

VOLUME 5 - NÚMERO 3
SETEMBRO/DEZEMBRO 2019



REVISTA
DIREITO DAS
RELAÇÕES SOCIAIS
E TRABALHISTAS

Vol. 5/ N. 3

**REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E
TRABALHISTAS**

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

ISSN 2446-8908

Volume V

Número 3

Setembro/Dezembro 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. José Luis Monereo Pérez (Universidade de Granada, Espanha)
- Prof.^a Dra. Esperanza Macarena Sierra Benítez (Universidade de Sevilha, Espanha)
- Prof. Dr. Fernando Luis Fita Ortega (Universidade de Valência, 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.^o 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 (UFPE)
- 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. Livia 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: Prof. Dr. Mauricio Godinho Delgado (Prof. Titular UDF)

Editora Executiva: Dra. Maria Cecilia de Almeida Monteiro Lemos (Profa. Titular UDF)

Coeditor Acadêmico: Prof. Dr. Ricardo Macêdo de Britto Pereira (Prof. Titular UDF)

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

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

Coeditora Acadêmica: Profa. Dra. Rúbia Zanutelli de Alvarenga (Profa. Titular UDF)

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

Mestranda pesquisadora: Carolina Silva Silvino Assunção (UDF)

Mestranda pesquisadora: Cristine Helena Cunha (UDF)

Mestranda pesquisadora: Eunice Maria Franco Zanatta(UDF)

Mestranda pesquisadora: Luiza 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 3 (Set./Dez. 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.....	9
CONVENIO INTERNACIONAL DE TRABAJO N. 190 Y RECOMENDACIÓN N. 206 SOBRE VIOLENCIA Y ACOSO: VIGENCIA Y EXIGIBILIDAD.....	13
International Labor Convention no. 190 and Recommendation no. 206 on violence and harassment: validity and enforceability	
<i>Prof. Dra. Maria Rosina Rossi Albert</i>	
DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	40
The declaration of legal personality	
<i>Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr; Professor Doutor Francisco Cardozo Oliveira; Ulisses Lyrio Chaves</i>	
THE PRECARIETY OF TEMPORALITY:HOW LAW INHIBITS IMMIGRANT WORKER CLAIMS.....	59
A precariedade do trabalho temporário de imigrantes: como a lei inibe reclamações destes trabalhadores	
<i>Prof. Dr. Kati L.Griffith e Prof. Dr. Shannon M. Gleeson</i>	
EL DESPIDO DISCIPLINARIO POR DISMINUCIÓN CONTINUADA Y VOLUNTÁRIA DEL RENDIMIENTO: UN ANÁLISIS DOCTRINAL.....	93
Disciplinary dispense due to continuous and voluntary performance decrease: a doctrinal analysis	
<i>Prof. Dr. Juan Gorelli Hernández</i>	
A REFORMA SINDICAL BRASILEIRA: REDENÇÃO OU CAOS?	112
Reform trade of unions system in Brazil: salvation or chaos?	
<i>Prof. Dr. Guilherme Guimarães Feliciano e Prof. Dr. Paulo Roberto Lemgruber Ebert</i>	

CUESTIONES RELATIVAS AL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO Y MATERIAL DEL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL.....148

Matters concerning the subjective and material scope of application of the Multilateral Ibero-American Social Security Agreement

Profa. Dra. Esperanza Macarena Sierra Benítez

A AMERICA LATINA EM DESTAQUE NO DEBATE MUNDIAL: O CASO DAS REFORMAS DA PREVIDÊNCIA DESDE 1981..... 169

Latin America highlighted in the world debate: the case of pension reforms since 1981

Prof. Dr. Milko Matijascic e Prof. Dr. Stephen J. Kay

AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SUA INSERÇÃO JURÍDICA NO BRASIL: DA ESTRUTURAÇÃO E AVANÇO DA ONDA INCLUSIVA DEFLAGRADA PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988 AOS DESAFIOS REGRESSIVOS DESPONTADOS COM A REFORMA TRABALHISTA DE 2017.....192

People with disabilities and their legal insertion in Brazil: from the structuring and advancement of the inclusive wave deflagrated by the 1988 Constitution to the regressive challenges disappointed with the 2017 Labor Reform

Profa. Dra. Lutiana Nacur Lorentz

EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA..... 228

The constitutional right to collective bargaining

Prof. Dr. Valdez Dal-Ré

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 terceira edição do corrente ano (Vol. V, Nº 3), que abrange o quadrimestre setembro-dezembro de 2019.

Publicada desde o primeiro semestre letivo de 2015 (Vol. I, Nº 1), com periodicidade semestral em seus três primeiros anos (dois números por volume anual, totalizando 18 artigos por ano), a Revista tornou-se quadrimestral desde o Vol. IV, Nº 1, referente a janeiro-abril de 2018, com o mesmo montante de artigos por número (ou seja, nove artigos por número, como praticado desde o Vol. I, N. 1).

Assim, 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 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).

A presente edição reafirma o sucesso da migração da Revista promovida na edição anterior, Vol. V, Nº 2, para a Plataforma *Open Journal Systems* (OJS), consolidando a presença da Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas entre os 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.

Em mais um passo rumo ao aprimoramento, a Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas anuncia sua aceitação em três renomados serviços de indexação científica, adequando-se ao padrão de excelência exigido pelo Qualis Periódicos da CAPES.

Entre os indexadores anunciados, destaca-se o *Scientific Indexing Services* (SIS), serviço internacional de indexação fundado por um grupo de 70 cientistas de vários países, em diferentes disciplinas, cujo objetivo específico é fornecer informações de qualidade ao pesquisador, por meio de um banco de dados acadêmicos.

A Revista foi aceita, ainda, no Portal de Revistas Jurídicas *Enlaw*, cujo conteúdo é desenvolvido por especialistas renomados em suas áreas de atuação. Por fim, a Revista encontra-se indexada na V-Lex, plataforma de informação jurídica utilizada amplamente por universidades, governos, empresas e profissionais da área jurídica, com alcance mundial.

Por tudo isso, no encerramento do ano de 2019, a Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas firma-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".

Ressalta-se que a Revista adota o sistema *double blind review* (revisão/avaliação dupla e cega), desde o seu Vol. III, Nº 2, referente ao período Julho-Dezembro 2017. 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.

O presente Vol.V, Nº 3, 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.

