a Lei n.º 13.467 de 2017 modificou o artigo 62 da CLT¹³ para incluir o inciso III em seu rol, pelo qual os teletrabalhadores são excluídos do regime geral de jornada aplicável aos demais empregados.

Tal alteração tem como consequência direta a exclusão do direito às horas extras, ao adicional noturno e aos intervalos interjornada e intrajornada para o teletrabalhador.

A inclusão do inciso III ao artigo 62, entretanto, não remove o direito ao descanso semanal remunerado e ao repouso em feriados. Esses dois direitos permanecem assegurados por estarem previstos em lei específica (artigo 1º, Lei n.º 605 de 1949) e não no capítulo da CLT referente ao regime de duração de jornada, de maneira que, quando o artigo 62 afasta os teletrabalhadores da incidência das normas oriundas desse capítulo, não alcança o repouso em feriados e o semanal remunerado para excluí-los também.

Outra mudança implantada com a Lei n.º 13.467 de 2017 foi a inclusão do artigo 75-C¹⁴ na CLT, cujo caput determina que o exercício das funções na modalidade teletrabalhista deve estar expressamente prescrito no contrato de emprego, ao qual também cabe especificar as atividades a serem executadas pelo empregado.

Esta disciplina, assim, buscou evitar a exploração da mão de obra indiscriminadamente em atividades genéricas¹⁵.

Agora, essa exigência do artigo 75-C é absolutamente imprescindível à validade da opção pela modalidade de teletrabalho? E como tal registro formal, ou a ausência dele, afeta a distribuição do ônus da prova em eventual controvérsia acerca da submissão do empregado a uma jornada máxima e ao seu direito àquilo excluído pelo inciso III do artigo 62 da CLT?

Ressalte-se, de início, que essa imposição de solenidade para formalização do contrato constitui exceção à regra geral do artigo 443 da CLT, cujo conteúdo preceitua que os contratos individuais de trabalho podem ser tanto tácitos como expressos, tanto verbais como

¹³ Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:
[...]

III - os empregados em regime de teletrabalho.

¹⁴ Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

¹⁵ MIZIARA, Raphael. **O Novo Regime Jurídico do Teletrabalho no Brasil**. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, ano VII, n.º 62, set. 2017, p. 36-45. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=62&edicao=10468#page/6>. Acesso em: 11 set. 2018.

escritos. A regra no âmbito dos contratos de emprego é, pois, a informalidade na sua constituição.

À primeira vista, a exigência de formular um contrato solene não se correlacionaria com o regime de duração de jornada do teletrabalhador. O descumprimento de qualquer das formalidades exigidas pela Lei, entretanto, culminará na inclusão do obreiro no regime normal de duração de jornada, que é regra para os demais empregados¹⁶.

É preciso minuciar esse ponto em casos hipotéticos ilustrativos para melhor compreender a relação entre as formalidades contratuais exigidas pelo dispositivo e o regime de duração de jornada aplicável às diferentes possibilidades. Tal discussão pode ser instrumentalizada mediante a apresentação de três hipóteses distintas.

Uma primeira hipótese corresponde à materialização precisamente daquilo que a disposição legal prescreve: o empregado labora em teletrabalho, com previsão expressa no contrato e sem controle de horário. Ocorrendo exatamente o descrito na disciplina legal promovida pela Reforma Trabalhista, o contrato de emprego na modalidade de teletrabalho fará com que a relação laboral não se enquadre no regime de duração de jornada. Inexistindo qualquer irregularidade, o teletrabalho se revela perfeitamente lícito, bem como é lícita a exclusão do respectivo empregado do direito a horas extras, ao adicional noturno e aos intervalos inter e intrajornada.

Outra situação se apresenta, em uma segunda hipótese, quando o trabalhador está praticando suas atividades em teletrabalho, com manifesta disposição contratual de modo a atender a exigência do caput do artigo 75-C, mas há controle efetivo pelo empregador da jornada laborada pelo empregado, ou, então, ocorre a imposição patronal de uma meta de produção humanamente impossível de ser alcançada dentro de um período de duração minimamente razoável.

Há, nesse segundo exemplo, a estrita obediência à exigência de formalização da opção contratual pela modalidade de teletrabalho, mas, ao contrário da natureza própria da respectiva relação laboral, o empregador exerce um controle direto (ou mesmo indireto) sobre o empregado quanto à duração da prestação do serviço. Existe, pois, um flagrante desvio de finalidade da contratação na modalidade teletrabalhista.

Nesse sentido, o pensamento dos integrantes do “Quarteto Trabalhista!”, Antônio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Stany Morais Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto:

¹⁶ MIZIARA, Op. cit. p. 39.

Contudo, essa desproteção não pode ser absoluta. Primeiro, se houver efetivo controle da jornada, as horas extras e horas noturnas serão computadas e deverão ser pagas pelo empregador, não podendo a modalidade de teletrabalho servir de escudo à exploração desenfreada do trabalhador – aqui, como reforço argumentativo, lembramos que o par. Único do artigo 6º da CLT indica que “os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”. Segundo, se restar demonstrado que houve enorme carga de trabalho para atingir a produção realizada pelo obreiro, pode ficar também caracterizada a jornada extraordinária¹⁷.

Nesse cenário, mesmo havendo expressa opção contratual pelo regime de teletrabalho, faticamente o horário do obreiro está sob controle efetivo do empregador, assim como qualquer outro empregado, não existindo, então, razão para receber tratamento diferenciado. Diante disso, a cláusula contratual não será suficiente para afastar a incidência das normas relativas à duração de jornada.

É evidente, assim, que existindo fraude operada em desvio de finalidade da norma, quando um empregador permanece fiscalizando a duração do trabalho do empregado e exigindo a prestação de serviços em teletrabalho com horários controlados pela entidade patronal, a excludente do artigo 62 deve ser afastada à luz do artigo 9º da CLT¹⁸.

Essa consequência nada mais será que a aplicação do princípio da primazia da realidade¹⁹, consoante o qual não importa a qualificação atribuída a determinado ato quando os fatos desafiam as denominações atribuídas formalmente. Caso contrário, haveria apenas o enriquecimento ilícito do empregador, pois este não pagaria as verbas devidas ao empregado quando exigisse prestação de serviço para além dos limites de uma jornada normal.

Uma terceira hipótese interessante, distinta das duas anteriores, envolve o exercício efetivo do teletrabalho mas sem expressa previsão contratual da modalidade. Em outras palavras, quando no contrato de emprego inexistente expressa estipulação da opção dos sujeitos pelo regime disciplinado pelos artigos 75-A a 75-E da CLT, mas de fato ocorre a execução do labor na forma da modalidade de teletrabalho.

Desde a Reforma, vêm surgindo opiniões em defesa da ideia de que, inexistindo a previsão contratual, fatalmente o teletrabalhador estaria incluído no regime de duração de

¹⁷ SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney Stany Moraes; e AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Reforma Trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017 e da Med. Prov. n. 808/2017**. 2ª ed. São Paulo: Rideel, 2018, p. 99.

¹⁸ Art. 9º. Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

¹⁹ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3ª ed. Trad. e rev. técnica de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000, p. 338.

jornada, haja vista a cláusula expressa ser essencial se o obreiro vai ser colocado em situação mais desvantajosa²⁰.

Ao considerar a forma como da essência do contrato, a falta da estipulação expressa de cláusula optando pela modalidade de teletrabalho resultaria na inclusão do obreiro no regime de duração de jornada, existindo ou não controle de horário.

Tal tese, no entanto, não parece ser a mais adequada conforme o mesmo princípio da primazia da realidade, que estabelece a prevalência do quadro fático detectado. À luz do respectivo postulado, a realidade empírica deve se sobrepor à formalmente prevista, mas não correspondente à existência prática. Seja favorável ao empregado, seja favorável ao empregador.

A formalidade exigida pelo caput do artigo 475-C, portanto, não deve ser compreendida como uma condição *sine qua non* para a validade da modalidade telelaboral do contrato de emprego.

A imposição do requisito formal relativo à opção expressa, em cláusula contratual, da prestação de serviços em teletrabalho, na realidade, foi feita pelo legislador com desígnio probatório. Sem tal disposição no contrato, existe presunção de que a respectiva relação de emprego se desenvolve como simples trabalho externo (a domicílio ou à distância), nos moldes do artigo 6.º da CLT. Ou seja, diante da ausência de estipulação expressa, a presunção é de que não há contrato de emprego na modalidade de teletrabalho. E, como consequência, o empregado não deve ser excluído dos direitos inerentes à sua submissão a uma jornada de trabalho.

Como, diante da ausência de expressa previsão contratual, a presunção é de que não se trata de uma relação de teletrabalho, a regra excludente do artigo 62 não é aplicável. Todavia, tal presunção é relativa, *iuris tantum*, admitindo prova em contrário para demonstrar tanto a existência de uma relação enquadrável na modalidade de teletrabalho, como, ainda, para comprovar a eventual existência de controle efetivo e, como resultado, atribuir ao obreiro os direitos decorrentes de sua submissão a tal forma de manifestação do poder diretivo do empregador.

É uma situação idêntica, nesse sentido, àquela na qual se encontra o empregador displicente que não cumpriu a exigência formal estipulada no inciso I do mesmo artigo 62 da CLT. Tal dispositivo trata do empregado que executa a prestação de serviços de forma externa e de modo incompatível com o controle patronal de sua jornada, exigindo que tal condição

²⁰ BORGES, Leonardo Dias; CASSAR, Vólia Bomfim. **Comentários à Reforma Trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017, p. 107.

especial também seja expressamente registrada na carteira profissional do obreiro para ser excluído o direito a uma jornada ordinária máxima, nos moldes do inciso I do artigo 62 consolidado²¹. Mesmo inexistindo tal anotação formal na carteira profissional, se no plano empírico for constatada a impossibilidade de fiscalização da jornada do empregado que labora externamente, deve prevalecer a realidade fática e ser aplicada a regra excludente do mencionado dispositivo da CLT.

Nesse sentido, a jurisprudência sedimentada no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DAS LEIS N os 13.015/2014, 13.105/2015 E 13.467/2017 - DESCABIMENTO. 1. HORAS EXTRAS. ATIVIDADE EXTERNA. AUSÊNCIA DE ANOTAÇÃO NA CTPS. 1.1. Diante do contexto fático evidenciado no acórdão regional (Súmula 126/TST), em que se divisa a impossibilidade de controle de jornada, não se verifica a alegada violação do artigo 62, I, da CLT. 1.2. Esta Corte tem firmado entendimento no sentido de que a ausência de anotação da condição de trabalho externo na CTPS, por si só, não é determinante para que haja o pagamento de horas extras, uma vez que constitui apenas infração administrativa. Precedentes. (...) Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (TST - AIRR: 13830420155090069, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 27/02/2019, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/03/2019);

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº13.015/2014 E DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40 DO TST. ANTERIOR À LEI Nº13.467/2017. (...) HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. CONTROLE DE JORNADA. AUSÊNCIA DE ANOTAÇÃO NA CTPS 1 - O Tribunal a quo, mediante análise das provas colhidas, concluiu que não havia controle de jornada, pois o serviço externo da reclamante era incompatível com a fixação de horário de trabalho, enquadrando-a no regime do artigo 62, I, da CLT, em que pese a ausência da anotação de tal condição na CTPS. 2 - Ressalte-se que este Tribunal Superior vem firmando o entendimento de que a simples falta de anotação da condição de trabalhador externo na CTPS e no registro de empregados não é, por si só, fator determinante da condenação do empregador ao pagamento de horas extras. Essa falha constitui mera infração administrativa, e não gera direitos pecuniários ao empregado. 3 - Recurso de revista não conhecido. (...) (RR - 118500-59.2009.5.04.0006, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 28/02/2018, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/03/2018).

A conduta omissiva desleixada do empregador, ao não formalizar o registro da condição especial na carteira profissional do obreiro, apenas gera presunção relativa favorável à tese da sujeição do empregado a uma jornada de trabalho e ao consequente afastamento do artigo 62 consolidado. De modo algum impossibilita a caracterização da realidade fática apta a autorizar a incidência da regra excludente.

Da mesma forma, a carência de estipulação formal somente retira a presunção de prestação de serviços na modalidade de teletrabalho e, conseqüentemente, de inexistência de

²¹ Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados.

supervisão do horário, pressupondo-se, em seu lugar, que o trabalhador submete-se ao controle de jornada, já que essa é a regra para as demais subespécies de relações empregatícias.

Nessa terceira hipótese ilustrativa — existência de relação de emprego com falta de previsão contratual do teletrabalho — a inversão da presunção diante da ausência da formalidade enseja a seguinte fórmula: presumir-se-á que não foi adotada tal modalidade especial e, conseqüentemente, que há controle da jornada de trabalho do empregado, mesmo laborando externamente.

Em sendo controversa a respectiva matéria fática, a repartição do encargo probatório sobre os fatos — pela técnica da distribuição estática do ônus da prova consagrada na nova redação dada ao caput do artigo 818 da CLT²² pela Lei n.º 13.467 de 2017 — levará a carga probatória a recair em princípio sobre o empregador, quando este estiver atuando como réu/reclamado e afirmar na sua defesa que a relação laboral era desenvolvida na forma do teletrabalho, mesmo sem a explícita previsão em cláusula contratual.

Nesse sentido, em primeiro plano incumbirá ao empregador o encargo de demonstrar que a prestação de serviços ocorreu, de fato, na forma do teletrabalho. Caso demonstrado tal quadro fático, o reconhecimento da existência de um contrato de emprego na modalidade telelaboral levará a guinada no quadro probatório do processo judicial. Em virtude da comprovação de teletrabalho (mesmo sem o registro formal em cláusula contratual), surgirá a suposição de incidência da regra excludente do inciso III do artigo 62 consolidado, recaindo sobre o empregado, para superar tal presunção *iuris tantum* (e poder postular direitos como as verbas decorrentes de horas extras e adicional noturno), o ônus de demonstrar que havia o exercício de um controle patronal sobre a jornada.

Agora, se o empregador não conseguir se desvencilhar do seu ônus probatório quanto à demonstração de ter sido materializada a prestação de serviços na forma de teletrabalho, o contrato será considerado como um pacto “normal” ou “padrão” (mesmo com a prestação de serviços fora do estabelecimento patronal), sem as especialidades técnicas da modalidade teletrabalhista. Ou seja, ao não se desincumbir do encargo de demonstrar o teletrabalho, a relação de emprego entre os litigantes será reconhecida como o correspondente a um contrato típico de emprego, sobre o qual não incide a excludente do inciso III do artigo 62 consolidado.

²² Art. 818. O ônus da prova incumbe:

I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.

E, assim, diante da presunção de que o obreiro se encontrava submetido a uma jornada máxima (como é a regra geral dos contratos de emprego), restará à entidade patronal, em derradeira tentativa de evitar uma condenação acerca de direitos decorrentes da sujeição do labor a uma jornada de trabalho padrão, tentar demonstrar em juízo qualquer um de dois cenários: a) que não havia labor em sobrejornada ou em horário noturno; ou b) que havia a impossibilidade de controlar o horário de prestação de serviço de tal labor externo, ensejando a incidência da regra excludente do artigo 62 da CLT com base em outro inciso, o de número I.

Dentro do contexto exposto na narração desta última das três hipóteses ilustrativas, constata-se que a falta da previsão expressa do teletrabalho no contrato de emprego, por conseguinte, é uma mera irregularidade formal e não elemento da essência do contrato. Inclusive, o ordenamento jurídico português, predecessor ao brasileiro em matéria de teletrabalho e detentor de regulação mais detida acerca do tema, modificou seu Código do Trabalho para adotar esse mesmo espírito, qual seja a consideração da forma escrita como meio de prova da estipulação do teletrabalho²³.

Diante de tal quadro, o descaso quanto à formalidade contratual pelo empregador poderá ensejar sua autuação pela fiscalização do trabalho, além de lhe impor encargo probatório que em princípio não possuiria caso houvesse atendido às disposições celetistas²⁴.

4 REQUISITOS E PRERROGATIVAS PARA ALTERAÇÃO CONTRATUAL DA MODALIDADE TELETRABALHO

O artigo 75-C da CLT segue em seus parágrafos trazendo outras formalidades relacionadas ao contrato de teletrabalho. São as condições necessárias para alteração entre o regime teletrabalhista e o presencial, que variam de acordo com a direção da conversão a ser perpetrada.

Nesse contexto, o §1º do artigo 75-C da CLT estabelece que, para mudar do regime presencial para o teletrabalho, a permuta precisa ser acordada mutuamente entre as partes e registrada em aditivo contratual. Já o §2º do mesmo artigo prevê a transformação do teletrabalho em regime presencial, exigindo que a mudança advenha de determinação do

²³ Art. 166, n.º 7: A forma escrita é exigida apenas para prova da estipulação do regime de teletrabalho.

²⁴ SOUSA, Duarte Abrunhosa e. **O enquadramento legal do teletrabalho em Portugal**. Revista Derecho Social y Empresa, Madrid, n.º. 6, dez. 2016, p. 136-153. Disponível em: <https://www.dykinson.com/revistas/revista-derecho-social-y-empresa/760/>. Acesso em: 22 set. 2018, p. 136.

empregador, com no mínimo quinze dias para transição, além do assentamento em aditivo no contrato.

Em ambos os casos, o aditivo é exigido em simetria com o caput do mesmo artigo para manter coerência com suas prescrições de formalidade, cujo detalhamento foi apresentado no tópico anterior. No entanto, a manifestação de vontade requerida destoarà a depender da hipótese.

No primeiro cenário será preciso que as partes concordem quanto à conversão para o teletrabalho. De imediato, poder-se-ia questionar a validade desse comando normativo, porquanto, à primeira vista, ele seria prejudicial ao obreiro por permitir a retirada de direitos relativos à limitação de jornada quando da transferência para o regime de teletrabalho, em uma aparente incompatibilidade com o artigo 468 da CLT. Isso porque, conforme essa norma celetista, as alterações contratuais, para serem lícitas, devem ser mutuamente acordadas pelas partes e não podem gerar prejuízos ao trabalhador, de forma direta ou indireta, sob pena de nulidade da cláusula infringente.

Trata-se do princípio da inalterabilidade contratual lesiva, resultado da adaptação da inalterabilidade contratual civilista ao Direito do Trabalho. No Direito Civil, esse princípio incorpora a máxima do *pacta sunt servanda*, pela qual os pactos firmados devem ser cumpridos sem modificações unilaterais pelas partes, salvo se surgem, ao longo do contrato, novas e involuntárias condições, responsáveis por gerar significativo desequilíbrio contratual e, conseqüentemente, permitir retificações à parte prejudicada, aplicando-se, nesse caso, o postulado do *rebus sic stantibus*. Ao ingressar no ramo justralhista, esse princípio se adequou às noções de alteridade do empregador, hipossuficiência da parte trabalhadora e a corolária desigualdade entre as partes da relação jurídica. Graças a esses fundamentos, a tendência no Direito do Trabalho é incentivar a alterabilidade contratual benéfica ao obreiro e desestimular as mudanças prejudiciais, tanto é que, em regra, o vínculo empregatício não pode sofrer interferência de condições externas, provenientes do insucesso do empreendimento, cujo risco cabe ao empregador.²⁵

Contudo, trata-se de um conflito aparente, em razão de não ser prudente preestabelecer a permuta para o teletrabalho como inevitavelmente negativa para o obreiro. A uma, porque, como já visto, o teletrabalho pode coexistir com controle de duração de jornada, de sorte que os direitos decorrentes deste continuarão a ser devidos. A duas, porque, mesmo inexistindo a

²⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16ª ed.. São Paulo: LTr, 2017, p. 1152-1153).

supervisão de horário a ensejar esses direitos, o teletrabalhador poderá dispor de inúmeras vantagens que tornem a troca mais proveitosa para si e melhorem a sua qualidade de vida.

Por esse ângulo, a própria flexibilidade de horário é um dos benefícios mais apontados quando se sugere a adesão ao teletrabalho. Em regra, o trabalhador possui maior independência para organizar suas atividades e distribuir o seu tempo do modo mais conveniente para conciliá-las com a vida familiar e com o seu lazer. Mencionam-se ainda as benesses para saúde, graças à diminuição do estresse e ao aumento do bem-estar proporcionados pelo afastamento do trânsito nas grandes cidades e da competitividade que costumeiramente permeia os ambientes empresariais modernos. Igualmente, alude-se como proveitosa a redução de custos por não despender com utilidades necessárias para o desempenho de suas funções no estabelecimento empresarial, como refeições, vestuário e combustível.

Em contrapartida, a depender da maneira como o teletrabalho se desenvolve, diferentes desvantagens também podem surgir para o obreiro. Se, de uma parte, o afastamento do trabalhador pode ser saudável por distanciá-lo da tensão existente no ambiente empresarial, por outra, também pode isolá-lo do convívio social com seus colegas e até estimular quadros depressivos. Por vezes, inclusive, o empregado contrai carga de produção bastante superior aderindo ao teletrabalho, com metas irrazoáveis que lhe causam mais estresse e ansiedade. Aliás, como na sociedade contemporânea é possível manter-se conectado durante todo o dia, origina-se um ambiente propício à amálgama entre o tempo para descansar e o tempo para cumprir atividades empresariais, de sorte que o debate acerca do direito à desconexão adquire cada vez mais premência²⁶.

Desse modo, a ocorrência de prejuízos ao trabalhador deve ser analisada de acordo com as peculiaridades do caso concreto e, se constatados, será aplicada a pena de nulidade à cláusula de conversão, tal como qualquer outra estipulação contrária à regra do artigo 468 da CLT. Em verdade, conceber de modo antagônico, considerando a conversão inevitavelmente prejudicial, seria negar a possibilidade de as relações empregatícias em curso se adaptarem às inovações tecnológicas realizadas pelas empresas, permitindo apenas que novos contratos fossem celebrados na modalidade de teletrabalho, o que se mostra em descompasso com as transformações sociais modernas.

²⁶ DUTRA, Sílvia Regina Bandeira; VILLATORE, Marco Antônio César. **Teletrabalho e o Direito à Desconexão**. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, ano III, n. 33, set. 2014, p. 142-149. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=33&edicao=2953>. Acesso em: 25 ago. 2018.