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, 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 três importantes países (Espanha, Estados Unidos e Uruguai). Quatro artigos, por sua vez, são da lavra de Professores Doutores brasileiros (UNICURITIBA, FUMEC e Universidade de São Paulo - USP), alguns em parceria com Mestrandos dos respectivos Programas de Pós-Graduação, todos de Instituições de Ensino Superior, 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. V, Nº 3, 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, 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: 1) *Convenio Internacional de Trabajo n. 190 y Recomendación n. 206 sobre violencia y acoso: vigencia y exigibilidad*, da Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Maria Rosina Rossi Albert, de la Facultad de Derecho de la UDELAR, Uruguay (Professora Convidada); 2) *Da Desconsideração da Personalidade Jurídica*, do Professor Doutor Fernando Gustavo Knoerr, Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA, do Professor

Doutor Francisco Cardozo Oliveira, Professor do Programa de Mestrado e Doutorado do UNICURITIBA e do Mestrando Ulisses Lyrio Chaves, Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA; 3) *The Precarity of Temporality: how law inhibits immigrant worker claims*, do Professor Doutor Kati L. Griffith, da Cornell's ILR School, USA e Shannon M. Gleeson, da Cornell's ILR School, USA; 4) *El despido disciplinario por disminución continuada y voluntaria del rendimiento: un análisis doctrinal*, do Professor Doutor Juan Gorelli Hernández, Catedrático de Direito de Trabalho e da Seguridade Social, da Universidade de Huelva. Espanha; 5) *A reforma sindical brasileira: redenção ou caos?*, do Professor Doutor Guilherme Guimarães Feliciano, Professor Associado da Universidade de São Paulo, e do Professor Doutor Paulo Roberto Lemgruber Ebert, Professor da Universidade de São Paulo; 6) *Cuestiones relativas al ámbito de aplicación subjetivo y material del convenio multilateral iberoamericano de seguridad social*, da Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Esperanza Macarena Sierra Benítez, da Universidad de Sevilla, Espanha; 7) *A America Latina em destaque no debate mundial: o caso das reformas da previdência desde 1981*, do Professor Doutor Milko Matijascic, do IPEA e do Professor Doutor Stephen J. Kay, PhD em Ciência Política pela UCLA - Universidade da Califórnia em Los Angeles nos EUA; 8) *As pessoas com deficiência e sua inserção jurídica no Brasil: da estruturação e avanço da onda inclusiva deflagrada pela Constituição de 1988 aos desafios regressivos despontados com a reforma trabalhista de 2017*, da Professora Doutora Lutiana Nacur Lorentz, da Faculdade FUMEC; 9) *El Derecho Constitucional a la negociación colectiva*, do Professor Doutor Valdez Dal-Ré, Catedrático de Derecho del Trabajo da UCM, Espanha.

Diante do aqui explanado, constata-se que os artigos que integram este N° 3 do Vol. V da Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas, abrangendo o terceiro e último 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 excelente leitura.

Brasília, dezembro de 2019

Equipe Editorial

CONVENIO INTERNACIONAL DE TRABAJO N. 190 Y RECOMENDACIÓN N. 206 SOBRE VIOLENCIA Y ACOSO: VIGENCIA Y EXIGIBILIDAD

INTERNATIONAL LABOR CONVENTION No. 190 AND RECOMMENDATION No. 206 ON VIOLENCE AND HARASSMENT: VALIDITY AND ENFORCEABILITY

Rosina Rossi Albert¹

RESUMEN: Este artículo aborda el Convenio Internacional de Trabajo n. 190 y la Recomendación n. 206: la tutela contra la violencia y el acoso corresponde distinguir entre los conceptos de vigencia y exigibilidad del mandato del instrumento internacional. La interpretación articulada entre CIT n. 190 y la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, desde la óptica del principio *pro hominie*, permiten inferir para todos los países miembros de la OIT, las obligaciones de tutela contra la violencia y el acoso son exigibles aunque no hubieran ratificado ni los convenios internacionales sobre discriminación. La eficacia horizontal determinará que el derecho a la tutela contra la violencia y acoso laboral constituya un derecho exigible del trabajador contra el empleador sea ya a través de la aplicación de las reglas de derecho existentes en cada país o en caso de laguna en el derecho nacional, a través de la aplicación directa o bien de los convenios particulares sobre discriminación ratificados y aplicables o de la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo.

PALABRAS CLAVE: Convenio Internacional de Trabajo n. 190; Recomendación n. 206; Acoso; Vigencia; Exigibilidad.

SUMARIO: 1. Presentación. 2. Comprensión – interpretación del CIT n. 190 y la Recomendación n.206. 3. Las premisas. 3.1. Qué se entiende por Derecho del Trabajo. 3.2. El valor justicia social en el mundo del trabajo. 3.3. Los métodos interpretativos. 4. Los principios interpretativos del Derecho de los Derechos Humanos y del Derecho de los Derechos Humanos Laborales. 4.1. Los principios interpretativos del Derecho de los Derechos Humanos 4.2. Los principios interpretativos del Derecho de los Derechos Humanos Laborales. 5. Vigencia del CIT n. 190 y exigibilidad. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

ABSTRACT: This article addresses the International Labor Convention n. 190 and Recommendation n. 206: the protection against violence and harassment corresponds to distinguish between validity and enforceability's concepts. The articulated interpretation between ILC n. 190 and the Declaration of Fundamental Principles and Rights at Work, from the perspective of the *pro hominie* principle, allow inferring for all ILO member countries, the obligations of protection against violence and harassment are enforceable even if they had not ratified nor the international conventions on discrimination. Horizontal effectiveness will determine that the right to guardianship against workplace

¹Artigo enviado em: 16/04/2020

Autora Convidada pelo Conselho Editorial

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la UDELAR. Ministra del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno. Directora del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay del Poder Judicial.

violence and harassment constitutes an enforceable right of the worker against the employer, either through the application of the rules of law existing in each country or in the event of a gap in national law, through the direct application of either the ratified and applicable specific conventions on discrimination or the Declaration of Fundamental Principles and Rights at Work.

KEYWORDS: International Labor Convention n. 190; Recommendation n. 206; Harassment; Validity; Enforceability.

SUMMARY: 1. Presentation. 2. Comprehension - interpretation of ILC n. 190 and Recommendation n.206. 3. The premises. 3.1. What is understood by Labor Law. 3.2. The value of social justice in the labor world. 3.3. Interpretive methods. 4. The Human Rights Law and Labor Human Rights Law's interpretative principles. 4.1. The Human Rights Law's interpretative principles. 4.2. The Labor Human Rights Law's interpretative principles. 5. Validity of the ILC n. 190 and enforceability. 6. Conclusions. 7. Bibliography.

1 PRESENTACIÓN

El Convenio Internacional de Trabajo² n. 190 y la Recomendación n. 206, sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, fueron aprobados por la Conferencia Internacional del Trabajo N° 108, realizada en Ginebra- Suiza entre el 10 y el 21 de junio de 2019. Ambos instrumentos, que son el resultado de un proceso de años de intenso análisis, persiguen lograr la adopción por parte de los Estados de un marco de real eficacia para la reconstrucción de un futuro del trabajo sobre la base de la dignidad y el respeto, exento de violencia y acoso.³

Ambos instrumentos declaran y garantizan el derecho el derecho a la vida laboral libre de violencia y acoso incluidos la violencia y el acoso por razón de género, en el entendido que constituyen una amenaza para la dignidad, libertad, igualdad de oportunidades y trabajo decente y que son susceptibles de afectar la salud psicológica, física, sexual de las personas y su entorno familiar.

Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la violencia y el acoso constituyen una de las mayores amenazas para el trabajo decente. "... La violencia y el acoso en el mundo del

2 En adelante: CIT.

3 Olney, S, Directora del Servicio de género, igualdad y diversidad de la OIT. **Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019:** Cinco preguntas clave. Opinión, 28 de junio de 2019. https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/ilo-director-general/statements-and-speeches/WCMS_730739/lang--es/index.htm?fbclid=IwAR2lPtXuyYKqzPbOg02Ahq53jTnDmvrqvl2RNLpHBfLKQzLKPf0J5AnBFI.

trabajo no distinguen entre puestos y ocupaciones. Ningún país, sector u ocupación es inmune”.⁴ El problema de la violencia en el trabajo no es un fenómeno nuevo, sino que ha existido desde siempre.” La novedad es que ha alcanzado niveles de pandemia y constituye uno de los riesgos laborales con mayor prevalencia en varios sectores laborales. Estos riesgos integran la categoría de psicosociales, y son entendidos como emergentes, puesto que, si bien la violencia y el acoso son fenómenos conocidos de larga data, es recientemente que se los pasa a considerar un riesgo. Esto responde a nuevas percepciones sociales y a las investigaciones epidemiológicas que han aportado fuertes evidencias confirmando su impacto significativo sobre la salud de los trabajadores expuestos.

Aspectos tales como: las nuevas formas de empleo, la inseguridad en el puesto de trabajo, el exceso de exigencias emocionales, las escasas compensaciones, el desequilibrio entre la vida laboral y personal, la falta de autonomía, la sobrecarga cuantitativa y/o cualitativa del trabajo, el uso masivo de nuevas tecnologías, una gestión deficiente, una mala organización del trabajo, entre otros constituyen factores observables en las relaciones laborales de hoy en día que tienen mucha responsabilidad en el incremento de la violencia en el mundo del trabajo”.⁵

Los derechos llamados “inespecíficos” amplían la esfera de los derechos laborales, donde se encuentran nuevos derechos como la protección y salvaguardas ante el acoso psicológico, el acoso sexual y las distintas formas de discriminación.⁶

Las situaciones de acoso (sexual y laboral) consisten en un tipo de violencia en el trabajo, presentándose como una afectación a la salud, física, psicológica y en definitiva, son formas graves de discriminación. En tal sentido gran parte de la doctrina, entiende que dichas conductas configuran un ilícito pluriofensivo, dado que, en ellas se atenta contra un elenco de derechos fundamentales, específicos e inespecíficos, lesionando a su vez tanto el interés individual como el colectivo.

⁴https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/ilo-director-general/statements-and-speeches/WCMS_730739/lang-es/index.htm?fbclid=IwAR21PtXuyYKqzPbOg02Ahq53jTnDmvr gv12RNLpHBfLkQzLKPf0J5AnBFI

⁵ Giuzio, Graciela. *Violencia y el Acoso Laborar en el Mundo del Trabajo. ¿Cómo se posiciona Uruguay ante las nuevas normas internacionales de OIT?*”, en XXX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, octubre 2019, FCU, pág. 193.

⁶ Colmenares, Ana María. “*Los derechos laborales inespecíficos*”. Enfoque en el Derecho Venezolano. Revista Latinoamericana de Derecho Social, 2011.

Debe verse especialmente que la violencia y acoso incluidos la violencia y el acoso por razón de género, constituyen una forma de discriminación⁷, y por la fuerza ético-política-normativa de la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo de OIT del año 1998, el principio-derecho de no discriminación forma parte del compromiso que todos los Miembros deben asumir por su mera pertenencia a la Organización independientemente de que hubieran ratificado los respectivos convenios.⁸

Este aspecto que se destaca constituye el fundamento para defender la idea de que la tutela contra la violencia y el acoso laboral derraman efectos y lo se erigen en obligaciones tanto para los Estados como para los operadores aún, cuando no hubieran ratificado el CIT n. 190. Esta es la idea sobre la que se intentará argumentar que en el caso de la tutela contra la violencia y el acoso corresponde distinguir entre los conceptos de vigencia y exigibilidad del mandato del instrumento internacional.

El punto cobra especial trascendencia si se tiene en cuenta que en el presente a partir del avance del Derecho de los Derechos Humanos y de la incorporación de los derechos humanos a los textos constitucionales, el problema que persiste no se centra en el en el linaje de principios normativos de estos derechos, sino en su eficacia plena y funcional atendiendo al momento histórico, a la cultura y necesidades específicas de cada comunidad. Este es hoy por hoy el gran desafío.⁹ Esta es la razón por la cual, las medidas de garantía se encuentran en estado dinámico y siempre en construcción. Es éste entonces, el desafío del Derecho que desde la perspectiva de la realización de los derechos humanos todos, no solo los laborales, puede concebirse como una

7 La violencia y la intolerancia en general constituyen una forma de discriminación en el diseño de tutela contra ella previsto en la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, cuya ratificación fue depositada por Uruguay ante la OEA el 11.5.2018 siendo el primer país en hacerlo. <https://www.gub.uy/secretaria-derechos-humanos/comunicacion/noticias/uruguay-primer-pais-en-ratificar-la-convencion-interamericana-contra-toda>

El acoso como forma de discriminación es tratado en la observación general sobre el CIT n. 111 del año 2013 de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de OIT. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---

En aplicación de la violencia y el acoso como forma de discriminación, Sentencia n. 73/2016 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. <http://www.tca.gub.uy/fallos.php>

8 Declaración de OIT de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento de 1998. Los CIT nros 100 y 111 y sus respectivas Recomendaciones son los que tratan de forma general el derecho a la no discriminación en materia de empleo y ocupación, sin perjuicio de otros que lo prevén para determinados sectores de trabajadores.

9 Barretto Ghione, Hugo. “El concepto de eficacia en el Derecho laboral” en rev. Derecho Laboral n. 274 pag. 241. Babace, Héctor. “El juicio de ponderación en la relación de trabajo. Derechos de la persona y libertad de empresa. ¿Es posible el equilibrio flexible entre principios constitucionales en el contrato de trabajo?” En rev. Derecho Laboral n. 256 pag. 600

garantía¹⁰, o mejor dicho como una meta-garantía en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficaces, u obsoletas.