De outro lado, na segunda conjuntura de alteração entre regimes (egresso do teletrabalho para o presencial), prevista no §2º do artigo 75-C da CLT, suficiente é a modificação contratual de forma unilateral pelo empregador. Tal quadro de potestatividade, ainda que se presuma uma modificação benéfica ao trabalhador por retornar ao regime de duração de jornada, escapa à regra do mútuo consentimento enunciada pela CLT no citado artigo 468. Tendo isso em vista, constata-se que o legislador de 2017 veio a introduzir uma nova espécie de *jus variandi* extraordinário no sistema trabalhista brasileiro.

Nesse sentido, apesar de o ordenamento estabelecer os pressupostos de bilateralidade e de não prejudicialidade para validade das alterações contratuais, há exceções nas quais modificações podem ser promovidas unilateralmente pelo empregador, inclusive mudanças desfavoráveis. Aqui há o denominado *jus variandi* do empregador, uma prerrogativa que lhe é dada para exercer alterações unilaterais nas condições de trabalho a fim de melhor organizar a prestação de serviços.

Esse poder é usualmente cindido em *jus variandi* extraordinário e ordinário. Este autoriza a transformação de circunstâncias que estão fora das previsões contratuais, aquelas de menor relevância na prestação de serviços e que, em vista disso, podem até gerar inconveniências ao trabalhador, mas não acarretam efetivos prejuízos (um exemplo seria a exigência de uso de uniformes pelos obreiros). Aquele, ao revés, direcionar-se-ia a modificações relevantes, contidas em cláusulas do contrato individual de trabalho e capazes de prejudicar o empregado, de modo a exigir autorização do ordenamento para serem realizadas.

A possibilidade de conversão da modalidade teletrabalho para presencial, mesmo prejudicial ao trabalhador, será possível de modo unilateral por se tratar de novo caso de *jus variandi* extraordinário, acrescido pela Lei n.º 13.467 de 2017 como mais uma exceção ao artigo 468 da CLT.

Vale ressaltar que, mesmo no exercício de *jus variandi* extraordinário, caso fique consubstanciado o abuso de direito por parte do empregador — por motivar seu ato em perseguição ou tratamento discriminatório —, o obreiro poderá se opor à mudança determinada e requerer invalidação do ato, fazendo uso de seu direito de resistência (*jus resistentiae*) ou, até mesmo, requerer dispensa indireta com reparações por danos materiais e morais²⁷.

²⁷ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 338-339.

Dessa maneira, tomando-se como referência a categorização proposta por Maurício Delgado²⁸, as duas alterações apresentam-se como objetivas, já que, ao atingirem cláusulas contratuais ou circunstâncias relativas à sua execução, afetam diretamente o conteúdo contratual — segundo a citada classificação, ao lado das alterações objetivas, encontram-se as subjetivas, direcionadas à substituição das partes ao longo do contrato e que, no ramo trabalhista, restringir-se-iam ao polo do empregador, devido à incidência da infungibilidade quanto à figura do empregado. Dentro do universo de mudanças objetivas ainda caberia subdividi-las conforme sua origem, sua obrigatoriedade, seus efeitos e seu objeto.

Tais mudanças, bilaterais ou unilaterais, são resultantes da vontade contratual das partes e não de imposição normativa, de modo que são classificadas quanto à origem e à obrigatoriedade, respectivamente, em alterações meramente contratuais e voluntárias. Já quanto aos efeitos, essas modificações poderão ser favoráveis ou desfavoráveis ao empregado, a depender do conjunto de direitos resultantes da mudança, como já explicitado. De acordo com o último critério — relativamente ao objeto — as duas espécies de permuta entre regimes tendem a se enquadrar como alterações circunstanciais por dizerem respeito à situação organizativa da prestação de serviços. Porém, nada impede que essas mudanças venham acompanhadas de alterações numéricas quanto à intensidade do trabalho ou montante salarial (modificações quantitativas) ou até mesmo de variações na natureza das funções (modificações qualitativas).

Por fim, já existem posições na doutrina defendendo o direito do trabalhador de migrar para o regime de teletrabalho em situações excepcionais, independente da concordância do empregador, tal qual encontrado no direito comparado:

[...] pela omissão da lei brasileira no que tange a essas situações especiais, a legislação portuguesa pode servir de bom parâmetro normativo (CLT, artigo 8º, caput). Em terras lusitanas, cuida-se de direito do trabalhador o acesso ao teletrabalho quando, por exemplo, o obreiro tenha filho com idade de até 3 anos ou quando vítima de violência doméstica, mas desde que a atuação telemática seja compatível com a atividade desempenhada e a entidade patronal disponha de recursos e meios para tanto (Código do Trabalho de Portugal [Lei nº 7/2009], artigo 166, itens 2 a 4)²⁹.

²⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª ed.. São Paulo: LTr, 2017, p. 1147-1150.

²⁹ SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney Stany Moraes; e AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017 e da Med. Prov. n. 808/2017**. 2ª ed. São Paulo: Rideel, 2018, p. 108.

Denise Fincato e Eduardo Piantá³⁰ defendem ainda que, em determinados casos, surgiria para o empregado o “direito potestativo de teletrabalhar”, segundo o qual ele poderia impor ao empregador a continuidade da sua prestação de serviços na modalidade telelaborativa por melhor atender a suas necessidades de saúde. Diante disso, os autores buscam trazer alguns parâmetros para guiar essa decisão:

Esses requisitos devem prever o equilíbrio de interesses de ambos e o sopesamento dos Direitos Fundamentais em dinâmica, podendo-se listá-los de forma preliminar e inacabada como: (1) ofensa à saúde do trabalhador; (2) manutenção da capacidade equivalente para o trabalho em caso de teletrabalho; (3) compatibilidade funcional com teletrabalho; (4) capacidade de suporte econômico; (5) a reserva do possível, pelo empregador³¹.

Nesse sentido, os autores trazem como exemplo o caso de um obreiro acometido por um câncer, mas com interesse e condições de trabalhar em locais e horários mais flexíveis. Para eles, não se poderia elencar as hipóteses de exercício desse direito *a priori*, pois dependeriam da análise das circunstâncias concretas, sopesando direitos fundamentais e obtendo resultado no qual o direito à vida e à saúde no trabalho do empregado prevalecessem frente ao direito de propriedade, à liberdade contratual, à livre iniciativa e ao poder diretivo do empregador.

5 UMA FISSURA NA ALTERIDADE: INOVAÇÕES NA RESPONSABILIDADE QUANTO AOS INSTRUMENTOS, À INFRAESTRUTURA E AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

A Reforma trouxe ainda menção à responsabilidade pelos instrumentos e infraestrutura de trabalho no artigo 75-D da CLT³².

Em uma primeira leitura da novidade legislativa, poder-se-ia inferir que há permissão para o material de trabalho ser custeado integralmente pelo empregado, contanto que se perfaça ajuste com esse propósito.

³⁰ FINCATO, Denise Pires; PIANTÁ, Eduardo Coletto. **Direito ao Teletrabalho**: reflexões sobre a imposição do teletrabalho ao empregador sob o prisma dos direitos fundamentais. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 8, n. 3, set./dez. 2017, p. 198-219. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i3.21992. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/download/23527/22602>. Acesso em: 10 fev. 2019.

³¹ FINCATO; PIANTÁ, Ob. cit.

³² Artigo 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito. Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado.

Entretanto, não se pode interpretar as inovações legais em desconformidade com os preceitos consolidados no ramo em que estão sendo inseridas, sob pena de atentar contra a coerência daquele sistema. Ora, conceber que as despesas relativas ao ofício podem ser indiscriminadamente repassadas ao trabalhador seria transferir-lhe o risco da atividade econômica em nítido descompasso com a noção de alteridade assentada no artigo 2º, *caput*, da CLT, pela qual os encargos atinentes ao contrato de trabalho recaem sobre o empregador.

Para melhor elucidar o posicionamento ao qual nos afiliamos por julgá-lo o mais apto a manter a coerência da norma acima com o sistema trabalhista, é preciso trazer a tese que distingue as despesas pertinentes ao labor em extraordinárias e ordinárias. Sob esse ângulo, ao passo que estas dizem respeito a dispêndios do cotidiano do obreiro e, por isso, já são normalmente custeadas por ele, aquelas se referem a desembolsos inusuais para o empregado, resultantes de exigências específicas da empresa como necessárias para o desenvolvimento da atividade e, à vista disso, devem ser suportadas por ela.

Raphael Miziara³³ oferece como exemplo de despesas ordinárias os custos realizados pelo empregado no seu consumo habitual de internet, enquanto que seriam extraordinários os valores desembolsados para arcar com conexão mais potente, em razão de demanda da empresa. O mesmo autor³⁴ aplica o mesmo raciocínio ao desgaste da vida útil dos instrumentos utilizados para a prática das atividades: caberia indenização ao empregado apenas quando o desgaste fosse excepcional, isto é, além do que razoavelmente se espera. Observar-se-ia a mesma lógica adotada pela Reforma quanto à higienização de uniformes: a incumbência caberá ao empregado, salvo necessidade de adotar procedimentos ou produtos diferentes dos utilizados nas vestimentas de uso comum.

Considerando esse desmembramento, no ajuste escrito previsto no caput do artigo 75-D da CLT, caberia estabelecer cláusulas relacionadas às despesas ordinárias para deixar claro que tais valores correrão por conta do obreiro. Também seria possível prever que o empregador reembolsará alguns desses gastos usuais porque escolheu fazê-lo voluntariamente, isto é, no exercício de sua liberalidade.

Outrossim, havendo despesas extraordinárias a serem feitas, o acordo deverá versar sobre elas, mas, nessa hipótese, será inconcebível o repasse em definitivo desses encargos ao obreiro, em função da impossibilidade de transferir-lhe os riscos da atividade. Posto isso, o contrato pode prever que ao empregado caberá a aquisição, a manutenção e o fornecimento de

³³ MIZIARA, Raphael. **O Novo Regime Jurídico do Teletrabalho no Brasil**. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, ano VII, n. 62, set. 2017, p. 36-45. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=62&edicao=10468#page/6>. Acesso em: 11 set. 2018.

³⁴ MIZIARA, ob. cit.

equipamentos e de infraestrutura, todavia, deverá definir, concomitantemente, as condições pelas quais se concretizará o reembolso a ser pago pela empresa, a fim de o trabalhador não suportar gastos que não lhe cabem.

Saliente-se que a denominação atribuída pelo contrato a certo dispêndio não será peremptória para tomá-lo como ordinário ou extraordinário, devendo-se considerar sua correspondência com a realidade para evitar cometimento de fraudes em prejuízo do trabalhador. Do contrário, bastaria qualificar certo gasto como ordinário para repassá-lo ao obreiro. Igualmente, cabe objeção à própria atribuição de natureza ressarcitória à determinada rubrica se não houver equivalência com a realidade, uma vez que o empregador poderia se valer do parágrafo único do artigo em comento para tentar dissimular o caráter salarial das parcelas ao atribuir-lhes o título de indenizatórias.

Ante o exposto, sobrevivendo controvérsias, o mais acertado é verificar a própria natureza da despesa, se ordinária ou não, bem como averiguar se são realmente valores indenizatórios ou salariais. Disso não se conclua que as disposições em contrato escrito são irrelevantes, pelo contrário, elas cumprem papel destacado na salvaguarda do obreiro, pois servirão como meio de prova das despesas que efetuou em nome do empregador e, dessa maneira, respaldarão seu direito ao reembolso.

Ainda sobre responsabilidades dos sujeitos contratuais, a Carta de 1988 garantiu aos trabalhadores, entre seus direitos sociais, a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança (artigo 7º, inciso II, da Constituição Federal). Esse dispositivo, ao mesmo tempo em que estabelece uma garantia ao obreiro, impõe ao empregador a obrigação de cumprir as normas de medicina e de segurança do trabalho, atribuindo-lhe, então, responsabilidade pelas condições do meio ambiente laboral.

Antes de prosseguir, é oportuno elucidar que se acolhe a premissa de o meio ambiente laboral ser noção englobante da modalidade de teletrabalho de prestação de serviços, pois, conforme leciona Cirlene Zimmermann:

O conceito de meio ambiente de trabalho reflete todos os espaços e contornos em que se desenvolvem atividades de trabalho humanas, sendo a mão de obra empregada apenas uma delas [...]. O meio ambiente de trabalho é qualquer local em que o homem exerce uma atividade laboral, em que sua força de trabalho se converte em fator de produção [...]³⁵

No mesmo sentido, alerta Julio Cesar de Sá da Rocha:

³⁵ ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. **A Ação Regressiva Acidentária como Instrumento de Tutela do Meio Ambiente do Trabalho**. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 30-31.

[...] [H]á que se perceber o caráter relativo e profundamente diferenciado de prestação da relação de trabalho e do espaço onde se estabelecem essas relações. Com efeito, a tamanha diversidade das atividades implica uma variedade de ambientes de trabalho. A referência acerca do meio ambiente de trabalho assume, assim, conteúdo poliforme, dependendo de que atividade está a ser prestada, e como os “componentes” e o “pano de fundo” reagem efetivamente³⁶.

Não obstante o citado mandamento constitucional, a partir da Lei n.º 13.467 de 2017 surgiram interpretações concluindo que, no teletrabalho, a responsabilidade do empregador estaria restrita à instrução do trabalhador, tendo em conta que essa foi a única obrigação expressamente disposta na novel regulamentação, como se percebe da literalidade do artigo 75-E da CLT:

Artigo 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.
Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

Aventou-se também que, encontrando-se subscrito pelo obreiro o termo de responsabilidade citado no parágrafo único, o empregador estaria isento de responsabilização na ocorrência de acidente laboral ou desenvolvimento de doença ocupacional (em situação na qual o teletrabalhador sofresse com lesões por esforços repetitivos — L.E.R.—, por exemplo).

Sem embargo, ambas as análises tendem a esvaziar o conteúdo do direito social constitucionalmente tutelado, indo na contramão da proteção justralhista em matéria de saúde e segurança do trabalho e devendo ser refutadas pelos motivos que serão apontados a seguir.

De início, o artigo 154, ao introduzir as Disposições Gerais do Capítulo acerca de medicina e segurança do trabalho na CLT, logo estabelece expressamente que as normas contidas nessa estrutura merecem observância em todos os locais de trabalho, sem distinção. Em sequência, o artigo 157³⁷ define compromissos para a empresa que vão além da mera

³⁶ ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito Ambiental do Trabalho**: mudanças de paradigma na tutela jurídica à saúde do trabalhador. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 254.

³⁷ Artigo 157. Cabe às empresas:

- I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;
- II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;
- III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente;
- IV - facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

orientação do obreiro, bem como o artigo 158³⁸ já fixava para o trabalhador a incumbência de observar as instruções repassadas pela empresa.

Pois bem, antes da implantação da Reforma Trabalhista em 2017, defendia-se a aplicação válida dessas normas para as prestações de serviço em teletrabalho e, mesmo após a chegada das novidades legislativas, não se vislumbra qualquer incompatibilidade na continuidade de sua incidência em harmonia com os novos artigos. Na realidade, as alterações promovidas pela Lei n.º 13.467 só confirmam disposições antigas, razão pela qual o empregador permanece com outras incumbências quanto ao ambiente laboral, além do mero dever de orientação.

Logo, compete ao empregador identificar os riscos para saúde e segurança, informar aos trabalhadores sobre eles e sobre as medidas de proteção a serem adotadas, preparar treinamentos para capacitar seus funcionários na consecução segura das tarefas, realizar exames médicos periódicos, fornecer gratuitamente equipamentos de proteção, além de tomar outras providências cabíveis para neutralizar ou diminuir os riscos de acidentes de trabalho ou doenças profissionais.

Ter-se-ia aqui exemplo de concretização dos princípios ambientais da prevenção e da precaução, cujas definições são apresentadas por Cirlene Zimmermann:

Diante dos riscos conhecidos, seja quanto às causas, seja quanto às consequências, reina o princípio da prevenção, de modo que sejam tomadas providências capazes de afastá-los satisfatoriamente, enquanto a suspeita fundamentada da ocorrência de riscos exige a aplicação do princípio da precaução, de natureza cautelar³⁹.

Há também respaldo internacional para atribuir responsabilidades ao empregador. A Convenção n.º 155 da OIT, promulgada a partir do Decreto n.º 1.254/94, dispõe em seu artigo 21 que “[a]s medidas de segurança e higiene do trabalho não deverão implicar nenhum ônus financeiro para os trabalhadores”, razão pela qual também no teletrabalho os equipamentos protetivos necessários devem ser fornecidos gratuitamente, afinal os riscos do empreendimento correm por conta do empregador e, conseqüentemente, também o farão os custos de sua atuação, inclusive os de manutenção de um ambiente de trabalho sadio. A depender das circunstâncias, é concebível até a obrigação de pagar adicionais (*e.g.* no caso de

³⁸ Artigo 158. Cabe aos empregados:

I - observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior;

II - colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo

³⁹ ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. **A Ação Regressiva Acidentária como Instrumento de Tutela do Meio Ambiente do Trabalho**. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 59.

enquadramento de teleoperadores *home based* no Anexo 13 da NR n.º 15 do Ministério do Trabalho).

Ao empregado em teletrabalho, por outro lado, impende atender às orientações transmitidas, manusear corretamente os instrumentos de trabalho, comunicar situações de perigo para que sejam remediadas, ou seja, cooperar com a empresa para manter as condições de medicina e de segurança. Em paralelo com os demais empregados, inclusive, constituirá ato faltoso, na forma do artigo 158, parágrafo único, da CLT, a recusa injustificada do teletrabalhador de seguir as recomendações empresariais ou de usar os equipamentos de proteção fornecidos.

À vista disso, a assinatura de termo de responsabilidade pelo empregado não será hábil a colocá-lo à margem da proteção legal e lhe transferir todos os riscos ocupacionais. Pelo contrário, a subscrição do termo apenas cumprirá o papel de asseverar a ciência do obreiro em relação às recomendações feitas pela empresa e de funcionar como meio de prova quanto ao cumprimento pela entidade patronal de um de seus deveres — o de informação.

A empresa permanecerá, portanto, com outros deveres relativos ao meio ambiente laboral e com a responsabilidade corolária pela reparação de danos decorrentes de acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais, se para eles concorreu com dolo ou culpa. Como preexiste uma relação jurídica entre os envolvidos, essa responsabilidade será contratual, derivando-se do descumprimento, pelo empregador, de sua obrigação de manter a segurança do obreiro, cláusula implicitamente prevista no contrato individual de trabalho. De outro lado, contudo, há posição considerando-a como responsabilidade extracontratual, sob a justificativa de se originar de um ato ilícito, praticado pelo empregador, por meio do qual este viola normas gerais de proteção ao trabalho, inexistindo cláusula contratual sobre o tema⁴⁰.

Dentro desse contexto e à luz das regras da distribuição estática do ônus da prova delineadas no artigo 818 da CLT, quando negada a ocorrência pelo empregador (réu/reclamado) na sua defesa, em princípio recairá sobre o empregado (autor/reclamante) o maior fardo na etapa probatória inicial quanto aos elementos objetivos da controvérsia. Nesse sentido, incumbirá ao obreiro a demonstração do dano sofrido e do nexo de causalidade entre a lesão e teletrabalho desenvolvido, sendo tal quadro fático litigioso costumeiramente enfrentado a partir de uma perícia médica designada pelo juízo.

Quanto à prova do elemento subjetivo, por outro lado, o empregado postulante estará livre do encargo probatório no tocante à culpa do empregador para caracterizar a

⁴⁰ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional**. São Paulo: LTr, 2005, p. 77.

responsabilidade deste. Em se tratando de meio ambiente laboral, uma vez demonstrada a presença dos elementos objetivos acima indicados (lesão enexo causal com o teletrabalho), decorre da relação uma culpa patronal presumida (presunção *juris tantum*), da qual cabe ao empregador se desincumbir para não ser condenado na reparação pelos danos.

Para evitar a sua responsabilização, por sua vez, o empregador poderá comprovar alguma das causas excludentes donexo de causalidade (culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior) ou excludentes da ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade ou exercício regular de um direito).

Em qualquer hipótese, se o teletrabalhador for acometido por infortúnio, mesmo fora das dependências empresariais, continuará dentre as obrigações do empregador a de emitir a Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT). Importante destacar também que, perante a possibilidade de responsabilização do empregador, surge sua incumbência de fiscalizar o meio ambiente laboral, o que se revela uma atribuição complexa em se tratando de prestação em teletrabalho, como será apresentado adiante (esclareça-se não ter havido nenhuma menção da Reforma quanto a esse aspecto, motivo pelo qual se faz fundamental uma interpretação integrativa).

Assim, com vistas a cumprir seu dever, a entidade patronal deve assegurar a vigilância adequada do local de trabalho, podendo designar técnicos habilitados nas áreas de medicina e de segurança laboral para vistorias periódicas a fim de averiguar o uso adequado dos equipamentos, detectar riscos relacionados a ruídos, ventilação, ergonomia, iluminação, etc.

Quando o teletrabalho for executado na casa do obreiro, a fiscalização empresarial deve respeitar a inviolabilidade do lar, constitucionalmente assegurada no artigo 5.º, XI, da CF/88. Segundo a norma, fora das exceções constitucionais, o ingresso na residência só é permitido com consentimento do morador, motivo pelo qual empregado e empregador devem firmar acordos quanto à fiscalização no caso de atividades em *home office*.

Nesse contexto, eles poderiam, por exemplo, estipular no contrato visitas a intervalos regulares e, buscando respeitar a privacidade do obreiro, definir quais cômodos serão inspecionados. Nessa esteira, são encontradas previsões no direito comparado, vide o Código do Trabalho de Portugal, o qual dispõe alguns parâmetros para a supervisão domiciliar, como o limite de horários:

Artigo 170, item 2 - Sempre que o teletrabalho seja realizado no domicílio do trabalhador, a visita ao local de trabalho só deve ter por objeto o controlo da atividade laboral, bem como dos instrumentos de trabalho e apenas pode ser efetuada entre as 9 e as 19 horas, com a assistência do trabalhador ou de pessoa por ele designada.