La garantía de un derecho se conforma por las técnicas previstas en el ordenamiento jurídico para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y por tanto para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. Esta garantía constitucional pone en jaque al legislador que estará en situación jurídica de obligación de proveerla porque sin la garantía los derechos no son tales, sino una mera expectativa no jurídica.¹¹

El Derecho Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, manifiestan su preocupación por la eficacia de las declaraciones y su efectivo cumplimiento. Reflejo de ello resulta de art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 21 de marzo de 1986 donde aparece positivado el principio del *pacta sunt servanda* al indicarse que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplidos por ellas de buena fe”.

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos Laborales, y concretamente en el área de la OIT, la eficacia como parte esencial de los derechos laborales, surge del sistema de control regular, constante e intenso previsto en la Constitución¹², a saber: la obligación de sumisión para que el Estado Miembro le dé al instrumento forma de ley o adopte otras medidas prevista en el art. 19 numeral 5 literal b); la obligación de información sobre las medidas adoptadas para someter el instrumento prevista en el art. art. 19 numeral 5 literal c); la comunicación de la aprobación por la autoridad competente que determinará el inicio del proceso constante de control mediante la consideración de las memorias anuales que los Miembros deben presentar luego de la ratificación del convenio prevista en los arts. art. 19 numeral 5 literal d y 22; en el caso de que el convenio no fuera ratificado, la obligación de información sobre el estado de la legislación y las prácticas respecto de los puntos tratados en el instrumento precisando qué medidas se ha puesto o se proponer poner en ejecución por vía legislativa, administrativa, por

10 Gianformaggio, Letizia. en *Filosofía del Derecho e ragionamiento giuridico*. Torino, 2018. Ed. G.Giapichelli Editore.

11 Ferrajoli, Luigi. *El derecho como sistema de garantías*. En Rev. Uruguay de Derecho Procesal 1/1999 pag. 46 210. También, op. Cit. *Derechos y garantías...* pag. 25

12 Raciatti, Octavio. “*Los convenios internacionales del trabajo y las leyes posteriores a su ratificación*”. En rev. Derecho Laboral n. 173-174 pag 189 y sgtes. y en especial pag. 193

medio de contratos colectivos o de otro modo, e indicando las dificultades que impiden o retrasan la ratificación, según prevé el art. art. 19 numeral 5 literal e).¹³

A este sistema de control regular y de oficio, se suman las acciones de tutela que determinados sujetos legitimados podrían emprender: las reclamaciones de una organización profesional contra un Miembro (art. 24), las quejas de un Miembro respecto de otro (art. 26), la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia (arts. 31-34)¹⁴

A su vez a todo este sistema general, se agregan los mecanismos de control específicos que se prevean en cada instrumento, como es el caso del capítulo V del CIT n. 190.

Este tejido de mecanismos de control de ejecución de los instrumentos internacionales producidos por la OIT, da cuenta, de la preocupación por eficacia de realización de los derechos fundamentales en el trabajo.

La mirada en perspectiva desde el presente al pasado inmediato y mediato también da cuenta de la conquista de derechos humanos de las personas que en el caso de tratarse de personas que trabajan se suman a los derechos humanos laborales. Entre ellos y respectivamente, la dignidad y la dignidad laboral. El derecho inespecífico a la dignidad – propio de todas las personas¹⁵ – adquiere una dimensión especial en el caso de que la persona reúna además, la particularidad de ser una persona que trabaja. De allí que el derecho inespecífico a la dignidad, se ve particularizado en la dignidad laboral.¹⁶

Ahora bien. El derecho a la dignidad laboral, en el área del Derecho Internacional de los Derechos Humanos Laborales se sintetiza en la idea de “trabajo decente”. La Declaración de Filadelfia del año 1944 incorporada a la Constitución de la OIT, afirmaba que todos los seres humanos sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su

13 Derecho Internacional del Trabajo y derecho interno. CIF. Centro Internacional de Formación OIT. Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho. Dirección de Xavier Baudonnet, pag.69.

14Lozano Lares, Francisco. “Eficacia jurídica del concepto de trabajo decente.” Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo. ADAPT, Volumen 4, núm. 4, octubre-diciembre de 2016 @ 2016 ADAPT University Press - ISSN 2282-2313., pag. 31. Ghai Dharam. Trabajo Decente. *Concepto e indicadores*. Revista Internacional del Trabajo vol 122 (2003) num 2 <https://www.ilo.org/public/spanish/revue/sommaire/122-2.htm>

15 Ermida Uriarte, Oscar. Editorial. “Trabajo, ciudadanía y derechos humanos”; <https://www.upf.edu/web/iuslabor/2/2006> ; *Meditación sobre el Derecho del Trabajo*. Cuadernillos de la Fundación Electra. Montevideo, 2011. Pag. 9.

16 Sotelo Ana. “La dignidad en la protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales” en rev. Judicatura n. 45., pag 31. Panizza, Carolina. *Los derechos laborales inespecíficos*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2017 pag. 31

desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, seguridad económica e igualdad de oportunidades. La dignidad de la persona fue el sostén del principio normativo de la no discriminación previsto en el literal d) de la Declaración de Derechos y Principios fundamentales en el trabajo del año 1998 que por otra parte se impuso a título de obligación de ser respetada por los Estados aún sin que hubieran aprobado los respectivos instrumentos internacionales y por la sola condición de pertenecer a la OIT. Pero además de la normas internacionales de trabajo, otros instrumentos recogen el derecho a la dignidad como la Declaración de derechos Humanos, el Pacto Internacional de derechos económicos civiles y políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la convención Internacional sobre la protección de los Derechos de las personas con discapacidad.

La violencia y el acoso en el mundo del trabajo constituyen una forma de discriminación lesiva o al menos la amenaza del desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, incompatibles con el trabajo decente, con la salud psicológica, física y sexual de la persona que trabaja y de su entorno familiar y social.¹⁷

La violencia y el acoso son inaceptables e incompatibles con el trabajo decente de todas las personas que trabajan independientemente de la forma contractual de la vinculación¹⁸

Pues bien. Las calificaciones que anteceden – reconocimiento del derecho y sus garantías de eficacia, la fuente de ambos – permiten realizar las siguientes inferencias:

La primera. El derecho a la no discriminación – que incluye el derecho a la una vida libre de violencia y acoso en el mundo del trabajo - como el derecho a un sistema de garantías que selle la eficacia del derecho, no nace del contrato de trabajo sino del Derecho de los Derechos Humanos Laborales.¹⁹

17 Preámbulo del CIT n. 190.

18 Es tal la amplitud de la vocación de tutela hacia todas las personas que trabajan que esta declaración en cuanto a la intrascendencia de la modalidad contractual que podría entenderse abarcadora de las personas que trabajan bajo la forma del arrendamiento de servicios. Ello con fundamento además, de que es la persona el eje de la protección.

19 Barretto Ghione, Hugo. “*Obligaciones en el contrato de trabajo: algunos problemas en la determinación y equivalencia de las prestaciones.*” En rev. Derecho Laboral n. 250 pag. 309. *Las normas internacionales como factor de renovación del derecho del trabajo sustantivo y procesal*” en Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de la República, Montevideo 2011. Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Carballo Mena, César Augusto. *Derechos fundamentales del trabajador y libertad de empresa.* Caracas, 2014 Universidad Católica Andres Bello pag. 37.

La segunda. Ni el derecho ni sus garantías ubican al Estado y al empleador en situación jurídica de poder, sino de obligación. La situación jurídica correlativa al derecho es la obligación.²⁰ La diferencia es importante: la situación jurídica de obligación admite únicamente una alternativa de reacción: se cumple, o no se cumple y por ende genera responsabilidad.

La situación jurídica correlativa al poder, no es de derecho sino de interés legítimo. Entonces, la situación jurídica de poder admite un margen de discrecionalidad que aunque esté sujeto a límites, permite un crisol de reacciones entre las que serían admisibles incluso, las que se ubicaran o bien en el grado menor de intensidad de satisfacción de la expectativa o bien, de total insatisfacción. Ninguna de ellas provocaría responsabilidad del titular del poder si obedeciera a una motivación razonable.

La tercera y corolario de la anterior. A pesar del estado actual de vigencia del CIT n. 190, tanto el Estado uruguayo como el empleador se encuentran en situación jurídica de débito respecto de la tutela efectiva del derecho a la vida libre de violencia y acoso en el mundo del trabajo en tanto, ha asumido ésta obligación a partir de la ratificación de los convenios internacionales de trabajo nros. 100 y 111.

La cuarta. Respecto del derecho y las garantías y el ordenamiento jurídico que las reglamenta y aún la falta de reglamentación, deben aplicarse – interpretarse e integrarse, apreciar el cumplimiento o el incumplimiento – mediante los principios de los derechos humanos. El CIT n. 190, como tratado de derechos humanos laborales impone obligaciones al Estado y también directamente al empleador. El cumplimiento de ellas, entonces, no deberá ser apreciado desde las reglas de cumplimiento de los contratos sino, de los principios del Derecho de los Derechos Humanos Laborales.

La garantía especial de tutela contra la violencia en el trabajo, ha sido incluida como medida puntual en varios instrumentos anteriores al CIT n. 190 y referidos a otros temas. En tal sentido: el CIT n. 169 sobre trabajo de pueblos indígenas impone a los estados, en el conjunto de las medidas a adoptar, la implementación de mecanismos de goce de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo y de protección contra el hostigamiento sexual.²¹; el

20 Cassinelli Muñoz, Horacio. “*Límites de los Derechos Humanos en la Constitución nacional*” en *Cursillo sobre Derechos Humanos y sus Garantías* en Cuadernos, Segunda serie. N. 13 Montevideo, 1990 pag. 186, 190 y 191

21 El art. 20 impone a los gobiernos adoptar medidas legislativas en cooperación con los pueblos indígenas especiales para proteger eficazmente un plexo de derechos vinculados al trabajo, e incluye la transcrita en el numeral 3 literal d).

CIT n. 189 sobre el trabajo decente de trabajadoras y trabajadores domésticos obliga a los estados a adoptar medidas de protección contra la discriminación en materia de empleo y ocupación y especialmente para asegurar que gocen de una protección efectiva contra toda forma de abuso, acoso y violencia.²²; la Recomendación n. 200 sobre VIH ; la Recomendación n. 2014; y el Repertorio de recomendaciones prácticas sobre violencia en el trabajo en el sector servicios y medidas para combatir este fenómeno (2004) y Repertorio sobre recomendaciones prácticas de seguridad y salud en la agricultura (2011)²³.

Setenta y cinco años después de la Declaración de Filadelfia, la OIT concreta esfuerzos encaminados a lograr un verdadero blindaje de garantía mínima contra la violencia y el acoso como factores amenazadores e injuriantes del derecho a la no discriminación.

Como el desafío mayor se juega en el terreno de la garantía de protección contra la violencia y el acoso, se abordarán los siguientes pasos de análisis: Comprensión – interpretación del CIT n. 190 (2, 3 y 4); Vigencia y exigibilidad (5); Conclusiones (6).

2 COMPRENSIÓN – INTERPRETACIÓN DEL CIT N. 190 Y LA RECOMENDACIÓN N.206

Abordar el análisis del CIT y de la Recomendación n. 206 de OIT, del mismo modo que cualquier otra disposición normativa debe pasar por la individualización de los estándares interpretativos, de modo tal de poder justificar argumentativamente el producto de tal labor.

En efecto. Interpretar supone el proceso de razonamiento seguido por el operador para atribuir sentido a una disposición normativa, proceso que debe distinguirse del producto. El producto interpretativo es el resultado de tal operación mental. A su vez los estándares interpretativos operan tanto como iluminadores del proceso mental como las razones jurídico-argumentativas para culminar atribuyendo un determinado sentido al enunciado normativo. Los

22 Art. 5 del CIT n. 189.

23 Todos citados por Giuzio, Graciela. “*Violencia y el acoso en el mundo del trabajo. ¿Cómo se posiciona Uruguay ante las nuevas normas internacionales de OIT?*” en XXX Jornadas Uruguayas de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. En homenaje al centenario de la OIT. Montevideo 2019, FCU ,pag. 194. La autora destaca que el conjunto de disposiciones internacionales que cita, son elocuentes de que ninguna de ellas trataba en forma global la cuestión específica de la violencia en el trabajo, ni establecía una definición del concepto y un ámbito para la acción. Pag. 196.

estándares interpretativos surgen de los principios específicos que sostienen el área del derecho de que se trate, y muchas veces, de los mismos enunciados normativos. Justamente y como se verá, esta es la situación del CIT n. 190.

De allí la trascendencia de individualizar los estándares interpretativos.

Sin embargo, emprender la tarea de atribuir sentido a un enunciado normativo del Derecho Internacional del Trabajo que reconoce y garantiza derechos humanos laborales determina individualizar un conjunto de premisas que operan como punto de partida de la fundamentación: qué se entiende por Derecho del Trabajo; el valor justicia social; los métodos interpretativos.