Na legislação pátria, de modo semelhante, o artigo 11-A da Lei Complementar n.º 150 de 2015 - Lei do Trabalho Doméstico - determinou agendamento e entendimento prévio entre o empregador e a fiscalização estatal para inspeção do âmbito doméstico.

Caso haja negativa do trabalhador em permitir a entrada da fiscalização, esta não será bastante para eximir a responsabilidade patronal por acidentes ou doenças laborais. Aplicar-se-ia, analogicamente, o entendimento segundo o qual se mantém a possibilidade de responsabilização da empresa quando infortúnios acometem empregados que se recusam a usar equipamentos protetivos ou a seguir as instruções ambientais, pois, nesses casos, apesar de o trabalhador ter descumprido seu dever funcional, o empregador permaneceu inerte, colocando em risco a integridade física do obreiro.

Nas hipóteses em que o teletrabalhador exerce suas atribuições em outros espaços, que não sejam sua residência, tais locais também devem preencher as condições de saúde e segurança exigidas pelo ordenamento. Poder-se-ia, por exemplo, enumerar previamente no contrato em quais lugares seria viável desenvolver as atividades e agendar vistorias para certificar sua adequação.

Em quaisquer dos cenários apontados acima, é prudente documentar tanto as comunicações feitas pelo empregado relativas à necessidade de adotar medidas corretivas, quanto os procedimentos realizados pela empresa, uma vez que os registros servirão como meios probatórios para evidenciar a diligência ou a negligência empresarial.

6 ATUAÇÃO JURISDICIONAL E (IM)PREVISIBILIDADE NORMATIVA: ALGUNS QUESTIONAMENTOS DIANTE DE 4 VÁCUOS LEGISLATIVOS DEIXADOS PELA REFORMA TRABALHISTA

A Lei n.º 13.467 de 2017 deu enfoque ao tema da flexibilização de direitos por meio das convenções e acordos coletivos, ampliando o rol de possibilidades de prevalência do negociado sobre o legislado no ordenamento brasileiro. Nessa linha, o artigo 611-A da CLT sugere um elenco exemplificativo de institutos que podem ser objeto de negociação coletiva com prevalência sobre a lei, dentre os quais estaria o teletrabalho (inciso VIII).

Em primeiro lugar, convém observar que a previsão legal para dispor sobre o assunto em negociação coletiva não pode ser interpretada como uma autorização ampla e irrestrita para reduzir ou suprimir direitos. Historicamente, os instrumentos coletivos têm a finalidade

de elevar o patamar das condições de trabalho e instituir melhorias para o grupo abarcado, de modo que é imprescindível a imposição de limites a serem respeitados na criação das fontes normativas autônomas, sob pena de desfigurar a função precípua do Direito Coletivo do Trabalho.

Em vista disso, ter-se-á a incidência do princípio da adequação setorial negociada que, segundo Gabriela Neves Delgado e Maurício Godinho Delgado, permite a prevalência de normas trabalhistas autônomas sobre heterônomas se respeitados dois critérios:

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 justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta).⁴¹

As normas coletivas, então, possuiriam amplo espaço para concessão de benefícios, mas a retirada de direitos encontraria barreira nas previsões de indisponibilidade absoluta. Delgado⁴² ilustra as parcelas com natureza de indisponibilidade relativa citando a escolha da modalidade de pagamento salarial ou a possibilidade de fornecimento de utilidades. As de indisponibilidade absoluta, por outro lado, poderiam ser exemplificadas pela necessidade de anotação na CTPS ou de pagamento de salário mínimo.

Nesse contexto, a Reforma Trabalhista ampliou o catálogo de espécies de indisponibilidade relativa, dentre as quais estaria o teletrabalho, com permissão para convenções e acordos coletivos trazerem regulamentação diversa da estabelecida legalmente ou, já que as disposições legais sobre a matéria são módicas, suprir lacunas quanto à modalidade telelaboral.

Apesar da existência de autorização para dispor sobre o tema, entretanto, a negociação coletiva deve respeitar o conjunto normativo de indisponibilidade absoluta circundante ao instituto, isto é, as disposições que garantem um patamar civilizatório mínimo ao obreiro e podem estar expressas em normas constitucionais, internacionais imperativas ou legais cogentes:

Interessante ressaltar ainda que as cláusulas dos instrumentos coletivos firmados poderão ser objeto de discussão no âmbito do Poder Judiciário, seja por meio de ações anulatórias, seja de forma incidental em reclamações trabalhistas. Sobre o tema, uma irrefletida

⁴¹ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017, p. 255.

⁴² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª ed.. São Paulo: LTr, 2017, p.1498-1499.

interpretação da Lei n.º 13.467/17 pode sugerir a restrição da cognição do controle judicial ao inserir o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva⁴³.

Quanto ao controle judicial incidente sobre tais instrumentos, com base na leitura do artigo 611-A, §1º, c/c artigo 8.º, §3.º, da CLT, depreende-se que ao juiz caberia somente verificar a adequação da negociação coletiva aos pressupostos de validade do negócio jurídico, elencados no art. 104 do CC/02: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei. Em sequência, a Lei n.º 13.467 de 2017 acrescentou o artigo 611-B da CLT propondo uma enumeração de direitos — que, segundo a redação do texto legal, constituiria rol taxativo — sobre os quais os instrumentos coletivos não poderiam efetuar redução ou supressão, sob pena de configurarem objeto ilícito motivador da invalidação do negociado.

Contudo, o intérprete não pode se ater a uma interpretação estritamente literal dos dispositivos legais mencionados, pois as hipóteses de controle trazidas por eles não são suficientes para garantir que as disposições negociais estejam em conformidade com os ditames de valorização do trabalho e da pessoa humana consagrados por nosso ordenamento. Nesse ínterim, existem situações para além da expressa previsão legal pelas quais o magistrado não poderá passar despercebido:

Não poderá, assim, a norma coletiva violar a dignidade, a intimidade, a privacidade, a honra do trabalhador, determinando, por exemplo, utilização de uniforme indecente, que exponha as partes íntimas, ou autorizando o monitoramento nos banheiros; excluir a responsabilidade extrapatrimonial decorrente da violação de algum bem imaterial contido no inciso X do art. 5.º da CF; restringir a liberdade do trabalhador, impedindo, por exemplo, seu afastamento do local de trabalho durante os intervalos; ou impedir a contratação ou promoção de algum trabalhador por motivo de crença, etnia, gênero ou opção sexual [*sic*] etc⁴⁴

A partir disso, imagine-se cláusula de negociação coletiva da categoria dos trabalhadores de hotéis, bares, restaurantes e similares, que passe a legitimar a liberdade das empresas para determinar o uso de lingerie como uniformes para atendentes do sexo feminino. Apesar de, numa primeira leitura, poder parecer uma hipótese esdrúxula, fato é que, na realidade, existem estabelecimentos que executam práticas congêneres para atrair clientes com a inadequada sexualização da aparência de suas empregadas. Nessa hipótese, o Judiciário não poderia ignorar a situação vexatória a que as obreiras estariam submetidas, com

⁴³ DELGADO; DELGADO, Op. cit. p. 257.

⁴⁴ BORGES, Leonardo Dias; CASSAR, Vólia Bomfim. **Comentários à Reforma Trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017, p.82.

constrangimentos a seus direitos mínimos e naturalização até mesmo de assédios que corriqueiramente ocorrem em casos tais.

Logo, a cognição do controle judicial não está adstrita a uma literalidade supostamente totalizadora. Há muito, a atividade interpretativa do Direito não trata a literalidade do texto legal como fundamento exclusivo, tampouco como limite único, mas, sim, como ponto de partida de um complexo processo de hermenêutica jurídica. Fórmula essa de significação normativa, do qual serão elementos, por exemplo, os fatos do caso concreto e os princípios jurídicos implícitos ao fundamento textual pertinente. É preciso respeitar a lógica e a teleologia do sistema justabalhista.

Nesse contexto, o princípio da autonomia da vontade coletiva põe-se como uma diretriz aos magistrados para reforçar o respeito que devem possuir quanto às normas autônomas criadas pelos sujeitos diretamente interessados, assim como seu necessário comprometimento na busca pela aplicação da vontade externada ao caso concreto. Por outro lado, a observância da autonomia não pode significar verdadeiro retrocesso social e engessamento da atuação do juiz, a ponto de não lhe permitir coibir violações a direitos mínimos que sejam perpetradas pelas negociações e, porventura, não estejam previstas nas hipóteses legais estáticas.

Ainda quanto à liberdade de pactuação, a Reforma Trabalhista trouxe mais uma novidade, referindo-se, dessa vez, às cláusulas dos contratos individuais de trabalho. Trata-se de inovação no parágrafo único do artigo 444 da CLT, cujo conteúdo criou distinção para os chamados empregados “hipersuficientes” ou “altos empregados”, ao prever que podem negociar diretamente com seus empregadores o mesmo rol de direitos sobre os quais há permissão para os sindicatos e empresas formularem convenções e acordos coletivos (rol do artigo 611-A, CLT).

Para se enquadrar nessa categoria de trabalhadores, seria necessário preencher cumulativamente dois requisitos: a diplomação em curso de nível superior e o recebimento de salário mensal de, no mínimo, o dobro do limite máximo incidente para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

O que parece estar subjacente à aludida estratificação entre obreiros é a suposta inexistência da hipossuficiência típica das relações empregatícias quanto aos trabalhadores nessas circunstâncias, pois seu nível educacional e sua faixa remuneratória lhe dariam liberdade para negociar com o empregador sem estarem vulneráveis e, conseqüentemente, sujeitos a explorações. Nesse ponto, será que não estaria o texto legal desconsiderando que a

subordinação é inerente às relações de emprego e que grande parte dos contratos trabalhistas funcionam como contratos de adesão? Será que a igualdade presumida pela lei encontraria respaldo na realidade fática? Ou se está a criar distinção injustificada entre os trabalhadores, indo na contramão de comandos presentes tanto na Constituição (artigo 7º, inciso XXXII) quanto na própria CLT (art. 3º, parágrafo único)? Esses são questionamentos que merecem análise mais detida, mas em outra oportunidade.

Conforme a normatização, as cláusulas contratuais acordadas nessas condições prevalecerão sobre as negociações coletivas que abarquem esses obreiros e sobre as disposições legais acerca dos temas passíveis de livre estipulação, dentre eles o teletrabalho, constante do artigo 611-A, VIII, da CLT, como já visto. Portanto, nos termos da legislação vigente, há possibilidade de o teletrabalhador (detentor dos requisitos legais exigidos) estipular condições de trabalho prevalentes sobre a lei diretamente com seu empregador, dispensando-se a participação sindical.

No tocante aos limites dessa negociação, as mesmas proibições incidentes para formulação de instrumentos coletivos são cabíveis, e ainda com mais razão, a esses contratos individuais diferenciados. Logo, ao juiz também é dado efetuar controle judicial para coibir abusividades.

Já quanto ao juízo competente para processar e julgar lides relativas a casos de teletrabalho, a Reforma perdeu a oportunidade de regular adequadamente a delimitação da competência territorial.

Diferentemente do processo civil (cuja regra para competência é o domicílio do réu), a competência em razão do lugar na Justiça trabalhista é determinada, em regra, pela incidência do artigo 651, *caput*, da CLT⁴⁵, segundo o qual será competente o juízo da localidade onde o empregado prestava serviços ao empregador, seja o obreiro o autor ou o réu na demanda, mesmo que haja sido contratado em outro lugar ou no estrangeiro:

Tal escolha do legislador se fundamenta na maior praticidade para produção probatória e celeridade processual, além da presunção de maior facilidade tanto para o acesso à justiça por parte do trabalhador, como para o exercício da defesa pelo empregador.

Os três parágrafos do artigo 651 consolidado, por sua vez, estipulam exceções à regra geral:

⁴⁵ Art. 651. A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutra local ou no estrangeiro.

§ 1.º. Quando for parte de dissídio agente ou viajante comercial, a competência será da Junta da localidade em que a empresa tenha agência ou filial e a esta o empregado esteja subordinado e, na falta, será competente a Junta da localização em que o empregado tenha domicílio ou a localidade mais próxima.

§ 2.º. A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento, estabelecida neste artigo, estende-se aos dissídios ocorridos em agência ou filial no estrangeiro, desde que o empregado seja brasileiro e não haja convenção internacional dispondo em contrário.

§ 3.º. Em se tratando de empregador que promova realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços.

No §1º, há a hipótese envolvendo empregado que atua externamente, viajando a serviço da empresa e pernoitando fora do seu domicílio. No §2º, o caso do empregado que prestou serviços no exterior para unidade internacional de empresa com sede no Brasil. E, no §3º, a hipótese do empregado de empregador itinerante, que não está fixo a um local específico, como é o caso da empresa de atividade circense.

Neste cenário, tratando-se de uma relação de teletrabalho, qual será o local da prestação de serviços para fins de definição da competência territorial originária do órgão da Justiça do Trabalho?

Conforme já exposto, a legislação não exige que as atribuições sejam executadas no estabelecimento empresarial ou em nenhum outro local pré-determinado para que as atividades sejam caracterizadas como da modalidade teletrabalho. Pelo contrário, como espécie de trabalho remoto, o teletrabalho é desenvolvido em um ambiente tipicamente virtual, sendo materializado mediante a “utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo”, conforme descrito no *caput* do artigo 75-B da CLT.

O empregado em teletrabalho, assim, pode trabalhar na sua própria residência no estilo *home office*, ou pode trabalhar em um escritório profissional em outro local como um prédio empresarial, montado pelo próprio trabalhador ou usado no modelo *coworking* ou *office sharing*. Pode, por outro lado, trabalhar *on the run*, viajando pelo país com seu *notebook* e prestando os serviços de praticamente qualquer local. É perfeitamente possível, ainda, que um empregado em teletrabalho para uma empresa brasileira venha a prestar os serviços enquanto reside em Nova Iorque!

Nos dias de hoje, com as inovações tecnológicas em incessante evolução, simplesmente não há limites territoriais. Neste contexto com múltiplas possibilidades, como definir o critério aplicável acerca da competência territorial originária?

Deve prevalecer, sempre, o direito fundamental de pleno acesso à justiça consagrado em vários dispositivos constitucionais, com maior ênfase no artigo 5.º, inciso XXV, ao

consagrar na Carta Política de 1988 a garantia de inafastabilidade do controle jurisdicional: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Com esse marco hermenêutico, a definição da competência territorial originária deverá seguir a ideia de maior facilidade de acesso do jurisdicionado à Justiça do Trabalho.

Nesse sentido, se o teletrabalhador atua no Brasil em sua própria residência ou em um outro lugar específico escolhido para executar as suas atribuições laborativas, eventual ação trabalhista deverá ser proposta perante o órgão em cuja jurisdição se encontra o respectivo local, nos termos do *caput* do artigo 651 da CLT. Se o empregado exerce as suas atribuições telelaborais sem local fixo, realizando o trabalho remoto em constante deslocamento pelo território nacional, incide a regra excepcional do §1.º do citado artigo consolidado, devendo a reclamação ser ajuizada perante o órgão da Justiça do Trabalho em cuja jurisdição se encontra a sede da unidade empresarial ao qual se encontrava subordinado o teletrabalhador. Ou, se o empregado não se encontrava subordinado à direção específica de uma agência ou filial em tais termos, a ação deverá ser proposta perante o juízo em cuja jurisdição se encontra o domicílio do teletrabalhador.

E, por fim, em se tratando de caso de empregado atuando em teletrabalho enquanto domiciliado no exterior e prestando serviço para empresa estabelecida no Brasil (seja como matriz, seja como filial), deverá incidir a regra do § 2.º do artigo 651 da CLT. Nesse sentido, será admitida a propositura da ação trabalhista perante a Justiça do Trabalho brasileira, diante do órgão em cuja jurisdição se encontra o domicílio do empregado no Brasil (caso ele tenha retornado ao país) ou, se permanecer morando no exterior, perante o órgão em cuja jurisdição se encontra a unidade empresarial ao qual se encontrava diretamente subordinado.

Na hipótese de incidência da regra do § 2.º do artigo 651 da CLT, apenas deve ser enfatizada a imprescindibilidade de afastamento das duas condições manifestamente inconstitucionais previstas no texto normativo, segundo as quais haveria restrição de acesso ao Judiciário em face da nacionalidade do cidadão e em virtude de existência de tratado internacional — o texto originalmente promulgado em 1943 condiciona o ingresso em juízo à nacionalidade brasileira do empregado e à inexistência de disposição em contrário em convenção internacional. Ambas as exigências ferem frontalmente a Constituição da República de 1988, e, dessa maneira, devem ser desconsideradas, prevalecendo o espírito do princípio constitucional de livre acesso ao Judiciário.

Dentro dos parâmetros acima delineados, portanto, sempre prevalece o postulado de amplo acesso à Justiça do Trabalho.

Deve ser ressaltado, ainda, que prevalece o entendimento no sentido do não cabimento de cláusula de eleição de foro indiscriminadamente no processo do trabalho. Ante a hipossuficiência característica das relações de emprego, o foro de eleição pode ser utilizado levemente como subterfúgio para dificultar o acesso do obreiro ao Judiciário e a consequente persecução de seus direitos.

Com base nesses fundamentos, o Tribunal Superior do Trabalho repele a aplicação da cláusula de eleição de foro no Direito Processual do Trabalho, conforme se percebe do artigo 2.º, inciso I, da Instrução Normativa n.º 39 de 2016, *in verbis*:

Art. 2.º Sem prejuízo de outros, não se aplicam ao Processo do Trabalho, em razão de inexistência de omissão ou por incompatibilidade, os seguintes preceitos do Código de Processo Civil:

I - art. 63 (modificação da competência territorial e eleição de foro);
(...).

Entretanto, mostra-se razoável a ponderação segundo a qual, caso haja a estipulação de foro de eleição em contrato de emprego na modalidade telelaboral beneficiando o empregado, tal previsão contratual deve ser admitida como válida por representar norma (contratual, mas com repercussão processual) mais favorável ao trabalhador. Efetivamente, em sendo uma estipulação contratual benéfica ao empregado e em plena sintonia com a garantia constitucional de amplo acesso ao Judiciário, a sensatez impõe a admissibilidade da opção formulada pelos sujeitos da relação de emprego em regime de teletrabalho.

Os impactos das inovações normativas promovidas pelo legislador de 2017 em relação à modalidade laboral do teletrabalho, dessarte, estão naturalmente afeitos às diretrizes principiológicas que formam o núcleo normativo do Direito do Trabalho no Brasil.

7 CONCLUSÃO

O exame do panorama contemporâneo de regulamentação do teletrabalho no ordenamento jurídico brasileiro, tanto nos seus aspectos materiais quanto processuais, evidencia a presença de elementos institucionais de grande relevância ao lado de vazios normativos cujo preenchimento em harmonia com os princípios norteadores do Direito e Processo do Trabalho será essencial à adequada integração do ordenamento jurídico laboral do país.

Como visto, antes da Lei n.º 13.467 de 2017, praticamente inexistiam normas específicas sobre teletrabalho na CLT, de modo que era patente a necessidade de disciplina

própria sobre esse tema para que a legislação pudesse acompanhar as novas exigências da sociedade e de suas modernas relações de trabalho. Após a Reforma, apesar da inclusão de capítulo específico para tal modalidade de prestação de serviços, as disposições não foram suficientes para tratar adequadamente o assunto.

Os operadores do ramo justralhista não devem ficar adstritos à literalidade das mudanças introduzidas pela Lei n.º 13.467 nem inertes diante dos casos que o legislador de 2017 perdeu a oportunidade de regulamentar. A par das insuficiências normativas, cabe à doutrina e à jurisprudência trabalhistas assegurar a harmonia do sistema, preenchendo as lacunas e interpretando as normas inseridas sem desviar da função do Direito do Trabalho de assegurar condições dignas de labor.

A partir desse cenário, o presente artigo aduz que os elementos previstos em lei para formar o conceito de teletrabalho invocam a flexibilidade típica do mundo contemporâneo, permitindo ao obreiro, por meio do uso de tecnologias da informação e comunicação, executar suas atividades desprendido da obrigatoriedade de comparecer cotidianamente às dependências físicas da empresa.

Tal versatilidade não implica a exclusão apriorística da possibilidade de configurar a subordinação jurídica nessa espécie laborativa. Em verdade, no exercício do trabalho à distância, o controle patronal por meios telemáticos e indiretos pode caracterizar uma subordinação até mais intensa do que a tradicionalmente presente na supervisão pessoal e direta. Com efeito, também o instituto da subordinação jurídica adquire novos contornos em decorrência das transformações que acompanham as modernas modalidades de trabalho.

Por seu turno, a exigência do novo diploma legislativo de indicação expressa no contrato quando a prestação de serviços for exercida em teletrabalho, apesar de aparentemente desimportante, demanda bastante cautela do julgador no momento de analisar os direitos relacionados à duração de jornada que são devidos ao obreiro.

Inexistindo qualquer irregularidade no caso (labor em teletrabalho, com previsão contratual expressa e sem controle de horário), incide o inciso III do artigo 62 da CLT para excluir o teletrabalhador do regime geral de duração de jornada aplicável aos demais empregados e, assim, afastar horas extras, adicional noturno e intervalos inter e intrajornada.

Por outro lado, se há disposição contratual específica, mas o teletrabalho é exercido com controle de jornada ou imposição de metas irrazoáveis, existe desvio de finalidade na contratação, o que configura fraude a ensejar aplicação da primazia da realidade para afastar o

artigo 62, III, da CLT e incluir os direitos relativos à jornada dentre os devidos ao teletrabalhador.

O cenário se torna mais complexo numa terceira hipótese, em que há efetivo exercício de teletrabalho, apesar de inexistir expressa previsão no contrato. Ausente a disposição contratual, incide presunção de que a relação se desenvolve como trabalho externo e, por conseguinte, seria inaplicável a regra do artigo 62, III, da CLT e devidos os direitos por submissão a uma jornada de trabalho. Todavia, o elemento formal desrespeitado no contrato não tem o condão de afastar a primazia da realidade e, como resultado, a referida presunção será relativa para admitir prova em contrário. É dizer, resumidamente, que a forma não caracteriza a essência do contrato de teletrabalho.