3 LAS PREMISAS

3.1 QUÉ SE ENTIENDE POR DERECHO DEL TRABAJO

En un enfoque dinámico, el Derecho del Trabajo nacional y el Derecho Internacional del Trabajo no constituyen entidades normativas acabadas sino un proceso constante de construcción de reglas, principios y prácticas que persiguen la realización de la paz social mediante la creación de herramientas para la solución de conflictos. Este concepto, aplicable quizás a cualquier rama del derecho resulta exacerbado en el ámbito del Derecho del Trabajo en atención a lo que en el Río de la Plata se ha denominado los “particularismos”. Héctor Hugo Barbagelata, Profesor y fundador de la escuela laboralista uruguaya, ha expresado que la particularidad esencial del Derecho del Trabajo tiene que ver con el objeto de su protección y supone una nueva actitud ante las realidades del mundo del trabajo, que queda sintetizado en la expresión “el trabajo no es una mercancía” recogida en la Parte XIII del Tratado de Versalles y recogida en la Declaración de Filadelfia de 1944. Agrega que importa un cambio en la forma de concebir la igualdad de las personas en tanto, deja de ser un punto de partida para convertirse en una meta o aspiración del orden jurídico. Los particularismos son los que evidencian que el Derecho del Trabajo además de las reglas y principios está integrado por prácticas en tanto se observan a través de la subyacencia del conflicto en las relaciones laborales; la dimensión colectiva del conflicto laboral, el papel central de la negociación,

la repercusiones en el plano de las fuentes del derecho; la significación del tiempo social en el sistema normativo-laboral; la variedad y poderes de los operadores jurídicos.²⁴

3.2 EL VALOR JUSTICIA SOCIAL EN EL MUNDO DEL TRABAJO

La tarea de interpretación doctrinal que se emprende encuentra como premisa el valor justicia en el mundo del trabajo que se construye sobre un conjunto de principios reconocidos por la comunidad internacional de alcance universal que resultan del Preámbulo de la Constitución de la OIT, la Declaración de Filadelfia de 1944, la Declaración sobre igualdad de género del año 1975, la Declaración de Principios y Derechos fundamentales en el trabajo de 1988, la declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa del año 2008, la Declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo de 2019.²⁵

De tales fuentes se infiere que el valor justicia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos laborales parte de la idea de la justicia social (preámbulo de la Constitución de la OIT²⁶), que entiende que el trabajo no es una mercancía (Declaración de Filadelfia) y que no basta con el progreso económico, sino que reclama eliminar la pobreza y las inequidades mediante la estrategia del trabajo decente que obliga a los estados por su mera pertenencia a la OIT a garantizar un núcleo duro de derechos (Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo) para encarar la realidad de la globalización de forma más justa (Declaración sobre la

24 Barbagelata, Héctor-Hugo, El Derecho universal del Trabajo, Revista de la Facultad de Derecho ISSN 0797-0447, N° 31, Montevideo, julio-diciembre 2011, pág 59. El particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 2009 pag. 20.

25 La acción normativa de la OIT se expresa no solo a través de convenios internacionales de trabajo y recomendaciones, sino también de declaraciones. Las declaraciones son resoluciones de la Conferencia Internacional del Trabajo utilizadas a fin de hacer una declaración formal y autoritativa y reafirmar la importancia que los mandantes atribuyen a ciertos principios y valores. A pesar de que las declaraciones no están sujetas a la ratificación, pretenden tener una amplia aplicación y contienen los compromisos simbólicos y políticos de los Estados miembros. Las principales declaraciones adoptadas por la Conferencia de carácter universal son la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional de Trabajo adoptada en Filadelfia en 1944, la Declaración sobre igualdad de género del año 1975, la declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo del año 1998, la declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa del año 2008, la Declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo de 2019. A ellas se suman las declaraciones adoptadas por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo: la declaración tripartita de principios sobre la aplicación de las normas internacionales del trabajo en el contexto de las operaciones de empresas multinacionales del año 1977. https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/departments-and-offices/jur/legal-instruments/WCMS_432225/lang-es/index.htm

26 Barbagelata identifica el principio de progresividad de los derechos humanos laborales como una idea-fuerza de la justicia social. Barbagelata, Héctor Hugo. *El Particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales*. Montevideo, marzo 2009 Fundación de Cultura Universitaria, pag. 245.

justicia social para una globalización equitativa) con miras al futuro del trabajo centrado en el ser humano (Declaración del Centenario de la OIT) .

3.3 LOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS

La naturaleza jurídica de tratado internacional determina que sean aplicables, en principio, los métodos interpretativos previstos por los arts 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Estas disposiciones indican que un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. El contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos. Y de modo complementario, en caso de que tales métodos arrojaran un sentido ambiguo u oscuro, o condujera a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable, podría recurrir a los trabajos preparatorios.²⁷

Ahora bien. Cuando de un tratado de derechos humanos se trata, tales métodos interpretativos habrán de adecuarse a las pautas o principios interpretativos de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Ello por cuanto, no se acuerdan en favor de los Estados sino de las personas. Por ende, sus cláusulas no deberán entenderse a la luz de la soberanía nacional ni de los intereses y propósitos individuales de los Estados que lo suscribieron sino en pro de las personas a quienes apunta tutelar. Los tratados de derechos humanos persiguen establecer un orden público internacional y un conjunto de derechos a favor de las personas, antes que obligaciones recíprocas entre los Estados.²⁸

4 LOS PRINCIPIOS INTERPRETATIVOS DEL DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES

27 Gialdino, Rolando E. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones*. Buenos Aires, 2013. Abeledo Perrot, pag.397. Loustaunau, Nelson. “*Interpretación del concepto de tiempo in itinere en el Convenio Internacional de Trabajo n. 190*”. En XXX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. FCU, Montevideo, 2019. pags. 231. El autor plantea que la interpretación del concepto de tiempo in itinere en el CIT n. 190 debe realizarse conforme con la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

28 Niken, Pedro. *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. Madrid, 1987. Civitas, pag.90. Sagues, Néstor Pedro. *La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. 1998, pag 29.

Los principios interpretativos constituyen herramientas que guían en la solución de los problemas que presenta la solución de conflictos mediante la aplicación del derecho (dificultades en la comprensión de los textos lingüísticos, la solución de antinomias y lagunas)

El plexo de principios del Derecho de los Derechos Humanos y del Derecho de los Derechos Humanos Laborales que se plantearán, actúan de modo polivalente en el proceso psicológico interpretativo: por un lado, y en la medida que los textos normativos – “norma-dato”- constituyen concreciones de los principios, proporcionarán la guía de tal derrotero, y por otro, y en el entendido de que la norma es su resultado interpretativo y no su presupuesto – “norma-producto”, constituirán las herramientas útiles para la demostración de la fundabilidad del producto interpretativo.²⁹ Vale decir que en una primera etapa del proceso interpretativo – o aplicativo en caso típico de la interpretación judicial que apunta a darle un sentido a la disposición normativa para resolver un caso- los principios iluminan la tarea. En la etapa final argumentativa, demandan que el operador contraste el proyecto de producto interpretativo con los principios aplicables y demuestre que constituye un desarrollo de uno o de varios de ellos y en caso de antinomia, realice una construcción jurídica que justifique el triunfo en la emergencia de uno sobre otro.³⁰

4.1 LOS PRINCIPIOS INTERPRETATIVOS DEL DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los principios interpretativos del Derecho de los Derechos Humanos se infieren de los mismos instrumentos internacionales y de los pronunciamientos de dos tipos de órganos: los especializados que generalmente crea cada tratado así como de los emitidos por aquellos que cumplen funciones jurisdiccionales.³¹

29 Prieto Sanchís, Luis. *Interpretación jurídica y creación judicial del derecho*. Lima-Bogotá, 2007. Temis pag. 172, plantea los conceptos de “norma-dato” y “norma-producto” destacando que la interpretación siempre incorpora una dimensión volitiva. Citando a Giovanni Tarello en *L'interpretazione della legge*, expresa que la norma es más el resultado que el presupuesto del proceso interpretativo.

30 Guastini Riccardo. Op cit Interpretar y ...pag. 137. El autor adhiere a la técnica de la ponderación en estos casos.

31 En general los instrumentos universales y regionales que reconocen derechos humanos y los protocolos facultativos, prevén órganos especializados, que en su actuación realizan formulaciones permiten inferir interpretaciones. Entre los universales y respectivamente: Hay diez principales tratados internacionales sobre derechos humanos. Cada uno de estos tratados han establecido un comité de expertos encargados de supervisar la aplicación del tratado por los Estados Partes que a través de sus pronunciamientos establecen criterios interpretativos. Entre los

A ello se agrega las incorporaciones que han realizado los Estados a los textos constitucionales asumiendo expresamente que la fuente garante de los derechos humanos no se encontraría más en exclusivamente en los ordenamientos constitucionales sino también en las garantías ampliadas del sistema internacional e interamericano de derechos humanos.³² En otros

universales y respectivamente: [Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial](#) (21.12.1965), Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación racial; [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos](#) (16.12.1966) Comité de Derechos Humanos. [Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales](#) (16.12.1966) comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. [Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer](#). (18.12.1979) Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. [Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes](#) (10.12.1984) Comité contra la Tortura. [Convención sobre los Derechos del Niño](#) (20.11.1989) Comité de los derechos del Niño. [Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares](#) (18.12.1990) comité la protección de todos los trabajadores migrantes y sus familiares. [Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas](#) (6.2.2007) comité para las desapariciones forzadas. [Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad](#) (13.12.2006) Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. [Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales](#) (10.12.2008) Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. [Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos](#) (16.12.1966) Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. [Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte](#) Comité de Derechos Humanos. [Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer](#) (10.12.1999) Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. [Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados](#) (25.5.2000) Comité de los derechos del Niño [Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía](#) (25.5.2000) Comité de los derechos del Niño. [Protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes](#) (18.12.2002) Sub Comité para la Prevención de la Tortura. (18.12.2002) [Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad](#) (12.12.2006) Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Por su parte en el ámbito de la OIT, existen dos órganos especializados que en su actuación elaboran repertorios de pronunciamientos que constituyen verdaderas interpretaciones de los instrumentos internacionales: la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, creada en 1926 que se ocupa a través del análisis de las memorias, del control regular de cumplimiento de los Convenios por parte de los Estados mediante la formulación de observaciones que en sustancia constituyen verdaderos instrumentos interpretativos; y el Comité de Libertad Sindical que actúa en el procedimiento de control especial emitiendo un pronunciamiento cuando una organización de trabajadores o de empleadores se presenta una queja denunciando el incumplimiento la libertad sindical por parte de un Estado. La OIT publica periódicamente informaciones y memorias analizadas por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, y el repertorio de decisiones del Comité de Libertad Sindical. Respecto de estos dos órganos especializados indica Oscar Ermida Uriarte que tiende a imponerse como principio interpretativo, el carácter vinculante de la interpretación realizada por éstos. (*Derechos humanos laborales en el derecho positivo uruguayo*. En Investigación sobre la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en Uruguay. Oficina Internacional del Trabajo. Oficina Regional para América Latina y El Caribe. 205, pag19) En el ámbito regional hacen lo propio el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en función jurisdiccional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en funciones jurisdiccional y consultiva. Por su parte en el ámbito de la Declaración Socio-Laboral del Mercosur, la Comisión Sociolaboral realiza la labor de seguimiento y promoción y de ella podían esperarse pronunciamientos interpretativos. (Barretto Ghione, Hugo. Consecuencias de la Declaración Socio-Laboral del Mercosur en la interpretación y aplicación de las normas laborales en los ordenamientos nacionales.” En rev Derecho Laboral. n. 210 pag. 187 y sgtes.)

32 Uprimy, Rodrigo. *Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos*. En Rodríguez, Cesar. Coordinador. *El derecho en América Latina, un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*. Buenos Aires, 2011, pag. 114.

Estados en los que no se han producido estas incorporaciones, ha sido la labor de los operadores quienes a falta de disposición expresa se han atrevido a mirar más allá de la frontera nacional y aplicado la norma de origen internacional con el objetivo de dar efectividad a los derechos humanos. Son los operadores jurídicos nacionales quienes han dado vida y por ende efectividad al corpus iuris del Derecho de los derechos humanos.³³ En estos procesos nacionales la jurisprudencia constitucional de los Estados ha jugado un papel relevante especialmente en lo que respecta a la asignación de carácter operativo a los tratados permitiendo que los derechos que consagraban fueran directamente exigibles ante los tribunales aún en ausencia de leyes reglamentarias.³⁴

La conciencia jurídica universal y los pronunciamientos de los órganos internacionales y regionales en funciones consultivas y jurisdiccionales, en un proceso dialéctico y no acabado, han ido delineando un conjunto de principios interpretativos.³⁵

El principio pro homine, cuyo enunciado apunta a interpretar la disposición normativa internacional en el sentido más favorable a la persona destinataria de la protección. Este principio presenta dos proyecciones: una, actuando como “directriz de preferencia” que implica escoger dentro de las posibilidades interpretativas de la misma disposición, la más protectora de la persona; y otra actuando como “directriz de preferencia de normas”, vale decir, entre varias aplicables, elegir la más favorable a la persona con independencia de su nivel jurídico.³⁶

El principio de promoción alerta que anuncia una actitud de sensibilidad del hermeneuta con propósito de tutela y protección. El juez aplicador estaría llamado a abandonar una posición neutral para asumir una de compromiso.³⁷

El principio de universalidad en el sentido de que, partiendo de la dignidad humana el disfrute de los derechos humanos es patrimonio universal, y por ende ningún estado podría negarlo a persona alguna.