A formalidade tem, pois, nítido desígnio probatório, influenciando a distribuição do ônus da prova em eventuais lides. Diante da presunção de que não foi adotada a modalidade teletrabalhista e, conseqüentemente, de que há controle da jornada, cabe ao empregador, na condição de reclamado, apresentar suficientes e necessários elementos de prova para caracterizar o regime especial e fazer incidir o inciso III do artigo 62 para evitar condenação nos direitos decorrentes de controle de horário. Com a demonstração, pelo empregador, de que a relação laboral é desenvolvida em teletrabalho mesmo ausente previsão contratual, o encargo probatório deslocar-se-á para a parte reclamante, a quem restará a incumbência de constituir prova em contrário relativa a eventual controle patronal de jornada que descaracterize a excludente do artigo 62, III, da CLT e lhe atribua direitos de jornada.

No tocante à responsabilidade pelo meio ambiente e pelos instrumentos e infraestrutura de trabalho, as bases protetivas estruturantes do ramo justralhista não comportam interpretações temerárias segundo as quais a empresa se exime de obrigações e custos inerentes à exploração de atividades econômicas e repassa riscos do negócio para o empregado.

A responsabilidade quanto às condições do meio ambiente laboral é imposta ao empregador como consequência do próprio princípio da alteridade e, em última instância, do direito social constitucionalmente garantido à redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Outrossim, a prestação de serviços em teletrabalho é diretamente impactada por duas das mais expressivas novidades da Lei n.º 13.467 de 2017: o negociado sobre o legislado e a maior autonomia contratual do empregado hipersuficiente.

Os limites negociais previstos pelo legislador são insuficientes para evitar que as negociações provoquem retrocesso social e desvalorização da força de trabalho humana. Em

vista disso, caso seja necessário coibir violações não previstas em lei, mas que atingem direitos asseguradores de patamar civilizatório mínimo, a cognição do Judiciário sobre as disposições pactuadas não deve ficar engessada pelo rol estabelecido legalmente.

Ainda no âmbito judicial, critica-se a perda de oportunidade por parte do legislador de 2017 de definir com clareza qual o juízo competente territorialmente para conhecer e julgar as causas concernentes à prestação de serviços em teletrabalho.

Diante de tal hiato normativo, o bom senso e a preocupação em assegurar o amplo acesso ao Judiciário como garantia constitucional levam à constatação de que, como regra geral, deverá incidir a diretriz do caput do artigo 651 da CLT e ser reconhecida a competência territorial originária do órgão em cuja jurisdição se encontra o local da prestação dos serviços. Nos casos de inexistência de um local fixo para o teletrabalho e/ou quando a prestação ocorrer no exterior, devem ser aplicadas as regras excepcionais dos parágrafos do artigo 651 consolidado, sempre de modo a assegurar o livre acesso e a inafastabilidade do controle jurisdicional.

A contento da exposição, para a correta interpretação das novas normas introduzidas pelo legislador de 2017 e para integração das lacunas deixadas na legislação laboral, o marco hermenêutico a ser utilizado deve abranger os valores e as normas fundamentais da Constituição da República de 1988 em combinação com os princípios norteadores do Direito do Trabalho brasileiro. Com a fusão desses elementos, o novo e o clássico, será possível proporcionar a compreensão mais adequada para a satisfatória exploração de todo o potencial dessa nova fórmula laboral conhecida como o teletrabalho.

8 REFERÊNCIAS

BORGES, Leonardo Dias; CASSAR, Vólia Bomfim. **Comentários à Reforma Trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Presidência da República, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. Decreto n.º. 1.254, de 29 de setembro de 1994. Promulga a Convenção n.º 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, concluída em Genebra, em 22 de junho de 1981. Brasília: Presidência da República, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1254.htm. Acesso em: 25 out. 2018.

BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Presidência da República, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 26 ago. 2018.

BRASIL. Lei n.º 605, de 05 de janeiro de 1949. Repouso semanal remunerado e o pagamento de salário nos dias feriados civis e religiosos. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L0605.htm. Acesso em: 14 nov. 2018.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 13 fev. 2019.

BRASIL. Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943, e as Leis n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm. Acesso em: 22 ago. 2018.

BRASIL. Lei Complementar n.º 150, de 1º de junho de 2015. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, e n.º 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3.º da Lei n.º 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei n.º 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei n.º 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp150.htm. Acesso em: 23 jan. 2019.

BRASIL. Ministério do Trabalho. Norma regulamentadora n.º. 15 (NR 15): anexo 13. Instituída pela Portaria n.º. 3214, de 08 de junho de 1978, que aprova as normas regulamentadoras que consolidam as leis do trabalho, relativas à segurança e medicina do trabalho. Agentes Químicos. Brasília: Ministério do Trabalho. Disponível em: <http://trabalho.gov.br/seguranca-e-saude-no-trabalho/normatizacao/normas-regulamentadoras/norma-regulamentadora-n-15-atividades-e-operacoes-insalubres>. Acesso em: 27 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução n.º 203, de 15 de março de 2016. Edita a Instrução Normativa n.º 39, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2016. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>. Acesso em: 27 fev. 2019.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Teletrabalho, Advento da Lei n. 12.551/2011 e Repercussões Jurídicas**. In: OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno (Org.). **Direito do Trabalho em movimento: novos direitos e diversificação de tutelas**. Vol. 1. São Paulo: LTr, 2017.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **O Teletrabalho: importância, conceito e implicações jurídicas**. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª. Região, Curitiba, ano III, n.º 33, set. 2014, p. 08-27. Disponível em:

<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=33&edicao=2953>. Acesso em: 25 ago. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª ed.. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n.º 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

DUTRA, Silvia Regina Bandeira; VILLATORE, Marco Antônio César. **Teletrabalho e o Direito à Desconexão**. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, ano III, n.º 33, set. 2014, p. 142-149. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=33&edicao=2953>. Acesso em: 25 ago. 2018.

ESTRADA, Manuel Martín Pino. **Teletrabalho e Direito**: conceito, classificação e natureza jurídica. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, ano III, n.º 33, set. 2014, p. 46-57. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=33&edicao=2953>. Acesso em: 22 set. 2018.

FINCATO, Denise Pires; PIANTÁ, Eduardo Coletto. **Direito ao Teletrabalho**: reflexões sobre a imposição do teletrabalho ao empregador sob o prisma dos direitos fundamentais. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 8, n.º 3, set./dez. 2017, p. 198-219. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i3.21992. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/download/23527/22602>. Acesso em: 10 fev. 2019.

G1. **'Café lingerie'** causa polêmica nos EUA por atendentes com pouca roupa. G1, São Paulo, 08 abr. 2014. Planeta Bizarro. Disponível em: <http://g1.globo.com/planeta-bizarro/noticia/2014/04/cafe-lingerie-causa-polemica-nos-eua-por-atendentes-com-pouca-roupa.html>. Acesso em: 03 fev. 2019.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

HOFFMANN, Fernando. **O Teletrabalho e a Nova Competência da Justiça do Trabalho**: um desafio aos direitos material e processual do trabalho. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, ano III, n.º 33, set. 2014, p. 85-122. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=33&edicao=2953>. Acesso em: 25 ago. 2018.

MIZIARA, Raphael. **O Novo Regime Jurídico do Teletrabalho no Brasil**. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, ano VII, n.º 62, set. 2017, p. 36-45. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=62&edicao=10468#page/6>. Acesso em: 11 set. 2018.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional**. São Paulo: LTr, 2005.

PORTUGAL. Lei n.º 7, de 12 de fevereiro de 2009. Aprova a revisão do Código do Trabalho. Lisboa: Comissão para Igualdade no Trabalho e no Emprego. Disponível em: http://cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_indice.html. Acesso em: 16 out. 2018.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito Ambiental do Trabalho**: mudanças de paradigma na tutela jurídica à saúde do trabalhador. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3ª ed. Trad. e rev. técnica de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000.

SAP CONSULTORIA. **Pesquisa homeoffice Brasil 2016**. Apoio da Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades. Disponível em: <http://www.sobratt.org.br/index.php/11-e-12052016-estudo-home-office-brasil-apresenta-o-cenario-atual-da-pratica-no-pais-sap-consultoria/>. Acesso em: 13 ago. 2018.

SALOMÃO, Karin. **O impacto de redes como Hooters na vida das funcionárias**. Revista Exame, [São Paulo], 06 set. 2015. Negócios. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/negocios/o-impacto-de-redes-como-hooters-na-vida-das-funcionarias/>. Acesso em: 03 fev. 2019.

SOUSA, Duarte Abrunhosa e. **O Enquadramento Legal do Teletrabalho em Portugal**. Revista Derecho Social y Empresa, Madrid, n.º 6, dez. 2016, p. 136-153. Disponível em: <https://www.dykinson.com/revistas/revista-derecho-social-y-empresa/760/>. Acesso em: 22 set. 2018.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney Stany Moraes; e AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Reforma Trabalhista**: análise comparativa e crítica da Lei n.º 13.467/2017 e da Med. Prov. n.º 808/2017. 2ª ed. São Paulo: Rideel, 2018.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego**: estrutura legal e supostos. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999.

ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. **A Ação Regressiva Acidentária como Instrumento de Tutela do Meio Ambiente do Trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

A EC Nº 103/2019 E A SUSTENTABILIDADE DA PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA

CONSTITUTIONAL AMENDMENT 103/2019 AND THE SUSTAINABILITY OF THE BRAZILIAN PUBLIC PENSIONS SYSTEM

Zélia Luiza Pierdoná¹
Heloisa Hernandez Derzi²

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar se a recente Reforma da Previdência (EC nº 103/2019) é suficiente para garantir a sustentabilidade da previdência social brasileira. Para atingir o referido objetivo, utilizando-se do método sistemático, serão analisadas as disposições constitucionais relacionadas à previdência social, tanto aquelas do Regime Geral quanto as dos Regimes Próprios dos Servidores, bem como as normas relativas ao financiamento da seguridade social, especialmente da previdência social. Também serão analisados os dados do Relatório Resumido de Execução Orçamentária do Governo Federal, de 2015 a 2018, relativos às receitas e às despesas da previdência social e do sistema no qual ela está inserida, bem como os principais ajustes promovidos pela EC nº 103/2019.

PALAVRAS-CHAVE: Previdência social; sustentabilidade; EC nº 103/2019.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Disposições constitucionais relativas à previdência social. 3. O financiamento da previdência social. 4. Receitas e despesas da previdência social no período de 2015 a 2018. 5. As principais mudanças da EC nº 103/2019 e a sustentabilidade da previdência social. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas.

ABSTRACT: This paper aims to analyze whether the recent Pension Reform (Constitutional amendment 103/2019) is sufficient to guarantee the sustainability of the Brazilian Public Pensions System. To achieve this objective, using the systematic method, the constitutional provisions related to the public pension system will be analyzed, as well as those of the General Public Pensions Scheme and those of the Special Scheme Pensions for Public Servants, as well as the norms related to the financing of social security, especially Public Pensions System. Data from the Federal Government's Summary Budget Execution Report from 2015 to 2018 on Public Pensions System revenue and expenditure and the system in which it is inserted will be analyzed, as well as the main adjustments promoted by the EC nº 103/2019.

KEYWORDS: Public pension system; sustainability; constitutional amendment 103/2019.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Constitutional provisions relating to public pensions system. 3. The financing of public pensions system. 4. Public pensions system income and expenses from 2015 to 2018. 5. The main changes of constitutional amendment 103/2019 and the sustainability of public pensions system. 6. Final considerations. 7. Bibliographic reference.

1 INTRODUÇÃO

Artigo enviado em 25/11/2019.

Artigo aprovado em 28/11/2019.

¹ Professora de Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e do Programa de Pós-graduação em Direito Político e Econômico da mesma Universidade; doutora e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; realizou um estágio de Pós-doutorado na Universidade Complutense de Madrid; também é Procuradora Regional da República.

² Doutora em Direito das Relações Social pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; foi professora assistente doutora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

A previdência social brasileira, com a Constituição de 1988, foi inserida no sistema de seguridade social, o qual, além da previdência, inclui a saúde e a assistência social. Para garantir a efetividade do referido sistema de proteção, a Constituição determinou a destinação de recursos, tanto do orçamento fiscal, quanto de contribuições sociais específicas.

Cada um dos subsistemas integrantes do sistema de seguridade social possui finalidade específica, sendo que o subsistema previdenciário tem por objetivo proteger o trabalhador e seus dependentes, quando diante de incapacidade laboral real ou presumida.

O presente trabalho, depois de apresentar as disposições constitucionais do subsistema previdenciário e aquelas relativas ao seu financiamento, analisará se a recente Reforma da Previdência (EC nº 103/2019 – PEC 06/2019) é suficiente para garantir a sustentabilidade da previdência social.

A referida análise será feita a partir dos dados do Relatório Resumido de Execução Orçamentária do Governo Federal, relativos às receitas e às despesas dos últimos quatro anos, tanto da previdência social, quanto do sistema no qual ela está inserida, bem como dos principais ajustes que foram promovidos pela EC nº 103/2019.

2 DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS RELATIVAS À PREVIDÊNCIA SOCIAL

A previdência social está inserida no sistema de seguridade social, o qual compreende, além da previdência, a saúde e a assistência social.

Em relação à saúde, a Constituição inovou ao estabelecer o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde pública, tendo a legislação infraconstitucional preceituado a gratuidade para o acesso a seus serviços (Lei nº 8.080/90).

A responsabilidade pela efetivação do direito à saúde é de todos os entes da federação (art. 23, II, da Constituição), por meio do Sistema Único de Saúde. O financiamento é garantido pelas contribuições de seguridade social, instituídas pela União, nos termos do caput do art. 149 e do art. 195, ambos da Constituição, e de parcelas dos impostos de cada um dos entes federativos (art. 198, §2º, da Constituição).

A assistência social, proteção não contributiva, de responsabilidade de todos os entes federativos, tem por objetivo proteger os cidadãos que se encontram em situação de necessidade, garantindo-lhes o mínimo necessário à sobrevivência.

A própria Constituição estabeleceu um benefício aos idosos e às pessoas com deficiência, no valor de um salário-mínimo, o qual foi regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social. O referido benefício, assim como o benefício do bolsa família, são de responsabilidade da União, que os financia com as contribuições de seguridade social.

Em regra os serviços de assistência social são de responsabilidade dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com recursos das receitas de impostos dos citados entes federativos e de transferências da União, de recursos de contribuições de seguridade social. Os Estados e o Distrito Federal podem vincular até cinco décimos por cento da receita tributária líquida à assistência social, nos termos do parágrafo único do art. 204 da Constituição.

A previdência social, objeto do presente trabalho, destina-se aos trabalhadores e seus dependentes e tem por objetivo garantir recursos nas situações em que eles não podem ser obtidos pelo exercício de atividade laboral, em razão de incapacidade real ou presumida.

Para ter acesso às prestações previdenciárias, a previdência exige contribuições diretas dos trabalhadores (segurados), nos termos dos arts. 40 e 201, ambos da Constituição. Com isso, a previdência social brasileira tem natureza profissional/contributiva.

A previdência brasileira divide-se em proteção obrigatória e proteção complementar. Aquela subdivide-se em Regime Geral de Previdência Social – RGPS e Regimes Próprios dos Servidores Públicos - RPPS.

O RGPS, previsto no art. 201 da Constituição, abrange todos os trabalhadores, exceto os servidores públicos titulares de cargos efetivos, os quais são protegidos pelos RPPSs, nos termos do art. 40 da Constituição. Por determinação constitucional, ambos os regimes devem observar critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, nos termos do caput dos arts. 40 e 201. O regime financeiro do RGPS e dos RPPSs é de repartição simples. Os requisitos e o valor das prestações são definidos na própria Constituição e na legislação infraconstitucional.

A União é responsável pela organização do Regime Geral: o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (autarquia federal) administra as prestações e, a Receita Federal, as contribuições previdenciárias. Já os Regimes dos Servidores são organizados pelos respectivos entes federativos, para os seus próprios servidores.

A União, os Estados, o Distrito Federal e aproximadamente 40% dos municípios já instituíram regimes previdenciários para os seus servidores públicos titulares de cargos efetivos. Com isso, os servidores dos municípios que não instituíram o RPPS estão vinculados

ao Regime Geral, o qual é residual e protege todos os trabalhadores, salvo os servidores públicos titulares de cargos efetivos dos entes federativos que criaram sua própria previdência e os servidores militares.

Até a edição da EC nº 103/2019, a criação dos Regimes Próprios era uma faculdade do federativo. Após a referida emenda, aqueles municípios que não instituíram RPPS não mais poderão instituir, haja vista a vedação introduzida no §22 do art. 40 da Constituição.

Os servidores que ingressaram no serviço público até a publicação da EC nº 41/2003 podem se aposentar com proventos integrais (corresponde a sua última remuneração), mesmo após a publicação da EC nº 103/2019, desde que atendidos os requisitos previstos nas regras de transição específicas para tanto, instituídas pela citada emenda. Os servidores que ingressaram após a EC nº 41/2003 terão seus benefícios calculados com base na média das remunerações.

Além disso, a EC nº 20/98, bem como a EC nº 41/2003 facultavam aos entes federativos a adoção do mesmo teto de proteção do Regime Geral de Previdência Social³, desde que instituíssem previdência complementar. A EC nº 103/2019 deu nova redação ao §14 do art. 40 da Constituição, tornando obrigatória a instituição de previdência complementar e, portanto, a adoção do mesmo teto do RGPS. O art. 9º, §6º, da citada emenda, determinou o prazo de 2 anos para tanto.

A EC nº 103/2019 também preceituou, no §22, do art. 40 da Constituição, que lei complementar federal estabelecerá normas gerais de organização, de funcionamento e de responsabilidade na gestão dos RPPS, dispondo, dentre outros aspectos, sobre modelo de arrecadação, de aplicação e de utilização dos recursos; fiscalização pela União e controle externo e social; mecanismos de equacionamento do déficit atuarial; estruturação do órgão ou entidade gestora do regime, observados os princípios relacionados com governança, controle interno e transparência, etc.

A citada emenda vedou a utilização de recursos de regime próprio de previdência social para a realização de despesas distintas do pagamento dos benefícios previdenciários e das despesas necessárias à sua organização e ao seu funcionamento (art. 167, XII, da Constituição).

A Constituição, no art. 202, estabelece normas relativas à previdência complementar, a qual visa garantir o real nível de vida do trabalhador, especialmente daquele que auferir rendimentos superiores ao teto de proteção da previdência obrigatória. É regulada pelas Leis

³ Em 2019, o teto do RGPS foi fixado em R\$ 5.839,45.

Complementares 108 e 109, ambas de 2001, e é operada por entidades fechadas e entidades abertas. Diferente do Regime Geral e dos Regimes Próprios dos Servidores, a previdência complementar é facultativa e seu regime financeiro é de capitalização.

Não se aplicam os preceitos dos RPPS (art. 40 da Constituição) aos servidores militares. As normas a eles dirigidas são previstas no ordenamento infraconstitucional. Registre-se que a legislação aplicável aos militares federal não prevê contribuição para suas reformas e reservas, apenas para a pensão dirigida a seus dependentes.

Pelo exposto acima, verifica-se que o RGPS protege todos os trabalhadores, salvo os servidores públicos civis que são protegidos pelos RPPS e servidores militares. Para garantir a referida proteção, a Constituição garante meios de financiamento, o que será tratado no próximo item.

3 O FINANCIAMENTO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

A Constituição estabelece, no art. 195, que o sistema de seguridade social (que inclui também a previdência social) é financiado por toda a sociedade, de forma direta e indireta. Indiretamente, a sociedade financia a seguridade social por meio da destinação de recursos do orçamento fiscal dos diferentes entes federativos, como se verifica, por exemplo, no preceito do art. 198, §2.º, também da Constituição. Diretamente, o financiamento é garantido pelo pagamento de contribuições sociais previstas nos art. 149, §1º, 195 e 239, todos da Constituição.

A União tem competência para instituir contribuições sociais, tanto as gerais, quanto as de seguridade social, nos termos do caput do art. 149 da Constituição. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem competência somente para instituírem contribuição previdenciária de seus servidores públicos titulares de cargos efetivos, nos termos do §1º do artigo constitucional mencionado acima.

Na redação atual, a Constituição prevê sete contribuições destinadas à seguridade social: contribuição da empresa sobre a folha de salário e demais rendimentos pagos a pessoas físicas, mesmo que sem vínculo empregatício (contribuição sobre a remuneração do trabalho); contribuição da empresa sobre a receita ou faturamento; contribuição da empresa sobre o lucro; contribuição do trabalhador; contribuição sobre a receita de concursos de prognóstico;

contribuição do importador de bens ou serviços do exterior; e, contribuição para o PIS/PASEP⁴.

Das sete contribuições referidas acima, a contribuição da empresa sobre a remuneração do trabalho e a contribuição dos trabalhadores são destinadas exclusivamente ao pagamento dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Com a EC nº 103/2019, a contribuição do PIS/PASEP passa a financiar também “outras ações da previdência social” (caput do art. 239, com redação dada pela EC nº 103/2019).

Até a edição da referida EC, a contribuição do PIS/PASEP financiava o seguro-desemprego e o abono previsto no §3º do referido artigo constitucional (abono), bem como tinha 40% de sua receita destinada ao financiamento de programas de desenvolvimento econômico. A partir da EC, apenas 28% serão destinados ao citado financiamento, nos termos da nova redação dada pela EC nº 103/2019 ao §1º do art. 239.

A Constituição, no art. 167, XI, estabelece que as contribuições sobre a remuneração, da empresa e do trabalhador, são destinadas exclusivamente ao pagamento dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Entretanto, considerando o disposto no art. 239, acima mencionado, pode-se afirmar que 72% da contribuição para o PIS/PASEP também é destinado ao pagamento de prestações previdenciárias, quer aquelas previstas na Lei nº 8.213/91, quer o seguro-desemprego⁵ e o abono previsto no §3º⁶ do art. 239 da Constituição⁷.

⁴ PIERDONÁ, Zelia Luiza. As contribuições previdenciárias da empresa sobre a folha e do trabalhador no contexto das contribuições de seguridade social. *In*: Nélia Cristina dos Santos. (Org.). **Temas de direito tributário**: estudos em homenagem a Eduardo Bottallo. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 432-433.

⁵ O seguro-desemprego é um benefício previdenciário, conforme estabelece o art. 201, III da Constituição.

⁶ Art. 239 (...)

§ 3º Aos empregados que percebam de empregadores que contribuem para o Programa de Integração Social ou para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, até dois salários mínimos de remuneração mensal, é assegurado o pagamento de um salário mínimo anual, computado neste valor o rendimento das contas individuais, no caso daqueles que já participavam dos referidos programas, até a data da promulgação desta Constituição.

O abono previsto no §3º do art. 239 da Constituição também é um benefício previdenciário, cujo valor e requisitos estão previstos na própria constituição. O referido benefício apresenta características de complementação da remuneração e é devido aos empregados e aos servidores que recebem até dois salários-mínimos de remuneração mensal. Se assemelha ao salário-família que também tem por objetivo complementar a remuneração de algumas espécies de segurados, nos termos do inciso IV do art. 201 da Constituição e da Lei nº 8.213/91.

⁷ Art. 167. São vedados:

(...)

II - na forma estabelecida na lei complementar de que trata o § 22 do art. 40, a utilização de recursos de regime próprio de previdência social, incluídos os valores integrantes dos fundos previstos no art. 249, para a realização de despesas distintas do pagamento dos benefícios previdenciários do respectivo fundo vinculado àquele regime e das despesas necessárias à sua organização e ao seu funcionamento (incluído pela EC nº 103/2019).

As outras quatro contribuições previstas nos incisos do art. 195 da Constituição (da empresa sobre a receita ou faturamento, da empresa sobre o lucro, sobre a receita de concurso de prognóstico e da empresa sobre a importação de bens ou serviços) destinam-se ao sistema de seguridade social e, portanto, também à previdência social.

As contribuições dos servidores públicos sobre suas remunerações, bem como a dos respectivos entes federativos, devem ser utilizadas apenas para o pagamento dos benefícios dos Regimes dos Servidores Públicos, nos termos do inciso XII do art. 167, com redação dada pela EC nº 103/2019.

A contribuição previdenciária, em regra, incide sobre a remuneração do trabalho e é devida pelos que recebem a remuneração (trabalhadores vinculados ao RGPS e servidores públicos) e por aqueles que a pagam (empregadores e entes federativos). Assim, o trabalhador contribui sobre sua remuneração e os benefícios previdenciários correspondem a média das remunerações, o que permite afirmar que a previdência social protege os trabalhadores e seus dependentes, substituindo a remuneração do trabalho e, com isso, mantendo o seu nível de vida.

As duas contribuições sobre os rendimentos do trabalho (de quem paga e de quem recebe) constituem a base do financiamento do modelo de seguro social instituído na Alemanha em 1883. O Ordenamento Jurídico brasileiro, desde a Lei Eloy Chaves, adotou a referida forma de financiamento. A Constituição de 1988 a manteve para financiar a previdência social, mas estabeleceu outras contribuições para financiar todo o sistema de seguridade social e, portanto, também a previdência social, mas não somente ao mencionado subsistema protetivo.

No item a seguir serão apresentados os valores relativos aos gastos com previdência social, bem como as receitas específicas das contribuições previdenciárias. Também serão apresentadas as receitas das demais contribuições de seguridade social, bem como os gastos com a saúde e com a assistência, subsistemas que também integram a seguridade social.

4 RECEITAS E DESPESAS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO PERÍODO DE 2015 A 2018

Apenas o segurado especial (pequeno agricultor e pescador artesanal) não contribui sobre a remuneração do trabalho. Sua contribuição incide sobre o resultado da comercialização, nos termos do §8º do art. 195 da Constituição.

A União gastou, em 2018, com benefícios do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, segundo dados do Relatório Resumido da Execução Orçamentária do Governo Federal⁸, o valor de 589 bilhões de reais.

Além dos referidos valores, foram destinados ao seguro-desemprego e ao abono previsto no §3º do art. 239 da Constituição, 53 bilhões. Ainda em 2018, com a previdência dos servidores públicos federais e com as pensões dos dependentes dos militares, foram gastos 106 bilhões.

Assim, no referido ano, a União destinou 748 bilhões para a proteção previdenciária. Com a saúde foram gastos 116 bilhões e, com assistência social, 88 bilhões.

Analisadas apenas as receitas previdenciárias (da empresa e do trabalhador sobre a remuneração do trabalho), que são destinadas exclusivamente ao pagamento dos benefícios do RGPS e totalizaram, em 2018, 395 bilhões, a diferença em relação aos benefícios pagos pelo INSS foi de 194 bilhões, já que os gastos totalizaram 589 bilhões.

Os valores destinados para o pagamento das aposentadorias e pensões dos servidores públicos civis, também no ano (2018), foi de 84,92 bilhões, sendo que as receitas das contribuições dos servidores e da União foram de 33,67 bilhões. A diferença com a pensão dos militares é ainda maior, já que foram destinados 21,41 bilhões e a receita de contribuições foi de 2,36 bilhões.

Em 2017, de acordo com o Relatório Resumido da Execução Orçamentária do Governo Federal - 2017⁹, o gasto com os benefícios do Regime Geral de Previdência Social foi de 549 bilhões e, com o seguro-desemprego e o abono do §3º do art. 239 foram gastos 54 bilhões. Com a proteção previdenciária dos servidores federais civis e militares (incluindo as pensões, as reformas e reservas), foi gasto o valor de 121 bilhões.

Segundo o mesmo relatório, os gastos com saúde e assistência social foi, respectivamente, de 117 bilhões e 84 bilhões.

O Relatório Resumido da Execução Orçamentária do Governo Federal¹⁰, demonstrou que em 2016 os gastos da União, com benefícios do Regime Geral de Previdência, foram de

⁸ TESOURO NACIONAL. **Relatório Resumido da Execução Orçamentária do Governo Federal – 2018**. Disponível em: <https://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/352657/RREOdez2018.pdf>. Acesso em 20 nov. 2019.

⁹ TESOURO NACIONAL. **Relatório Resumido da Execução Orçamentária do Governo Federal – 2017**. Disponível em <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/352657/RREOdez2017.pdf>. Acesso em 20 nov. 2019.

¹⁰ TESOURO NACIONAL. **Relatório Resumido da Execução Orçamentária do Governo Federal**. Brasília, DF. Tesouro Nacional. 2016. Disponível em: 201

499 bilhões; e, com seguro-desemprego e com o abono previsto no §3º do art. 239 da Constituição, o gasto foi de 55 bilhões. Com a proteção previdenciária dos servidores federais civis e militares (incluindo as pensões, as reformas e reservas) foi gasto o valor de 113 bilhões.

A receita das contribuições das empresas sobre a remuneração do trabalho e a contribuição dos trabalhadores foi de 360 bilhões de reais, o que significa que 139 bilhões, dirigidos ao pagamento dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, referem-se às receitas das outras contribuições de seguridade social, o que é superior ao valor destinado pela União à saúde (108 bilhões de reais) e à assistência social (79 bilhões de reais).

Já em 2015, segundo dados do Relatório Resumido da Execução Orçamentária do Governo Federal¹¹, a União gastou com o pagamento dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, 431 bilhões, e as receitas das contribuições da empresa e do trabalhador sobre a remuneração do trabalho foram de 351 bilhões de reais.

Com o pagamento do seguro-desemprego e o abono do §3º do art. 239 da Constituição foram gastos 48 bilhões. Com a proteção previdenciária dos servidores federais civis e militares (incluindo as pensões, as reformas e reservas), foi gasto o valor de 104 bilhões.

Considerando os dados mencionados acima, verifica-se que as despesas com o pagamento dos benefícios do RGPS, nos últimos quatro anos, excluindo-se os valores destinados ao seguro-desemprego e ao abono a que se refere o §3º do art. 239 da Constituição, foram de: 431 bilhões (2015); 499 bilhões (2016); 561 bilhões (2017) e 589 bilhões (2018). Já as receitas das contribuições previdenciárias (da empresa e do trabalhador sobre a remuneração) foram de 351 bilhões (2015); 360 bilhões (2016); 379 bilhões (2017) e 395 bilhões (2018). Com isso, foram destinadas receitas das outras contribuições de seguridade social para o pagamento dos benefícios previdenciários (contribuição sobre receita ou faturamento, sobre o lucro etc), o que compromete a efetividade dos demais direitos integrantes da seguridade social (saúde e assistência social).

5 AS PRINCIPAIS MUDANÇAS DA EC Nº 103/2019 E A SUSTENTABILIDADE DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

<<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/352657/RROdez2016.pdf/19a25934-21d9-4e40-9304-a488555c8dbf>>. Acesso em 20 nov. 2019.

¹¹ TESOUREIRO NACIONAL. **Relatório Resumido da Execução Orçamentária do Governo Federal**. Brasília, DF. Tesouro Nacional. 2015. Disponível em: <<https://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/352657/RROdez2015.pdf/a6524837-7907-4716-b607-062d8b081c61>>. Acesso em 20 nov. 2019.

A EC nº 103/2019 manteve o sistema de proteção previdenciária já existente, fazendo apenas alguns ajustes. Considerando os limites do presente trabalho, na sequência serão apresentadas as principais mudanças.

Em relação ao financiamento específico, foi destinado ao pagamento dos benefícios previdenciários mais 12% da receita da contribuição para o PIS/PASEP, nos termos §1º do art. 239 da Constituição, com redação dada pela citada EC.

A referida emenda constitucional estabeleceu a possibilidade de adoção de alíquotas progressivas da contribuição, tanto dos segurados do RGPS, quanto dos servidores públicos vinculados ao RGPS, nos termos, respectivamente, do inciso II do art. 195 e do §1º do art. 149, ambos da Constituição. Além de prever a possibilidade da progressividade, a própria EC nº 103/2019 já instituiu a progressividade, nos termos dos arts. 11 (RPPS) e 28 (RGPS).

Em relação aos RPPS, quando houver deficit, a contribuição sobre os proventos de aposentadoria e pensões poderá incidir sobre os valores que superem o salário-mínimo (art. 149, §1º-A). Até a edição da referida emenda, havia a incidência da contribuição apenas sobre os valores que superassem o teto do RGPS (previsto e mantido no art. 40, §18, da Constituição). Com a emenda, na existência de deficit, a referida imunidade persistirá apenas sobre os valores iguais ou inferiores ao salário-mínimo.

A EC nº 103/2019 revogou o §21 do art. 40 da Constituição, o qual estabelecia a incidência de contribuição apenas nos valores que superassem o dobro do teto do RGPS, quando o beneficiário fosse “portador de doença incapacitante”.

Em relação aos servidores federais, o §2º-B do art. 149 estabelece que, na hipótese de ser insuficiente a incidência de contribuição para os aposentados e pensionistas nos valores que superem o salário-mínimo (art. 149, §1º-A), é facultada a instituição de contribuição extraordinária dos servidores ativos, aposentados e pensionistas (art. 149, §1º-B), a qual deverá ser instituída simultaneamente com outras medidas para o equacionamento do deficit (art. 149, §1º-C).

O §9º do art. 195 foi alterado e, com isso, as contribuições da empresa prevista no inciso I do citado artigo poderão “ter alíquotas diferenciadas em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão de obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho”, mas a base de cálculo diferenciada não poderá ser adotada em relação à contribuição da alínea “a” (contribuição da empresa sobre a remuneração do trabalho). Na redação anterior não havia a mencionada restrição no que tange à base de

cálculo. Além disso, a EC nº 103/2019 vedou, nos termos de lei complementar, a remissão e a anistia da contribuição sobre a remuneração do trabalho, tanto do empregador, quanto do trabalhador (§11 do art. 195, da Constituição).

Quanto às prestações, as principais alterações, sinteticamente, podem ser resumidas nos pontos abaixo mencionados.

Adoção de uma idade mínima para a aposentadoria no RGPS e, com isso, a extinção da aposentadoria por tempo de contribuição. A idade mínima foi prevista também para as aposentadorias das pessoas com deficiência e para as atividades consideradas especiais, o que será fixado por lei complementar.

A regra geral da idade mínima é de 65 anos para os homens e 62 para as mulheres, com redução de 5 anos para o professor que comprove tempo de efetivo exercício nas funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

Para os trabalhadores rurais não houve modificação em relação à idade mínima existente (60 para os homens e 55 para as mulheres). Assim, pode-se afirmar que, embora a regra geral tenha diminuído a diferença entre homens e mulheres, o mesmo não ocorreu em relação aos trabalhadores rurais.

Para o RPPS, que já tinha uma idade mínima, a EC 103/2019 elevou o já existente, fixando no mesmo patamar instituído para o RGPS, ou seja, a regra é de 65 para os homens e 62 para as mulheres, com a mesma redução do RGPS para o professor da educação infantil e do ensino fundamental e médio.

A EC 103/2019 garantiu o direito adquirido para os servidores (RPPS) e segurados do RGPS, bem como para os seus dependentes, que, na data de sua entrada em vigor, tenham preenchidos todos os requisitos para a obtenção dos benefícios (aposentadorias e pensões).

Além disso, instituiu várias regras de transição para os servidores vinculados ao RPPS e para os segurados do RGPS que já estavam nos respectivos sistemas, quando da publicação da emenda. Instituiu, ainda, regras a serem aplicadas aos servidores (RPPS) e segurados do RGPS que ingressarão no sistema depois de sua publicação e antes da regulamentação prevista nos arts. 40 e 201 da Constituição.

Também estabeleceu regras para o cálculo dos benefícios, aumentando a base para apuração do salário-de-benefício para 100% do período contributivo (caput do art. 26 da EC nº 103/2003) e fixando as alíquotas que serão aplicadas ao referido salário-de-benefício, as quais, em regra, corresponderão a 60% com “acréscimo de 2 (dois) pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 (vinte) anos de contribuição” (§2º do

citado artigo), ou que exceder a 15 anos, nas hipóteses elencadas no §5º do mesmo artigo, dentre as quais, no caso das mulheres vinculadas ao RGPS.

A referida emenda estabelece que será aplicada a alíquota de 100% em alguns casos, tais como a aposentadoria por incapacidade permanente, quando decorrer de acidente de trabalho, de doença profissional e de doença do trabalho (§3º do art. 26).

Em relação a valores de benefícios, a EC fixa o do auxílio-reclusão (que não pode exceder ao valor de um salário-mínimo) e o do salário-família.

Estabelece, ainda, novas regras para a pensão por morte, fixando as alíquotas de 60% a 100%, conforme o número de dependentes ou da condição do dependente (se inválido ou com deficiência intelectual mental ou grave, corresponderá a 100%, independente do número de dependentes); bem como estabelecendo regras sobre a vedação e a possibilidade de acúmulo com o próprio benefício ou com aposentadoria, nos termos e percentuais previstos no art. 24 da EC.

Enfim, sinteticamente esses foram os ajustes promovidos pela EC nº 103/2019, os quais permitem afirmar que as regras de concessão e apuração de benefícios, instituídas pela citada emenda, retardarão o acesso ao benefício e terão valores inferiores àqueles concedidos com base no ordenamento vigente anterior a sua promulgação, o que trará como resultado a redução do aumento das despesas, que, conforme verificado no item “3” tem tido acréscimos significativos, tanto em relação aos valores do RGPS como daqueles do RPPS.

No que tange às contribuições, especialmente aquelas devidas pelos servidores e segurados do RGPS, as alíquotas serão progressivas, considerando os valores das remunerações, tendo alíquotas maiores, conforme aumenta a remuneração ou o valor da aposentadoria ou da pensão, no caso do RPPS. A referida progressividade, que considera o valor do salário-de-contribuição, atende ao princípio da equidade na forma de participação do custeio¹², previsto no inciso V do parágrafo único do art. 194 da Constituição, o que contribui para a redução das desigualdades sociais, objetivo do Estado brasileiro, previsto no art. 3º da Constituição.

Assim, os ajustes implementados contribuirão para a redução do aumento das despesas, embora sejam insuficientes para garantir a sustentabilidade da proteção previdenciária.

¹² PIERDONÁ, Zelia Luiza. O sistema de seguridade social brasileiro. In: Marco Antônio César Villatore; Francisca Moreno Romero. (Org.). **III Encontro de Internacionalização do CONPEDI/Madrid/Espanha**. 1ed. Madrid: Ediciones Laborum, 2015, v. 6, p. 93-95.

Isso porque as transformações demográficas verificadas nos últimos anos, que demonstram uma longevidade crescente e uma redução de natalidade, impõem, nas palavras de LEAL e PORELA¹³, um grande desafio para o futuro da sociedade e, particularmente, para a previdência social, “uma vez que desequilibram a lógica da solidariedade e do pacto entre gerações”.

Além das referidas transformações, a implementação das novas tecnologias tem gerado uma diminuição significativa de postos de trabalho, especialmente com vínculo empregatício, o que representa redução das receitas de contribuições previdenciárias (contribuições sobre a remuneração do trabalho) e, com isso, a utilização de recursos das outras contribuições de seguridade social, as quais são suportadas por toda a sociedade¹⁴.

Portanto, a longevidade e a redução de postos de trabalho certamente comprometerão a sustentabilidade da previdência social, mesmo com os ajustes feitos pela EC nº 103/2019. O referido fato pode comprometer, ainda mais, a efetividade dos demais direitos de seguridade social.

Nesse contexto, talvez apenas ajustes não sejam suficientes, devendo ser analisado se o atual modelo previdenciário brasileiro é adequado ou se ele deve ser reestruturado, para garantir, além de proteção social, os direitos que implementam a justiça social, prevista no art. 193 da Constituição.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A previdência social brasileira, assim como a saúde e a assistência social, formam o sistema de seguridade social, para o qual a Constituição destinou sete contribuições sociais visando a efetividade dos referidos direitos. Dentre elas, duas são destinadas exclusivamente ao pagamento dos benefícios previdenciários (da empresa e do trabalhador sobre a remuneração do trabalho), o que permite designá-las de contribuições previdenciárias.

A receita das duas contribuições não tem sido suficiente para garantir as prestações previdenciárias, exigindo a utilização de parte da receita das outras contribuições de

¹³ LEAL, Bruno Bianco e PORTELA, Felipe Mêmolo. **Previdência em crise**: diagnóstico e análise econômica do direito previdenciário. São Paulo : Thomson Reuters, 2018, p. 99.

¹⁴ PIERDONÁ, Zelia Luiza. A sustentabilidade da previdência social brasileira. In Denise Fincato; Elizabeth Leal da Silva; Jesus Lahera Forteza; Juan Carlos Garcia Quiñones (org.) **II Coloquio Hispano-brasileiro**: Direito do Trabalho e Reformas e I Jornada de investigação em Direito do Trabalho, Cascavel: Univel, 2018, p. 96-97.

seguridade social, as quais devem garantir também a efetividade dos demais direitos componentes da seguridade social (saúde e assistência social).

A longevidade exigirá o pagamento dos benefícios por mais tempo. Além disso, a implementação das novas tecnologias nos processos produtivos reduzirá os postos de trabalho e, com isso, a diminuição da receita de contribuições previdenciárias. Assim, haverá mais gastos e menos receitas específicas para a previdência social.

Nesse contexto, os ajustes implementados na previdência social pela EC nº 103/2019, que retardarão o acesso aos benefícios, os quais terão valores inferiores aos atuais, e os pequenos ajustes em relação às receitas, apenas amenizam o problema de insustentabilidade da proteção previdenciária.

Assim, a curto e a médio prazo, a sociedade brasileira deverá analisar e decidir se o atual modelo de proteção previdenciária deve ser mantido ou alterado, visando a garantia, não apenas dos direitos previdenciários, mas também dos demais direitos de seguridade social e de outros essenciais para a cidadania, como por exemplo, a educação.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103**, de 12 de novembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

LEAL, Bruno Bianco e PORTELA, Felipe Mêmolo. **Previdência em crise: diagnóstico e análise econômica do direito previdenciário**. São Paulo : Thomson Reuters, 2018.

PIERDONÁ, Zelia Luiza. A sustentabilidade da previdência social brasileira. *In* Denise Fincato; Elizabeth Leal da Silva; Jesus Lahera Forteza; Juan Carlos Garcia Quiñones (org.) II Coloquio Hispano-brasileiro: **Direito do Trabalho e Reformas e I Jornada de investigação em Direito do Trabalho**, Cascavel: Univel, 2018, p. 82-99.

———. O sistema de seguridade social brasileiro. *In*: Marco Antônio César Villatore; Francisca Moreno Romero. (Org.). **III Encontro de Internacionalização do CONPEDI/Madrid/Espanha**. 1ed. Madrid: Ediciones Laborum, 2015, v. 6, p. 87-104.

———. As contribuições previdenciárias da empresa sobre a folha e do trabalhador no contexto das contribuições de seguridade social. *In*: Nélia Cristina dos Santos. (Org.). **Temas de direito tributário: estudos em homenagem a Eduardo Bottallo**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 427-444.

TESOURO NACIONAL. **Relatório Resumido da Execução Orçamentária do Governo Federal** – **2018.** Disponível em: <https://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/352657/RREOdez2018.pdf>. Acesso em 20 nov. 2019.

———. **Relatório resumido da execução orçamentária do governo federal – 2017.** Disponível em <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/352657/RREOdez2017.pdf>. Acesso em 20 nov. 2019.

———. **Relatório resumido da execução orçamentária do governo federal - 2016.** Disponível em <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/352657/RROdez2016+-+REPUBLICA%C3%87%C3%83O.pdf/991a7e04-c8b0-4605-8018-54b6de4fd698>. Acesso em 20 nov. 2019.

ATUAL DISCIPLINA LEGAL DA PROFISSÃO DE AERONAUTA: inovações decorrentes da Lei 13.475/2017

CURRENT LEGAL DISCIPLINE OF AERONAUT'S PROFESSION: innovations arising from Law 13.475/2017

Gustavo Filipe Barbosa Garcia¹

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo o estudo da atual disciplina legal da profissão de tripulante de aeronave, que abrange os tripulantes de voo e os tripulantes de cabine. Nesse sentido, procura-se analisar as principais disposições da Lei 13.475/2017, a qual versa sobre o aeronauta, bem como os seus desdobramentos nas relações sociais e de trabalho na contemporaneidade.

PALAVRAS-CHAVE: Aeronauta; tripulantes de aeronave; tripulantes de voo; tripulantes de cabine; regulamentação profissional.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Aeronauta e aeroviário. 3. Tripulantes de aeronaves e tripulação. 4. Sistema de Gerenciamento de Risco de Fadiga Humana. 5. Contrato de trabalho e base contratual. 6. Escala de serviço. 7. Acomodação para descanso na aeronave. 8. Limites de voos e de pousos. 9. Jornada de trabalho e sobreaviso. 10. Reserva e viagem. 11. Repouso e folga periódica. 12. Remuneração. 13. Alimentação e assistência médica. 14. Uniforme e equipamentos. 15. Férias. 16. Certificados e habilitações. 17. Transferência. 18. Disposições finais. 19. Conclusão. 20. Referências.

ABSTRACT: This article aims to study the current legal discipline of the profession of aircraft crew, which covers flight crew members and cabin crew. In this sense, it seeks to analyze the main provisions of Law 13.475/2017, which deals with the aeronaut, as well as its developments in social and labor relations in the contemporaneity.

KEYWORDS: Aeronaut; aircraft crew; flight crew; cabin crew; professional regulation.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Aeronaut and Air service employees. 3. Flight crew and cabin crew. 4. Exhaustion Risk Management System. 5. Employment contract and contractual basis. 6. Work schedule. 7. Aircraft's accommodation to rest. 8. Limits of flight and landing. 9. Work journey and lookout work. 10. Time available and travel time. 11. Rest and day off. 12. Payment. 13. Alimentation and medical care. 14. Uniform and equipments. 15. Vacations. 16. Medical and technical certificate. 17. Transference. 18. Final dispositions. 19. Conclusions. 20. References.

1 INTRODUÇÃO

Artigo enviado em 19/09/2019.

Artigo aprovado em 02/10/2019.

¹ Livre-Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito pela Universidade de Sevilla. Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Sevilla. Membro Pesquisador do IBDSCJ. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, Titular da Cadeira 27. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Professor Titular do Centro Universitário do Distrito Federal. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado. E-mail: gustavofbg@yahoo.com.br

O aeronauta é exemplo típico de profissão regulamentada², de crescente relevância na sociedade contemporânea, em que a rapidez nos deslocamentos de pessoas e bens é uma exigência cada vez mais acentuada em tempos de globalização econômica e dos mercados em termos mundiais.

Com a constante evolução social, econômica e jurídica, notadamente no âmbito das relações de trabalho, a Lei 7.183/1984 já não se mostrava atualizada para disciplinar o exercício da profissão de aeronauta na atualidade, considerando as suas diversas peculiaridades. Nesse contexto, a Lei 13.475, de 28 de agosto de 2017, passou a dispor sobre o exercício da profissão de *tripulante de aeronave*, que é denominado aeronauta, bem como revogou a Lei 7.183/1984³.

Trata-se, no caso, de lei trabalhista especial, por disciplinar a relação de emprego de determinado tipo de profissional⁴, que exerce atividade com diversas especificidades⁵.

O aeronauta, como empregado, também é segurado obrigatório da Previdência Social (art. 11, inciso I, *a*, da Lei 8.213/1991)⁶. Logo, tem direito aos benefícios e serviços previdenciários, devendo contribuir na forma do art. 20 da Lei 8.212/1991⁷.

A Lei 13.475/2017, assim, regula o exercício das profissões de piloto de aeronave, comissário de voo e mecânico de voo, os quais são denominados *aeronautas* (art. 1º)⁸.

Para o desempenho das referidas profissões, o profissional deve obrigatoriamente ser detentor de licença e certificados emitidos pela autoridade de aviação civil brasileira.

A Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) atua como autoridade de aviação civil, tendo sido criada pela Lei 11.182/2005⁹.

² Cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 953-954.

³ Cf. SINDICATO NACIONAL DOS AERONAUTAS. **Nova Lei do aeronauta**, p. 12: “A regulamentação da profissão dos aeronautas iniciou uma nova era em 2017, com a aprovação e entrada em vigor da Lei 13.475/2017, a Nova Lei do Aeronauta. Esta nova lei, fruto de um esforço de mais de seis anos no Congresso, veio para modernizar as relações de trabalho de pilotos e comissários de voo, cuja regulamentação não mudava havia mais de 30 anos - a lei 7.183, que vigorava até então, era de 1984”. Disponível em: <https://www.aeronautas.org.br/images/nova_lei_do_aeronauta_novidades_1.pdf>. Acesso em: 03 out. 2019.

⁴ Cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 425-426.

⁵ Cf. BEDIN, Bruna Balestieri. **O direito do aeronauta sob o enfoque trabalhista**. Rio de Janeiro: Barra Livros, 2015. 140 p.

⁶ Cf. MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 88-90.

⁷ Cf. IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 223.

⁸ Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 275.

Frise-se que a Lei 13.475/2017 também se aplica aos pilotos de aeronave, comissários de voo e mecânicos de voos brasileiros que exerçam suas funções a bordo de aeronave estrangeira em virtude de contrato de trabalho regido pela legislação brasileira¹⁰.

2 AERONAUTA E AEROVIÁRIO

Primeiramente, deve-se esclarecer que o aeronauta não se confunde com o aeroviário¹¹.

Efetivamente, conforme o Decreto 1.232, de 22 de junho de 1962, é *aeroviário* o trabalhador que, não sendo aeronauta, exerce função remunerada nos *serviços terrestres* de empresa de transportes aéreos (art. 1º).

Nesse sentido, segundo entendimento firmado pela jurisprudência, com base no Decreto 1.232/1962, “deve ser reconhecido o enquadramento sindical na categoria dos aeroviários do empregado de empresa prestadora de serviços auxiliares de transporte aéreo” (TST, 8ª T., ARR-1017-68.2013.5.09.0122, Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, DEJT 28.06.2019).

São também considerados aeroviários: o titular de licença e respectivo certificado válido de habilitação técnica, para prestação de serviços em terra, que exerça função efetivamente remunerada em aeroclubes, escolas de aviação civil; o titular ou não de licença e certificado que preste serviço de natureza permanente na conservação, manutenção e despacho de aeronaves.

O aeroviário só pode exercer função para a qual se exigir licença e certificado de habilitação técnica quando estiver devidamente habilitado (art. 2º do Decreto 1.232/1962).

A profissão de aeroviário compreende os que trabalham nos serviços: de manutenção; de operações; auxiliares; gerais (art. 3º do Decreto 1.232/1962).

⁹ Cf. SILVA, Odair Vieira da; SANTOS, Rosiane Cristina dos. Histórico dos órgãos de regulamentação da aviação civil brasileira: DAC, ANAC, CONAC E INFRAERO. **Revista Científica Eletrônica de Turismo**, Garça/SP, ano VI, n. 10, jan. 2009. Disponível em: <http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/Gk9riDfrOPgHrxM_2013-5-22-17-28-58.pdf>. Acesso em: 17 set. 2019.

¹⁰ Cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 535: “Aos marítimos e aeronautas de empresas brasileiras, contratados no Brasil, em serviço nas suas embarcações ou aeronaves, para viagens internacionais, é aplicável o direito positivo brasileiro, salvo estipulação mais vantajosa expressa”.

¹¹ Cf. BARROS, Alice Monteiro de. **Contratos e regulamentações especiais de trabalho**. São Paulo: LTr, 2001. p. 49.

3 TRIPULANTES DE AERONAVES E TRIPULAÇÃO

Os tripulantes de aeronaves, denominados aeronautas, na realidade, englobam os tripulantes de voo e os tripulantes de cabine.

O *piloto de aeronave* e o *mecânico de voo*, no exercício de função específica a bordo de aeronave, de acordo com as prerrogativas da licença de que são titulares, têm a designação de *tripulante de voo* (art. 2º da Lei 13.475/2017).

Por sua vez, o *comissário de voo*, no exercício de função específica a bordo de aeronave, de acordo com as prerrogativas da licença de que é titular, tem a designação de *tripulante de cabine* (art. 3º).

O tripulante de voo ou de cabine que se deslocar a serviço do empregador, em aeronave própria ou não, sem exercer função a bordo de aeronave, tem a designação de *tripulante extra a serviço* (art. 4º).

O tripulante extra a serviço deve ser considerado tripulante a serviço no que diz respeito aos limites da jornada de trabalho, ao repouso e à remuneração. Ao tripulante extra a serviço deve ser disponibilizado assento na cabine de passageiros, salvo em aeronaves no transporte exclusivo de cargas.

Os *tripulantes de voo e de cabine* exercem suas funções profissionais nos seguintes serviços aéreos:

- I - serviço de transporte aéreo público regular e não regular, exceto na modalidade de táxi aéreo¹²;
- II - serviço de transporte aéreo público não regular na modalidade de táxi aéreo;
- III - serviço aéreo especializado (SAE), prestado por organização de ensino, na modalidade de instrução de voo;
- IV - demais serviços aéreos especializados, abrangendo as atividades definidas pela Lei 7.565/1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica) e pela autoridade de aviação civil brasileira;
- V - serviço aéreo privado, entendido como aquele realizado, sem fins lucrativos, a serviço do operador da aeronave (art. 5º).

É denominado *instructor de voo* o piloto de aeronave contratado para ministrar treinamento em voo em aeronave empregada no serviço aéreo especializado referido no inciso III do art. 5º da Lei 13.475/2017.

¹² Táxi aéreo é conceituado como o “pequeno avião que se pode alugar para percorrer trechos de pouca duração” (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2680). No âmbito da Agência Nacional de Aviação Civil, a Portaria 190 GC-5 define táxi aéreo “como transporte aéreo público não regular, executado mediante remuneração convencionada entre o usuário e o transportador, visando a proporcionar atendimento imediato, independente de horário, percurso ou escala”. Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/empresas/caracteristicas.asp>>. Acesso em: 03 out. 2019.

Para os efeitos do disposto em convenção ou acordo coletivo de trabalho:

- os tripulantes empregados nos serviços aéreos definidos nos incisos III e V do art. 5º da Lei 13.475/2017 são equiparados aos tripulantes que exercem as suas funções nos serviços de transporte aéreo público não regular na modalidade de táxi aéreo;

- os tripulantes empregados no serviço aéreo definido no inciso V do art. 5º da Lei 13.475/2017, quando em atividade de fomento ou proteção à agricultura, são equiparados aos tripulantes de voo que operam os serviços aéreos especializados na modalidade de atividade de fomento ou proteção à agricultura.

O exercício das profissões de piloto de aeronave, mecânico de voo e comissário de voo, previstas na Lei 13.475/2017, é privativo de brasileiros natos ou naturalizados (art. 6º).

Trata-se de previsão legal específica, sabendo-se que, em princípio, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à *igualdade*, à segurança e à propriedade (art. 5º da Constituição da República).

O art. 12 da Constituição Federal de 1988 dispõe sobre os brasileiros natos e naturalizados.

Nesse sentido, são brasileiros:

I - *natos*: a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país; b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil; c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;

II - *naturalizados*: a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral; b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de 15 anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.

Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, devem ser atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos na Constituição Federal de 1988. A lei não pode estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos na Constituição da República.

As empresas brasileiras, quando estiverem prestando serviço aéreo internacional, podem utilizar comissários de voo estrangeiros, desde que o número destes não exceda a 1/3 dos comissários de voo a bordo da mesma aeronave. Todas as empresas de transporte aéreo

público, salvo empresas estrangeiras de transporte aéreo público não regular na modalidade de táxi aéreo, quando estiverem operando voos domésticos em território brasileiro, devem ter obrigatoriamente seu quadro de tripulantes composto por brasileiros natos ou naturalizados, com contrato de trabalho regido pela legislação brasileira. Na falta de tripulantes de voo brasileiros, instrutores estrangeiros podem ser admitidos em caráter provisório, por período restrito ao da instrução, de acordo com regulamento exarado pela autoridade de aviação civil brasileira (art. 6º, §§ 1º a 3º, da Lei 13.475/2017).

Os *tripulantes de voo* exercem as seguintes funções a bordo da aeronave:

I - *comandante*: piloto responsável pela operação e pela segurança da aeronave, exercendo a autoridade que a legislação lhe atribui;

II - *copiloto*: piloto que auxilia o comandante na operação da aeronave;

III - *mecânico de voo*: auxiliar do comandante, encarregado da operação e do controle de sistemas diversos, conforme especificação dos manuais técnicos da aeronave (art. 7º).

Sem prejuízo das atribuições originalmente designadas, o comandante e o mecânico de voo podem exercer cumulativamente outras prerrogativas decorrentes de qualificação ou credenciamento, previstas nos regulamentos aeronáuticos, desde que autorizados pela autoridade de aviação civil brasileira.

O comandante deve ser designado pelo operador da aeronave e será seu preposto durante toda a viagem.

O copiloto é o substituto eventual do comandante nas tripulações simples, não o sendo nos casos de tripulação composta ou de revezamento.

Os *tripulantes de cabine*, na função de *comissários de voo*, são auxiliares do comandante encarregados do cumprimento das normas relativas à segurança e ao atendimento dos passageiros a bordo, da guarda de bagagens, documentos, valores e malas postais e de outras tarefas que lhes tenham sido delegadas pelo comandante (art. 8º).

Sem prejuízo das atribuições originalmente designadas, os comissários de voo podem exercer cumulativamente outras prerrogativas decorrentes de qualificação ou credenciamento, previstas nos regulamentos aeronáuticos, desde que autorizados pela autoridade de aviação civil brasileira.

A guarda de valores é condicionada à existência de local apropriado e seguro na aeronave, sendo responsabilidade do empregador atestar a segurança do local. A guarda de cargas e malas postais em terra somente deve ser confiada aos comissários de voo quando no local inexistir serviço próprio para essa finalidade.

Considerando os aspectos anteriormente expostos, *tripulação* é o conjunto de tripulantes de voo e de cabine que exercem função a bordo de aeronave (art. 9º da Lei 13.475/2017).

O tripulante, sem prejuízo das atribuições originalmente designadas, não pode exercer, simultaneamente, mais de uma função a bordo de aeronave, mesmo que seja titular de licenças correspondentes (art. 10).

Os membros de uma tripulação são *subordinados técnica e disciplinarmente* ao comandante, durante todo o tempo em que transcorrer a viagem (art. 11).

O *comandante* exerce a autoridade inerente à função desde o momento em que se apresenta para o voo até o momento em que, concluída a viagem, entrega a aeronave (art. 12).

Uma tripulação pode ser classificada como mínima, simples, composta ou de revezamento (art. 13).

A autoridade de aviação civil brasileira, considerando o interesse da segurança operacional, as características da rota e do voo e a programação a ser cumprida, pode determinar a composição da tripulação ou as modificações necessárias para a realização do voo.

Tripulação mínima é a determinada na forma da certificação de tipo da aeronave, homologada pela autoridade de aviação civil brasileira, sendo permitida sua utilização em voos locais de instrução, de experiência, de vistoria e de traslado (art. 14).

Tripulação simples é a constituída de uma tripulação mínima acrescida, quando for o caso, dos tripulantes necessários à realização do voo (art. 15).

Tripulação composta é a constituída de uma tripulação simples acrescida de um comandante, de um mecânico de voo, quando o equipamento assim o exigir, e de, no mínimo, 25% do número de comissários de voo (art. 16).

A tripulação composta somente pode ser utilizada em voos internacionais, exceto nas seguintes situações, quando pode ser utilizada em voos domésticos: para atender a atrasos ocasionados por condições meteorológicas desfavoráveis ou por trabalhos de manutenção não programados; quando os critérios de utilização dos tripulantes de voo e de cabine empregados no serviço aéreo definido no inciso I do art. 5º da 13.475/2017 estiverem definidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho; para atendimento de missão humanitária, transportando ou destinada ao transporte de enfermos ou órgãos para transplante, no caso de tripulantes de voo e de cabine empregados nos serviços aéreos definidos no inciso II do art. 5º da Lei 13.475/2017.

Tripulação de revezamento é a constituída de uma tripulação simples acrescida de um comandante, de um piloto, de um mecânico de voo, quando o equipamento assim o exigir, e de 50% do número de comissários de voo (art. 17). A tripulação de revezamento só pode ser empregada em voos internacionais.

Um tipo de tripulação só pode ser transformado na origem do voo e até o limite de três horas, contadas a partir da apresentação da tripulação previamente escalada (art. 18). A contagem de tempo para limite da jornada deve ser a partir da hora de apresentação da tripulação original ou do tripulante de reforço, considerando o que ocorrer primeiro.

4 SISTEMA DE GERENCIAMENTO DE RISCO DE FADIGA HUMANA

É relevante salientar que as *limitações operacionais* estabelecidas na Lei 13.475/2017 podem ser alteradas pela autoridade de aviação civil brasileira com base nos preceitos do Sistema de Gerenciamento de Risco de Fadiga Humana (art. 19).

As referidas limitações operacionais compreendem quaisquer prescrições temporais relativas aos tripulantes de voo e de cabine no que tange a limites de voo, de pouso, de jornada de trabalho, de sobreaviso, de reserva e de períodos de repouso, bem como a outros fatores que possam reduzir o estado de alerta da tripulação ou comprometer o seu desempenho operacional.

O Sistema de Gerenciamento de Risco de Fadiga Humana deve ser regulamentado pela autoridade de aviação civil brasileira com base nas normas e recomendações internacionais de aviação civil.

A implantação e a atualização do Sistema de Gerenciamento de Risco de Fadiga Humana devem ser acompanhadas pelo sindicato da categoria profissional.

Nos casos em que o Sistema de Gerenciamento de Risco de Fadiga Humana autorizar a superação das 12 horas de jornada de trabalho e a diminuição do período de 12 horas de repouso, em tripulação simples, tais alterações devem ser implementadas por meio de convenção ou acordo coletivo de trabalho entre o operador da aeronave e o sindicato da categoria profissional.

Trata-se de previsão que se fundamenta no art. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal de 1988, ao reconhecer os mencionados instrumentos normativos decorrentes da

negociação coletiva de trabalho, considerados fontes do Direito do Trabalho de natureza autônoma¹³.

Cabe à autoridade de aviação civil brasileira expedir as normas necessárias para a implantação do Sistema de Gerenciamento de Risco de Fadiga Humana (art. 78 da Lei 13.475/2017).

5 CONTRATO DE TRABALHO E BASE CONTRATUAL

O contrato de trabalho do aeronauta é considerado especial, tendo em vista a natureza diferenciada da referida profissão¹⁴.

Nesse contexto, a função remunerada dos tripulantes a bordo de aeronave deve, obrigatoriamente, ser formalizada por meio de contrato de trabalho firmado *diretamente* com o operador da aeronave (art. 20 da Lei 13.475/2017).

Portanto, conforme essa regra especial, não se admite a terceirização pelo operador da aeronave das atividades relativas à mencionada função dos tripulantes a bordo de aeronave. Do mesmo modo, não é permitida a contratação dos referidos empregados pelo operador da aeronave de forma intermediada (por terceiro) ou interposta, como ocorre no trabalho temporário (Lei 6.019/1974)¹⁵.

O *tripulante de voo ou de cabine* só pode exercer função remunerada a bordo de aeronave de um operador ao qual não esteja diretamente vinculado por contrato de trabalho quando o serviço aéreo não constituir atividade fim, e desde que por prazo não superior a 30 dias consecutivos, contado da data de início da prestação dos serviços. Essa prestação de serviço remunerado não pode ocorrer por mais de uma vez ao ano e deve ser formalizada por contrato escrito, sob pena de presunção de vínculo empregatício do tripulante diretamente com o operador da aeronave.

Logo, observa-se nítida restrição quanto ao tripulante de voo ou de cabine a respeito do exercício de labor remunerado a bordo de aeronave para outro operador que não seja o empregador, isto é, com quem não seja mantido diretamente o contrato de trabalho.

O operador da aeronave pode utilizar-se de *tripulantes instrutores* que não estejam a ele vinculados por contrato de trabalho quando em seu quadro de tripulantes não existirem

¹³ Cf. SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: LTr, 2007. p. 95.

¹⁴ Cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 883.

¹⁵ Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Terceirização: trabalho temporário, cooperativas de trabalho**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 112-113.

instrutores habilitados no equipamento em que se pretende operar, desde que por período restrito ao da instrução e mediante autorização da autoridade de aviação civil brasileira (art. 21).

O operador de aeronaves pode, por meio de contrato de prestação de serviços, autorizar que seus instrutores ministrem instrução para tripulantes que não estejam a ele vinculados por contrato de trabalho quando os empregadores dos respectivos tripulantes não possuírem equipamento ou instrutores próprios para a específica instrução, desde que por período restrito ao da instrução e mediante autorização da autoridade de aviação civil brasileira (art. 22). Essa previsão só é aplicável aos operadores de aeronaves que realizam os serviços aéreos referidos nos incisos I e II do art. 5º da Lei 13.475/2017.

No caso do aeronauta, entende-se por *base contratual* a matriz ou filial onde o contrato de trabalho do tripulante estiver registrado (art. 23 da Lei 13.475/2017).

Resguardados os direitos e as condições previstos na Lei 13.475/2017, os demais direitos, condições de trabalho e obrigações do empregado devem estar definidos no contrato de trabalho e podem ser devidamente regulados em convenção ou acordo coletivo de trabalho, desde que não ultrapassem os parâmetros estabelecidos na regulamentação da autoridade de aviação civil brasileira (art. 24).

Deve ser fornecido pelo empregador *transporte gratuito* aos tripulantes de voo e de cabine sempre que se iniciar ou finalizar uma programação de voo em aeroporto situado a mais de 50 quilômetros de distância do aeroporto definido como base contratual (art. 25).

O *tempo de deslocamento* entre o aeroporto definido como base contratual e o aeroporto designado para o início do voo deve ser computado na jornada de trabalho e não será remunerado.

Essa regra específica, ao mesmo tempo em que prevê a integração do referido tempo de deslocamento entre aeroportos na jornada de trabalho, de modo atípico, exclui o direito à correspondente remuneração (não gerando, assim, direito ao recebimento de horas extras).

No caso de viagem que termine em aeroporto diferente do definido como base contratual e situado a mais de 50 quilômetros de distância, a jornada de trabalho deve ser encerrada conforme o disposto no art. 35 da Lei 13.475/2017, e o repouso mínimo regulamentar deve ser acrescido de, no mínimo, duas horas.

6 ESCALA DE SERVIÇO

A prestação de serviço do tripulante empregado no serviço aéreo definido no inciso I do art. 5º da Lei 13.475/2017 (serviço de transporte aéreo público regular e não regular, exceto na modalidade de táxi aéreo), devendo ser respeitados os períodos de folgas e repousos regulamentares, deve ser determinada por meio de:

- *escala*, no mínimo mensal, divulgada com antecedência mínima de cinco dias, determinando os horários de início e término de voos, serviços de reserva, sobreavisos e folgas, sendo vedada a consignação de situações de trabalho e horários não definidos;

- *escala ou convocação*, para realização de cursos, reuniões, exames relacionados a treinamento e verificação de proficiência técnica (art. 26 da Lei 13.475/2017).

Em quatro meses do ano, as empresas estão autorizadas, caso julguem necessário, a divulgar escala semanal para voos de horário, serviços de reserva, sobreavisos e folgas com antecedência mínima de dois dias, para a primeira semana de cada mês, e de sete dias, para as semanas subsequentes.

Para voos exclusivamente cargueiros, é autorizada a divulgação de escala semanal para voos de horário, serviços de reserva, sobreavisos e folgas com antecedência mínima de dois dias, para a primeira semana de cada mês, e sete dias, para as semanas subsequentes.

Os limites previstos no inciso I do art. 26 da Lei 13.475/2017 podem ser alterados mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho, desde que não ultrapassem os parâmetros estabelecidos na regulamentação da autoridade de aviação civil brasileira.

A determinação para a prestação de serviço do tripulante empregado nos serviços aéreos definidos nos incisos II, III, IV e V do art. 5º da Lei 13.475/2017, respeitados os períodos de folgas e repousos regulamentares, deve ser feita por meio de:

- *escala*, no mínimo semanal, divulgada com antecedência mínima de dois dias, determinando os horários de início e término de voos, serviços de reserva, sobreavisos e folgas, sendo vedada a consignação de situações de trabalho e horários não definidos;

- *escala ou convocação*, para realização de cursos, reuniões, exames relacionados a treinamento e verificação de proficiência técnica (art. 27).

Outros critérios para a determinação da prestação de serviço dos tripulantes podem ser estabelecidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho, desde que não ultrapassem os parâmetros estabelecidos na regulamentação da autoridade de aviação civil brasileira.

Na *escala de serviço*, devem ser observados regime de rodízio de tripulantes e turnos compatíveis com a saúde, a higiene e a segurança do trabalho (art. 28).

A programação de rodízios e turnos deve obedecer ao *princípio da equidade* na distribuição entre as diversas situações de trabalho para que não haja discriminação entre os tripulantes com qualificações idênticas, salvo em empresas que adotem critérios específicos estabelecidos em acordo coletivo de trabalho, desde que não ultrapassem os parâmetros estabelecidos na regulamentação da autoridade de aviação civil brasileira.

A previsão tem como fundamento os princípios da igualdade (art. 5º, *caput*, da Constituição da República) e da proibição de discriminação (art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988), aplicáveis ao Direito do Trabalho¹⁶, não sendo admitido o tratamento desigual sem fundamento nem justificativa lógica¹⁷.

7 ACOMODAÇÃO PARA DESCANSO NA AERONAVE

Ainda quanto aos aeronautas, deve ser assegurado aos tripulantes de voo e de cabine, quando estiverem em voo com tripulação composta ou de revezamento, *descanso a bordo da aeronave*, em acomodação adequada, de acordo com as especificações definidas em norma estabelecida pela autoridade de aviação civil brasileira (art. 29 da Lei 13.475/2017).

Aos tripulantes de voo e de cabine realizando voos em tripulação composta deve ser assegurado número de acomodações para descanso a bordo igual ao número de tripulantes somados à tripulação simples.

Aos tripulantes de voo e de cabine realizando voos em tripulação de revezamento deve ser assegurado número de acomodações para descanso a bordo igual à metade do total de tripulantes.

8 LIMITES DE VOOS E DE POUSOS

Em se tratando de aeronauta, denomina-se *hora de voo* ou *tempo de voo* o período compreendido desde o início do deslocamento, quando se tratar de aeronave de asa fixa¹⁸, ou

¹⁶ Cf. PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. Tradução e revisão técnica de Wagner D. Giglio. Tradução das atualizações de Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 2004. p. 61 e 445.

¹⁷ Cf. CARLOS, Vera Lúcia. **Discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Método, 2004. p. 27-30.

¹⁸ Aeronave de asa fixa (ou avião) é uma aeronave “mais pesada que o ar, propelida a motor e que é sustentada no ar pela reação dinâmica do ar contra suas superfícies de sustentação que permanecem fixas sob determinadas condições de voo”.

Disponível em: <http://www2.anac.gov.br/anacpedia/por_por/tr89.htm>. Acesso em: 03 out. 2019.

desde a partida dos motores, quando se tratar de aeronave de asa rotativa¹⁹, até o momento em que, respectivamente, se imobiliza a aeronave ou se efetua o corte dos motores, ao término do voo (“calço a calço”), conforme o art. 30 da Lei 13.475/2017.

Aos tripulantes de voo ou de cabine empregados no serviço aéreo definido no inciso I do art. 5º da Lei 13.475/2017 (serviço de transporte aéreo público regular e não regular, exceto na modalidade de táxi aéreo) devem ser assegurados os seguintes *limites de horas de voo e de pousos em uma mesma jornada de trabalho*:

- I - oito horas de voo e quatro pousos, na hipótese de integrante de tripulação mínima ou simples;
- II - 11 horas de voo e cinco pousos, na hipótese de integrante de tripulação composta;
- III - 14 horas de voo e quatro pousos, na hipótese de integrante de tripulação de revezamento;
- IV - sete horas sem limite de pousos, na hipótese de integrante de tripulação de helicópteros (art. 31).

O número de pousos na hipótese do inciso I do art. 31 da Lei 13.475/2017 pode ser aumentado em mais um, a critério do empregador, acrescentando-se, nesse caso, duas horas ao repouso que precede a jornada. Não obstante essa previsão, em caso de desvio para aeroporto de alternativa, será permitido o acréscimo de mais um pouso aos limites estabelecidos nos incisos I, II e III do art. 31 da Lei 13.475/2017.

Os tripulantes que operam aeronaves convencionais e “turbo-hélice” podem ter o limite de pousos estabelecido no inciso I do art. 31 da Lei 13.475/2017 aumentado em mais dois pousos.

Aos tripulantes empregados nos serviços aéreos definidos nos incisos II, III, IV e V do art. 5º da Lei 13.475/2017 são assegurados os seguintes *limites de horas de voo em uma mesma jornada de trabalho*:

- I - nove horas e 30 minutos de voo, na hipótese de integrante de tripulação mínima ou simples;
- II - 12 horas de voo, na hipótese de integrante de tripulação composta;
- III - 16 horas de voo, na hipótese de integrante de tripulação de revezamento;
- IV - oito horas de voo, na hipótese de integrante de tripulação de helicópteros (art. 32).

Aos tripulantes referidos no art. 32 da Lei 13.475/2017 não são assegurados limites de pousos em uma mesma jornada de trabalho.

¹⁹ Aeronave de asa rotativa (ou helicóptero) é “uma aeronave mais pesada que o ar que depende principalmente da sustentação gerada por um ou mais rotores para manter-se no ar”. Disponível em: <http://www2.anac.gov.br/anacpedia/por_ing/tr1042.htm>. Acesso em: 03 out. 2019.

Os tripulantes empregados nos serviços aéreos definidos no inciso IV do art. 5º da Lei 13.475/2017, quando em atividade de fomento ou proteção à agricultura, podem ter os limites previstos no art. 32 estabelecidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho, desde que não ultrapassem os parâmetros de segurança de voo determinados na regulamentação da autoridade de aviação civil brasileira.

Aos tripulantes são assegurados os seguintes *limites mensais e anuais de horas de voo*:

- I - 80 horas de voo por mês e 800 horas por ano, em aviões a jato;
- II - 85 horas de voo por mês e 850 horas por ano, em aviões “turbo-hélice”;
- III - 100 horas de voo por mês e 960 horas por ano, em aviões convencionais;
- IV - 90 horas de voo por mês e 930 horas por ano, em helicópteros (art. 33).

Quando os tripulantes operarem diferentes tipos de aeronaves, o limite inferior deve ser respeitado.

Os tripulantes de voo empregados nos serviços aéreos especializados definidos no inciso IV do art. 5º da Lei 13.475/2017, quando em atividade de fomento ou proteção à agricultura, podem ter os limites previstos no art. 33 estabelecidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho, desde que não ultrapassem os parâmetros de segurança de voo determinados na regulamentação da autoridade de aviação civil brasileira.

O trabalho realizado como *tripulante extra a serviço* (art. 4º da Lei 13.475/2017) deve ser computado para os limites da jornada de trabalho diária, semanal e mensal, não sendo considerado para o cômputo dos limites de horas de voo diários, mensais e anuais, previstos nos arts. 31, 32 e 33 da Lei 13.475/2017 (art. 34).

9 JORNADA DE TRABALHO E SOBREAviso

A jornada de trabalho do aeronauta é especial, por levar em consideração as atividades e condições específicas dessa profissão²⁰.

Nesse contexto, *jornada* é a duração do trabalho do tripulante de voo ou de cabine, contada entre a hora da apresentação no local de trabalho e a hora em que ele é encerrado (art. 35 da Lei 13.475/2017).

A jornada na base contratual deve ser contada a partir da hora de apresentação do tripulante no local de trabalho. Fora da base contratual, a jornada deve ser contada a partir da

²⁰ Cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 773.

hora de apresentação do tripulante no local estabelecido pelo empregador. Nessas duas hipóteses, a apresentação no aeroporto ou em outro local estabelecido pelo empregador deve ocorrer com antecedência mínima de 30 minutos da hora prevista para o início do voo (art. 35, § 3º).

A jornada deve ser considerada encerrada 30 minutos após a parada final dos motores, no caso de voos domésticos, e 45 minutos após a parada final dos motores, no caso de voos internacionais (art. 35, § 4º).

Para atividades em terra, não se aplicam as disposições dos §§ 3º e 4º do art. 35 da Lei 13.475/2017.

Os limites previstos no § 4º do art. 35 da Lei 13.475/2017 podem ser alterados pelos operadores de aeronaves que possuem Sistema de Gerenciamento de Risco de Fadiga Humana no planejamento e na execução das escalas de serviço de seus tripulantes, sendo o limite mínimo de 30 minutos.

Aos tripulantes de voo ou de cabine empregados no serviço aéreo definido no inciso I do art. 5º da Lei 13.475/2017 (serviço de transporte aéreo público regular e não regular, exceto na modalidade de táxi aéreo) são assegurados os seguintes *limites de jornada de trabalho*:

- I - nove horas, se integrantes de uma tripulação mínima ou simples;
- II - 12 horas, se integrantes de uma tripulação composta;
- III - 16 horas, se integrantes de uma tripulação de revezamento (art. 36).

Aos tripulantes de voo ou de cabine empregados nos serviços aéreos definidos nos incisos II, III, IV e V do art. 5º da Lei 13.475/2017 são assegurados os seguintes *limites de jornada de trabalho*:

- I - 11 horas, se integrantes de uma tripulação mínima ou simples;
- II - 14 horas, se integrantes de uma tripulação composta;
- III - 18 horas, se integrantes de uma tripulação de revezamento (art. 37).

Os tripulantes de voo empregados nos serviços aéreos especializados definidos no inciso IV do art. 5º da Lei 13.475/2017, quando em atividade de fomento à agricultura, podem ter os limites previstos no art. 37 estabelecidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho, desde que não ultrapassem os parâmetros de segurança de voo determinados na regulamentação da autoridade de aviação civil brasileira.

Em caso de interrupção de jornada, os tripulantes de voo ou de cabine empregados nos serviços aéreos definidos nos incisos II, IV e V do art. 5º da Lei 13.475/2017, quando

compondo tripulação mínima ou simples, podem ter suas jornadas de trabalho acrescidas de até a metade do tempo da interrupção, nos seguintes casos:

- quando houver interrupção da jornada fora da base contratual, superior a três horas e inferior a seis horas consecutivas, e for proporcionado pelo empregador local para descanso separado do público e com controle de temperatura e luminosidade;

- quando houver interrupção da jornada fora da base contratual, superior a seis horas e inferior a 10 horas consecutivas, e forem proporcionados pelo empregador quartos individuais com banheiro privativo, condições adequadas de higiene e segurança, mínimo ruído e controle de temperatura e luminosidade (art. 38).

A condição prevista no art. 38 da Lei 13.475/2017 deve ser consignada no diário de bordo da aeronave, com assinatura do comandante.

A *hora de trabalho noturno*, para efeito de jornada, deve ser computada como de 52 minutos e 30 segundos (art. 39).

Para efeitos da Lei 13.475/2017, considera-se *noturno*:

- o trabalho executado em terra entre as 22 horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte, considerado o horário local;

- o período de tempo de voo realizado entre as 18 horas de um dia e as seis horas do dia seguinte, considerado o fuso horário oficial da base contratual do tripulante.

Os limites da jornada de trabalho podem ser *ampliados* em 60 minutos, a critério exclusivo do comandante da aeronave, nos seguintes casos:

- inexistência, em local de escala regular, de acomodações apropriadas para o repouso da tripulação e dos passageiros;

- espera demasiadamente longa, fora da base contratual, em local de espera regular intermediária, ocasionada por condições meteorológicas desfavoráveis e trabalho de manutenção não programada;

- por imperiosa necessidade, entendida como a decorrente de catástrofe ou problema de infraestrutura que não configure caso de falha ou falta administrativa da empresa (art. 40).

Qualquer ampliação dos limites das horas de trabalho deve ser comunicada, em no máximo 24 horas após a viagem, pelo comandante ao empregador, que, no prazo de 15 dias, comunicará a autoridade de aviação civil brasileira.

A duração do trabalho dos tripulantes de voo ou de cabine não deve exceder a 44 horas semanais e 176 horas mensais, computados os tempos de:

- jornada e serviço em terra durante a viagem;

- reserva e 1/3 do sobreaviso;
- deslocamento como tripulante extra a serviço;
- adestramento em simulador, cursos presenciais ou a distância, treinamentos e reuniões;
- realização de outros serviços em terra, quando escalados pela empresa (art. 41).

O limite semanal de trabalho previsto no art. 41 da Lei 13.475/2017 pode ser alterado mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho, desde que não ultrapasse os parâmetros estabelecidos na regulamentação da autoridade de aviação civil brasileira, sendo vedada, sob qualquer hipótese, a extrapolação do limite mensal de 176 horas.

Os tripulantes de voo ou de cabine empregados nos serviços aéreos definidos nos incisos II, III, IV e V do art. 5º da Lei 13.475/2017 devem ter como período máximo de trabalho consecutivo 21 dias, contados do dia de saída do tripulante de sua base contratual até o dia do regresso a ela (art. 41, § 2º).

Para os tripulantes de voo ou de cabine empregados nos serviços aéreos definidos nos incisos II, III, IV e V do art. 5º da Lei 13.475/2017, o período consecutivo de trabalho, no local de operação, não pode exceder a 17 dias (art. 41, § 3º). Quando prestarem serviço fora da base contratual por período superior a seis dias, os referidos tripulantes terão, no retorno, folgas correspondentes a, no mínimo, o número de dias fora da base contratual menos dois dias.

Os tripulantes empregados no serviço aéreo definido no inciso I do art. 5º da Lei 13.475/2017 (serviço de transporte aéreo público regular e não regular, exceto na modalidade de táxi aéreo) que também exerçam atividades administrativas devem ter os limites de sua jornada de trabalho definidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho, desde que não ultrapassem os parâmetros estabelecidos na regulamentação da autoridade de aviação civil brasileira.

As disposições do art. 41 da Lei 13.475/2017 não se aplicam aos tripulantes empregados nos serviços aéreos definidos no inciso IV do art. 5º da Lei 13.475/2017 em atividade de fomento ou proteção à agricultura, que poderão ter os referidos limites reduzidos ou ampliados por convenção ou acordo coletivo de trabalho, desde que não ultrapassem os parâmetros de segurança de voo determinados na regulamentação da autoridade de aviação civil brasileira.

Deve ser observado o limite máximo de duas madrugadas consecutivas de trabalho, e o de quatro madrugadas totais no período de 168 horas consecutivas, contadas desde a apresentação do tripulante (art. 42).

O tripulante de voo ou de cabine pode ser escalado para jornada de trabalho na terceira madrugada consecutiva desde que como tripulante extra, em voo de retorno à base contratual e encerrando sua jornada de trabalho, vedada, nessa hipótese, a escalção do tripulante para compor tripulação no período que antecede a terceira madrugada consecutiva na mesma jornada de trabalho.

Sempre que for disponibilizado ao tripulante período mínimo de 48 horas livre de qualquer atividade, poderá ser iniciada a contagem de novo período de 168 horas consecutivas, referido no art. 42 da Lei 13.475/2017.

Os limites previstos no art. 42 da Lei 13.475/2017 podem ser reduzidos ou ampliados mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho, desde que não ultrapassem os parâmetros estabelecidos na regulamentação da autoridade de aviação civil brasileira.

Entende-se como *madrugada* o período transcorrido, total ou parcialmente, entre zero hora e seis horas, considerado o fuso horário oficial da base contratual do tripulante.

De acordo com a previsão original da Consolidação das Leis do Trabalho, voltada ao serviço ferroviário, considera-se de *sobreaviso* o empregado efetivo que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço (art. 244, § 2º, da CLT)²¹.

No caso do aeronauta, *sobreaviso* é o período não inferior a três horas e não excedente a 12 horas em que o tripulante permanece em local de sua escolha à disposição do empregador, devendo apresentar-se no aeroporto ou em outro local determinado, no prazo de até 90 minutos, após receber comunicação para o início de nova tarefa (art. 43 da Lei 13.475/2017)²².

²¹ Cf. DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 1033.

²² Na jurisprudência, cf.: “Para o aeronauta, sobreaviso é o período não inferior a 3 (três) horas e não excedente a 12 (doze) horas em que o tripulante permanece em local de sua escolha à disposição do empregador, devendo apresentar-se no aeroporto ou em outro local determinado, no prazo de até 90 (noventa) minutos, após receber comunicação para o início de nova tarefa (art. 43 da Lei nº 13.475/2017. No caso dos autos ficou demonstrado que a reclamante estava obrigada a se apresentar em até noventa minutos, caso fosse comunicada da necessidade. Dessa forma a decisão do Tribunal Regional violou a legislação aplicável ao caso. Recurso de revista conhecido e provido” (TST, 6ª T., ARR-824-40.2014.5.02.0081, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 31.05.2019).

Em Município ou conurbação com dois ou mais aeroportos, o tripulante designado para aeroporto diferente da base contratual tem prazo de 150 minutos para a apresentação, após receber comunicação para o início de nova tarefa (art. 43, § 1º, da Lei 13.475/2017).

As horas de sobreaviso devem ser pagas à base de *1/3 do valor da hora de voo*²³.

Caso o tripulante seja convocado para uma nova tarefa, o tempo remunerado deve ser contabilizado entre o início do sobreaviso e o início do deslocamento.

Caso o tripulante de voo ou de cabine não seja convocado para uma tarefa durante o período de sobreaviso, o tempo de repouso mínimo de oito horas deverá ser respeitado antes do início de nova tarefa.

O período de sobreaviso, contabilizado desde seu início até o início do deslocamento caso o tripulante seja acionado para nova tarefa, não pode ser superior a 12 horas. Nesse período de 12 horas não devem ser computados os períodos de deslocamento de 90 e 150 minutos previstos no *caput* e no § 1º do art. 43 da Lei 13.475/2017.

O tripulante de voo ou de cabine empregado no serviço aéreo previsto no inciso I do art. 5º da Lei 13.475/2017 (serviço de transporte aéreo público regular e não regular, exceto na modalidade de táxi aéreo) deve ter a quantidade de sobreavisos limitada a oito mensais, podendo ser reduzida ou ampliada por convenção ou acordo coletivo de trabalho, devendo ser observados os limites estabelecidos na regulamentação da autoridade de aviação civil brasileira.

10 RESERVA E VIAGEM

Ainda no que se refere ao aeronauta, *reserva* é o período em que o tripulante de voo ou de cabine permanece à disposição, por determinação do empregador, no local de trabalho (art. 44 da Lei 13.475/2017).

A hora de reserva deve ser paga na *mesma base da hora de voo*.

A reserva do tripulante empregado no serviço aéreo previsto no inciso I do art. 5º da Lei 13.475/2017 (serviço de transporte aéreo público regular e não regular, exceto na modalidade de táxi aéreo) deve ter duração mínima de três horas e máxima de seis horas.

A reserva do tripulante empregado nos serviços aéreos previstos nos incisos II, III, IV e V do art. 5º da Lei 13.475/2017 deve ter duração mínima de três horas e máxima de 10 horas.

²³ Cf. MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 557.

Prevista a reserva por prazo superior a três horas, o empregador deve assegurar ao tripulante acomodação adequada para descanso.

Entende-se por *acomodação adequada* para fins do art. 44 da Lei 13.475/2017 poltronas em sala específica com controle de temperatura, em local diferente do destinado ao público e à apresentação das tripulações.

Para efeito de remuneração, caso o tripulante seja acionado em reserva para assumir programação de voo, deve ser considerado tempo de reserva o período compreendido entre o início da reserva e o início do voo.

Os limites previstos no art. 44 da Lei 13.475/2017 podem ser reduzidos ou ampliados por convenção ou acordo coletivo de trabalho, observados os parâmetros estabelecidos na regulamentação da autoridade de aviação civil brasileira.

Na disciplina legal da profissão de aeronauta, *viagem* é o trabalho realizado pelo tripulante de voo ou de cabine, contado desde a saída de sua base até o seu regresso (art. 45 da Lei 13.475/2017). Uma viagem pode compreender uma ou mais jornadas.

O tripulante de voo ou de cabine pode cumprir uma combinação de voos, passando por sua base contratual sem ser dispensado do serviço, desde que a programação obedeça à escala previamente publicada.

O empregador pode exigir do tripulante de voo ou de cabine complementação de voo, quando fora da base contratual, para atender à realização de serviços inadiáveis.

O empregador não pode exigir do tripulante de voo ou de cabine complementação de voo ou qualquer outra atividade ao final da viagem, por ocasião do retorno à base contratual, sendo facultada ao tripulante a aceitação, não cabendo qualquer tipo de penalidade em caso de recusa.

11 REPOUSO E FOLGA PERIÓDICA

Prosseguindo na análise da regulamentação legal voltada ao aeronauta, *repouso* é o período ininterrupto, após uma jornada, em que o tripulante fica desobrigado da prestação de qualquer serviço (art. 46 da Lei 13.475/2017).

É assegurada ao tripulante, fora de sua base contratual, acomodação adequada para repouso e transporte entre o aeroporto e o local de repouso, e vice-versa (art. 47).

O previsto no art. 47 da Lei 13.475/2017 não deve ser aplicado ao tripulante empregado nos serviços aéreos previstos nos incisos II, III, IV e V do art. 5º da Lei

13.475/2017 quando o custeio do transporte e da hospedagem for ressarcido pelo empregador. O mencionado ressarcimento deve ocorrer no máximo até 30 dias após o pagamento.

Entende-se por *acomodação adequada* para repouso do tripulante quarto individual com banheiro privativo e condições adequadas de higiene, segurança, ruído, controle de temperatura e luminosidade.

Quando não houver disponibilidade de transporte ao término da jornada, o período de repouso deve ser computado a partir da colocação de transporte à disposição da tripulação.

O tempo mínimo de repouso deve ter duração relacionada ao tempo da jornada anterior, observando-se os seguintes limites:

I - 12 horas de repouso, após jornada de até 12 horas;

II - 16 horas de repouso, após jornada de mais de 12 horas e até 15 horas;

III - 24 horas de repouso, após jornada de mais de 15 horas (art. 48).

Os limites previstos no art. 48 da Lei 13.475/2017 podem ser alterados por convenção ou acordo coletivo de trabalho, observados os parâmetros de segurança de voo estabelecidos na regulamentação da autoridade de aviação civil brasileira.

Quando ocorrer o cruzamento de três ou mais fusos horários em um dos sentidos da viagem, o tripulante deve ter, na base contratual, o repouso acrescido de duas horas por cada fuso cruzado (art. 49).

Em termos gerais, a Constituição Federal de 1988 garante o direito dos trabalhadores ao repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos (art. 7º, inciso XV)²⁴.

Especificamente quanto ao aeronauta, *folga* é o período não inferior a 24 horas consecutivas em que o tripulante, em sua base contratual, sem prejuízo da remuneração²⁵, está desobrigado de qualquer atividade relacionada com seu trabalho (art. 50 da Lei 13.475/2017).

Salvo o previsto nos §§ 2º e 3º do art. 41 da Lei 13.475/2017, a folga deve ter início, no máximo, após o sexto período consecutivo de até 24 horas, contada a partir da apresentação do tripulante, observados os limites da duração da jornada de trabalho e do repouso (art. 50, § 1º).

Os períodos de repouso mínimo regulamentar devem estar contidos nos seis períodos consecutivos de até 24 horas previstos no § 1º do art. 50 (art. 50, § 2º).

²⁴ Cf. JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Manual de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 303.

²⁵ Frise-se que, de acordo com a jurisprudência: “as ‘horas variáveis’ (voadas) não se confundem com aquelas extraordinárias, o que não impede, no entanto, o reflexo nos repousos semanais remunerados dos aeronautas” (TST, 7ª T., Ag-AIRR-985-54.2014.5.02.0015, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT 21.06.2019).

No caso de voos internacionais de longo curso, o limite previsto no § 1º do art. 50 da Lei 13.475/2017 pode ser ampliado em 36 horas, ficando o empregador obrigado a conceder ao tripulante mais dois períodos de folga no mesmo mês em que o voo for realizado, além das folgas previstas nos arts. 50 e 51 da Lei 13.475/2017.

Os limites previstos nos §§ 1º e 2º do art. 50 da Lei 13.475/2017 podem ser alterados por convenção ou acordo coletivo de trabalho, observados os parâmetros determinados na regulamentação da autoridade de aviação civil brasileira.

O tripulante empregado no serviço aéreo previsto no inciso I do art. 5º da Lei 13.475/2017 (serviço de transporte aéreo público regular e não regular, exceto na modalidade de táxi aéreo) deve ter *número mensal de folgas* não inferior a 10, das quais pelo menos duas devem compreender um sábado e um domingo consecutivos, devendo a primeira destas ter início até as 12 horas do sábado, no horário de Brasília (art. 51).

O número mensal de folgas previsto no art. 51 da Lei 13.475/2017 pode ser reduzido até nove, conforme critérios estabelecidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Quando o tripulante concorrer parcialmente à escala de serviço do mês, por motivo de férias ou afastamento, deve-se aplicar a proporcionalidade do número de dias trabalhados ao número de folgas a serem concedidas, com aproximação para o inteiro superior.

O tripulante de voo ou de cabine empregado nos serviços aéreos previstos nos incisos II, III, IV e V do art. 5º da Lei 13.475/2017 deve ter *número de folgas mensal* não inferior a oito, das quais pelo menos duas devem compreender um sábado e um domingo consecutivos (art. 52).

O tripulante empregado nos serviços aéreos previstos no inciso IV do art. 5º da Lei 13.475/2017, quando em atividade de fomento ou proteção à agricultura, pode ter os limites previstos neste artigo modificados por convenção ou acordo coletivo de trabalho, observados os parâmetros estabelecidos na regulamentação da autoridade de aviação civil brasileira.

A folga só deve ter início após a conclusão do repouso da jornada, e seus horários de início e término devem ser definidos em escala previamente publicada (art. 53).

Quando o tripulante for designado para curso fora da base contratual, sua folga pode ser gozada nesse local, devendo a empresa assegurar, no regresso, uma *licença remunerada* de um dia para cada 15 dias fora da base contratual (art. 54). A licença remunerada não deve coincidir com sábado, domingo ou feriado se a permanência do tripulante fora da base for superior a 30 dias.

12 REMUNERAÇÃO

Por ser o contrato de trabalho bilateral e oneroso, o empregado tem o direito de receber do empregador a remuneração devida ou pactuada²⁶.

Nessa linha, em se tratando do aeronauta, sem prejuízo da liberdade contratual, a *remuneração* do tripulante deve corresponder à soma das quantias por ele percebidas da empresa (art. 55 da Lei 13.475/2017).

Não integram a remuneração as importâncias pagas pela empresa a título de ajuda de custo, assim como as diárias de hospedagem, alimentação e transporte.

A remuneração dos tripulantes pode ser fixa ou ser constituída por parcela fixa e parcela variável (art. 56).

A *parcela variável da remuneração* deve ser obrigatoriamente calculada com base nas horas de voo, salvo nos casos:

- do tripulante empregado no serviço de transporte aéreo público não regular na modalidade de táxi aéreo, previsto no inciso II do art. 5º da Lei 13.475/2017, que pode ter a parcela variável de seu salário calculada com base na quilometragem entre a origem e o destino do voo, desde que estabelecido em convenção ou acordo coletivo de trabalho;

- do tripulante empregado nos serviços aéreos previstos no inciso IV do art. 5º da Lei 13.475/2017 em atividade de fomento ou proteção à agricultura, que pode ter a parcela variável de seu salário calculada com base na área produzida ou aplicada ou conforme outros critérios estabelecidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Em conformidade com a jurisprudência, ao se reconhecer o “risco inerente à atividade do empregado aeronauta”, entende-se que a incidência do adicional de periculosidade que for devido deve ocorrer “tanto sobre a parte fixa, como sobre a parte variável de seu salário” (TST, 5ª T., Ag-AIRR-833-21.2013.5.02.0086, Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 20.09.2019).

Entretanto, ainda segundo a jurisprudência, ao analisar o art. 193 da CLT e o Anexo 2, item 1, c, da NR 16, os “tripulantes e demais empregados em serviços auxiliares de transporte aéreo que, no momento do abastecimento da aeronave, permanecem a bordo não têm direito ao adicional de periculosidade” (Súmula 447 do TST).

²⁶ Cf. DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 345-347.

O período de tempo em solo entre etapas de voo em uma mesma jornada deve ser remunerado (art. 57). Os valores e critérios para remuneração desse período devem ser estabelecidos no contrato de trabalho e em convenção ou acordo coletivo de trabalho²⁷.

A empresa deve pagar a remuneração do trabalho não realizado por motivo alheio à vontade do tripulante, se outra atividade equivalente não lhe for atribuída (art. 58).

A remuneração da hora de voo noturno e das horas de voo como tripulante extra deve ser calculada na forma da legislação em vigor, observadas as condições estabelecidas no contrato de trabalho e em convenção ou acordo coletivo de trabalho (art. 59).

Considera-se *voo noturno*, para efeitos do art. 59 da Lei 13.475/2017, o voo executado entre as 21 horas, Tempo Universal Coordenado, de um dia e as nove horas, Tempo Universal Coordenado, do dia seguinte.

A *hora de voo noturno*, para efeito de remuneração, é contada à razão de 52 minutos e 30 segundos.

As frações de hora devem ser computadas para efeito de remuneração (art. 60).

13 ALIMENTAÇÃO E ASSISTÊNCIA MÉDICA

Durante a viagem, o tripulante tem direito a *alimentação*, em terra ou em voo, de acordo com as instruções técnicas do Ministério do Trabalho (atualmente Ministério da Economia) e das autoridades competentes (art. 61 da Lei 13.475/2017).

O tripulante extra a serviço tem direito à alimentação.

Quando *em terra*, o intervalo para a alimentação do tripulante deve ter duração mínima de 45 minutos e máxima de 60 minutos.

Quando *em voo*, a alimentação deve ser servida em intervalos máximos de quatro horas.

Para tripulante de helicópteros, a alimentação deve ser servida em terra ou a bordo de unidades marítimas, com duração de 60 minutos, período este que não é computado na jornada de trabalho (art. 62).

²⁷ A respeito do tema, cabe fazer referência ao seguinte julgado: “A jurisprudência do TST se orienta no sentido de que as horas em solo do aeronauta já se encontram remuneradas pelo salário fixo, nos termos da lei. Não há falar, portanto, em salário complessivo. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido” (TST, 2ª T., RR-799-64.2010.5.02.0017, Rel. Min. Delaíde Miranda Arantes, DEJT 09.08.2019).

Nos voos realizados no período entre as 22 horas de um dia e as seis horas do dia seguinte, deve ser servida uma refeição se a duração do voo for igual ou superior a três horas (art. 63).

É assegurada alimentação ao tripulante que esteja em situação de reserva ou em cumprimento de uma programação de treinamento entre as 12 e as 14 horas e entre as 19 e as 21 horas, em intervalo com duração de 60 minutos (art. 64).

O intervalo para alimentação de que trata o art. 64 da Lei 13.475/2017: não é computado na duração da jornada de trabalho; não deve ser observado na hipótese de programação de treinamento em simulador.

Ao tripulante em serviço fora da base contratual o empregador deve assegurar e custear, em casos de urgência, *assistência médica* e remoção, por via aérea, para retorno à base ou ao local de tratamento (art. 65 da Lei 13.475/2017).

14 UNIFORME E EQUIPAMENTOS

O tripulante deve receber gratuitamente da empresa, quando não forem de uso comum, as *peças de uniforme* e os *equipamentos* exigidos, por ato da autoridade competente, para o exercício de sua atividade profissional (art. 66 da Lei 13.475/2017).

Não devem ser considerados como salário os vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos ao tripulante para a realização dos respectivos serviços. A previsão segue a mesma lógica do estabelecido no art. 458, § 2º, inciso I, da CLT, quanto a utilidades recebidas pelo empregado sem natureza salarial²⁸.

15 FÉRIAS

A Constituição da República, no art. 7º, inciso XVII, assegura aos trabalhadores o direito de gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal²⁹.

Sendo assim, quanto ao tema em estudo, as *férias anuais* do tripulante são de 30 dias consecutivos (art. 67 da Lei 13.475/2017).

Mediante *acordo coletivo*, as férias podem ser fracionadas.

²⁸ Cf. SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho**. 18. ed. v. 1. São Paulo: LTr, 1999, p. 368.

²⁹ Cf. JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Manual de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 313.

A concessão de férias deve ser comunicada ao tripulante, por escrito, com antecedência mínima de 30 dias.

A empresa deve manter quadro atualizado de concessão de férias, devendo existir rodízio entre os tripulantes do mesmo equipamento quando houver concessão nos meses de janeiro, fevereiro, julho e dezembro (art. 68).

Ressalvados os casos de rescisão de contrato, as férias não devem ser convertidas em abono pecuniário (art. 69).

Ressalvadas condições mais favoráveis, a remuneração das férias e o décimo terceiro salário do aeronauta devem ser calculados pela média das parcelas fixas e variáveis da remuneração no período aquisitivo (art. 70).

O pagamento da remuneração das férias deve ser realizado até dois dias antes de seu início (art. 71).

16 CERTIFICADOS E HABILITAÇÕES

No âmbito da relação de trabalho do aeronauta, é de responsabilidade do empregador o *custeio do certificado médico e de habilitação técnica* de seus tripulantes, sendo responsabilidade do tripulante manter em dia seu certificado médico, como estabelecido na legislação em vigor (art. 72 da Lei 13.475/2017).

Cabe ao empregador o controle de validade do certificado médico e da habilitação técnica para que sejam programadas, na escala de serviço do tripulante, as datas e, quando necessárias, as dispensas para realização dos exames necessários para a revalidação.

É dever do empregador o pagamento ou o reembolso dos valores pagos pelo tripulante para a revalidação do certificado médico e de habilitação técnica, tendo como limite os valores definidos pelos órgãos públicos, bem como dos valores referentes a exames de proficiência linguística e a eventuais taxas relativas a documentos necessários ao exercício de suas funções contratuais.

No caso dos tripulantes empregados nos serviços aéreos previstos no inciso IV do art. 5º da Lei 13.475/2017 em atividade de fomento ou proteção à agricultura, o pagamento e o reembolso previstos no art. 72 podem observar valores e critérios estabelecidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho.

17 TRANSFERÊNCIA

O aeronauta é indicado como hipótese de empregado que normalmente tem cláusula implícita de transferência no contrato de trabalho³⁰.

Sendo assim, para efeito de *transferência*, provisória ou permanente³¹, considera-se base do tripulante a localidade onde ele está obrigado a prestar serviço (art. 73 da Lei 13.475/2017).

Entende-se como *transferência provisória*: o deslocamento do tripulante de sua base, por período mínimo de 30 dias e não superior a 120 dias, para prestação de serviços temporários, sem mudança de domicílio, seguido de retorno à base tão logo cesse a incumbência que lhe foi atribuída.

Entende-se como *transferência permanente*: o deslocamento do tripulante de sua base, por período superior a 120 dias, com mudança de domicílio.

Após cada transferência provisória, o tripulante deve permanecer na sua base por, pelo menos, 180 dias.

O interstício entre transferências permanentes deve ser de dois anos.

Na *transferência provisória*, devem ser assegurados aos tripulantes acomodação, alimentação, transporte a serviço, transporte aéreo de ida e volta e, no regresso, licença remunerada de, considerada a duração da transferência, dois dias para o primeiro mês mais um dia para cada mês ou fração subsequente, sendo que, no mínimo, dois dias não devem coincidir com sábado, domingo ou feriado.

Na *transferência permanente*, são assegurados ao tripulante pelo empregador:

- ajuda de custo, para fazer face às despesas de instalação na nova base, não inferior a quatro vezes o valor do salário mensal, calculado o salário variável por sua taxa atual, multiplicada pela média do correspondente trabalho nos últimos 12 meses;

- transporte aéreo para si e seus dependentes;

- translação da respectiva bagagem;

- dispensa de qualquer atividade relacionada com o trabalho pelo período de oito dias, a ser fixado por sua opção, com aviso prévio de oito dias ao empregador, dentro dos 60 dias seguintes à sua chegada à nova base.

A transferência provisória pode ser transformada em transferência permanente.

³⁰ Cf. MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 342.

³¹ Cf. MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 344.

O tripulante deve ser notificado pelo empregador com antecedência mínima de 60 dias na transferência permanente e de 15 dias na provisória (art. 74).

18 DISPOSIÇÕES FINAIS

Aos tripulantes de voo empregados nos serviços aéreos definidos no inciso IV do art. 5º da Lei 13.475/2017, quando em atividade de fomento ou proteção à agricultura, não se aplicam as seguintes disposições da Lei 13.475/2017: a Seção II do Capítulo II (arts. 23 a 25, sobre base contratual); os arts. 27, 28, 43, 44 e 45; o Capítulo IV (arts. 73 e 74, sobre transferências); o regime de transição estabelecido no art. 80 da Lei 13.475/2017 (art. 75).

Além dos casos previstos na Lei 13.475/2017, as responsabilidades dos tripulantes são definidas na Lei 7.565/1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), nas leis e nos regulamentos em vigor e, no que decorrer do contrato de trabalho, em convenções e acordos coletivos (art. 76).

Sem prejuízo do disposto no Capítulo III do Título IX da Lei 7.565/1986 (arts. 299 a 302 do Código Brasileiro de Aeronáutica), os infratores das disposições constantes na Lei 13.475/2017 ficam sujeitos às penalidades previstas no art. 351 da CLT (art. 77), que dispõe sobre multa administrativa, a qual deve ser aplicada em dobro no caso de reincidência, oposição à fiscalização ou desacato à autoridade.

O processo de multas administrativas é regido pelo disposto no Título VII da Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 626 a 642).

A Lei 13.475/2017 teve início de vigência depois de 90 dias de sua publicação oficial (ocorrida no *DOU* de 29.08.2017), exceto os arts. 31, 32, 33, 35, 36 e 37, que entraram em vigor depois de 30 meses da publicação oficial (art. 82).

19 CONCLUSÃO

A evolução social, as modificações econômicas e as constantes alterações nas relações de trabalho tornaram a Lei 7.183/1984, que regulava o exercício da profissão de aeronauta, inadequada para disciplinar a atual dinâmica do trabalho exercido pelo mencionado profissional, que apresenta diversas especificidades.

Desse modo, o aeronauta, como profissão regulamentada de acentuada relevância na sociedade contemporânea, passou a ser regido pela Lei 13.475/2017, que dispõe sobre o exercício da profissão de tripulante de aeronave.

Diversas são as questões disciplinadas pelo mencionado diploma legal, que revogou a anterior Lei 7.183/1984, podendo-se destacar as seguintes matérias: tripulantes de aeronaves; tripulação; Sistema de Gerenciamento de Risco de Fadiga Humana; contrato de trabalho; base contratual; escala de serviço; acomodação para descanso na aeronave; limites de voos e de pousos; jornada de trabalho; sobreaviso; reserva; viagem; repouso; folga periódica; remuneração; alimentação; assistência médica; uniforme e equipamentos; férias; certificados e habilitações; transferência.

Em verdade, a atual norma legal que passou a regular o exercício das profissões de piloto de aeronave, comissário de voo e mecânico de voo tramitou durante vários anos no Congresso Nacional, tendo sido objeto de debates e aperfeiçoamentos ao longo do processo legislativo.

Trata-se de diploma legal que, embora reconheça e incentive os instrumentos normativos decorrentes da negociação coletiva, não deixa de estabelecer a necessária proteção aos direitos dos trabalhadores envolvidos.

Nesse enfoque, a Lei 13.475/2017 dispõe que a implantação e a atualização do mencionado Sistema de Gerenciamento de Risco de Fadiga Humana devem ser acompanhadas pelo sindicato da categoria profissional.

Por fim, cabe reiterar que a função dos tripulantes a bordo de aeronave deve ser obrigatoriamente formalizada por meio de contrato de trabalho firmado *diretamente* com o operador da aeronave. Não se admite, assim, a terceirização das atividades exercidas pelos tripulantes a bordo de aeronave.

20 REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Contratos e regulamentações especiais de trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

BEDIN, Bruna Balestieri. **O direito do aeronauta sob o enfoque trabalhista**. Rio de Janeiro: Barra Livros, 2015.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 de outubro de 1988.

- CARLOS, Vera Lúcia. **Discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Método, 2004.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- _____. **Terceirização: trabalho temporário, cooperativas de trabalho**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Manual de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- _____. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. Tradução e revisão técnica de Wagner D. Giglio. Tradução das atualizações de Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 2004.
- PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 1º de maio de 1943.
- _____. **Lei nº 7.565**, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Brasília, 19 de dezembro de 1986.
- _____. **Lei nº 13.475**, de 28 de agosto de 2017. Dispõe sobre o exercício da profissão de tripulante de aeronave, denominado aeronauta; e revoga a Lei nº 7.183, de 5 de abril de 1984. Brasília, 28 de agosto de 2017.
- PRESIDÊNCIA DE CONSELHO DE MINISTROS. **Decreto nº 1.232**, de 22 de junho de 1962. Regulamenta a profissão de Aeroaviário. Brasília, de 22 de junho de 1962.
- SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: LTr, 2007.
- SILVA, Odair Vieira da; SANTOS, Rosiane Cristina dos. Histórico dos órgãos de regulamentação da aviação civil brasileira: DAC, ANAC, CONAC E INFRAERO. **Revista Científica Eletrônica de Turismo**, Garça/SP, ano VI, n. 10, jan. 2009. Disponível em:

<http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/Gk9riDfrOPgHrxM_2013-5-22-17-28-58.pdf>. Acesso em: 17 set. 2019.

SINDICATO NACIONAL DOS AERONAUTAS. **Nova Lei do aeronauta**. Disponível em: <https://www.aeronautas.org.br/images/nova_lei_do_aeronauta_novidades_1.pdf>. Acesso em: 03 out. 2019.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho**. 18. ed. v. 1. São Paulo: LTr, 1999.