33 Steiner, Christian. Uribe, Patricia. *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Introducción general*. Berlín, 2014. Konrad-Adenauer-Stiftung e V. pag. 9

34 Abramovich, Victor. *Autonomía y subsidiariedad: el sistema interamericano de derechos humanos frente a los sistemas de justicia nacionales*. En op. Cit. Rodríguez, Cesar. Coordinador. *El derecho en América Latina, un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*. Buenos Aires, 2011, pag. 213.

35 Babace, Héctor. “El juicio de ponderación en la relación de Trabajo. Derechos de la persona y libertad de empresa. ¿Es posible el equilibrio flexible entre principios constitucionales y contrato de trabajo?” rev. Derecho Laboral n. 256 pag. 289.

36 Sagues, Néstor Pedro. Op cit *La interpretación...* pags 9-10.

37 Sagues, Néstor Pedro, op cit *La interpretación...* pag10.

El principio de indivisibilidad postula que los derechos humanos son interdependientes, formando un todo indisoluble y el goce de unos no es compatible con la negación de otros. ³⁸

Por su trascendencia no puede dejar de citarse que en el ámbito regional americano, la Convención Americana de Derechos Humanos expresamente sienta principios interpretativos. El art. 29 expresa que ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Por su parte el artículo 30 expresa que las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

4.2 LOS PRINCIPIOS INTERPRETATIVOS DEL DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES

El derecho de los derechos humanos laborales se conforma de dos fuentes: una nacional a través de la Constitución y las internacionales consistentes en pactos, declaraciones, convenios internacionales de trabajo.

38 Sagues Néstor Pedro, *La interpretación...* op cit pag 11

Un conjunto de derechos laborales se ubican además en el linaje de derechos humanos.³⁹ Ello se proyecta en dos sentidos: uno, jerarquiza el Derecho del Trabajo y los valores que lo inspiran; otro, los sitúa supraordenados en la Constitución y en las normas internacionales y los vuelve indisponibles para el legislador ordinario para la Administración y para el operador jurídico en general.⁴⁰

Entre los principios interpretativos del Derecho de los derechos humanos laborales también construidos entre la labor de los organismos internacionales que emiten pronunciamientos y por la jurisprudencia de cada país, pueden individualizarse los siguientes.

El principio de autoaplicación que implica aplicación inmediata y directa incluso por parte del operador acudiendo a las vías del art. 332 de la Constitución mediante las leyes de fundamento análogo, los principios generales de derecho y las doctrinas más recibidas.

El principio de interpretación más favorable (típico del Derecho del Trabajo) que se presenta como la interpretación más favorable a la persona humana (in dubio pro persona, in dubio pro libertatis) o la que más favorezca la realización del derecho.⁴¹

El principio de interdependencia de las fuentes apunta a considerar a los tratados de derechos humanos como un sistema resultando entonces necesario en muchas ocasiones, armonizarlas.⁴²

El principio de la norma más favorable que importa la concurrencia de varias fuentes con vocación de aplicación al caso concreto y propugna la elección de la más favorable a la persona titular del derecho o de la realización del derecho.⁴³

39 Son los derechos específicos – con reconocimiento constitucional expreso- a la protección en el goce del trabajo, la independencia de la conciencia moral y cívica, la justa remuneración, la limitación de la jornada , al descanso semanal, a la higiene física y moral, a la promoción de la actividad sindical y de la huelga, a la seguridad social a la participación en la dirección del órgano rector y de algunos entes autónomos y servicios descentralizados, en el Consejo de Economía Nacional, a la distribución imparcial y equitativa del trabajo, al derecho a la alimentación y alojamiento cuando el trabajador deba permanecer en el establecimiento, a la reglamentación del trabajo de menores. A estos se suman los que se deben entender incorporados a la Carta por su condición de inherentes a la personalidad humana y a la forma republicana de gobierno provenientes de fuentes internacionales.

40 Ermida Uriarte, Oscar. *Derechos humanos laborales en el derecho positivo uruguayo*. En Investigación sobre la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en Uruguay. Oficina Internacional del Trabajo. Oficina Regional para América Latina y El Caribe. 205. Lima, 2006. pag11. Barbagelata, Héctor Hugo. “*El derecho universal del Trabajo*” en Revista de la Facultad de Derecho. En homenaje a Oscar Ermida Uriarte. Universidad de la República. Montevideo, 2011 n. 31 pag. 49. *El Particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, marzo 2009 pag. 236.

41 Ermida Uriarte, Oscar. Op cit *Derechos humanos...pag.18*

42 Ermida Uriarte, Oscar. Op cit *Derechos humanos pag 18*

43 Ermida Uriarte, Oscar. Op cit *Derechos humanos pag 18*

El principio del carácter vinculante de los pronunciamientos de los órganos internacionales de control que importa que cuando existe un órgano internacional creado para la interpretación o aplicación de un instrumento internacional, el resultado de tal actuación, resulta vinculante para los operadores.⁴⁴

Al elenco de principios interpretativos que vienen de señalarse, Barbagelata considerando los instrumentos internacionales de derechos humanos como componentes del bloque de constitucionalidad, agrega la progresividad, la irreversibilidad.

Califica el principio de progresividad, como idea-fuerza de la justicia social e indica que podría ser interpretado en dos sentidos: uno, el gradualismo para la puesta en aplicación y otro, en el número de derechos, su extensión y profundización, sus garantías, en su reconocimiento internacional y en la creación de garantías supranacionales, en la forma misma en que esos derechos se regulan y se incorporan. Este segundo sentido, expresa Barbagelata, es el que permite inferir una aplicación evolutiva y expansiva de las normas que componen el bloque de constitucionalidad.

Por su parte, postula el principio de irreversibilidad como la contracara del principio de progresividad y lo vincula con el criterio de la conservación o no derogación del régimen más favorable para el trabajador, que debe reputarse como principio general del Derecho del Trabajo, desde que ha sido consagrado por el art. 19 numeral 8 de la Constitución de la OIT.⁴⁵

La inclusión de los principios fundacionales de la OIT, dignidad, igualdad y no discriminación en el Preámbulo del CIT, cumple un rol fundamental a la hora de interpretar cada una de sus disposiciones normativas, y las de la Recomendación n. 206 e incluso de los otros instrumentos internacionales referidos a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Ello por cuanto el preámbulo de un texto normativo aporta luz sobre el propósito que persigue y por ende su comprensión.

A estos principios se agregan los que pudieran surgir de un instrumento internacional en particular en forma expresa o implícita.

44 Ermida Uriarte, Oscar. Op cit *Derechos humanos pag 19*. Expresa el que se trata de un criterio hermenéutico en materia de normas internacionales que “empieza a imponerse”, compartiendo así al parecer, la idea ya citada en cuanto a que los principios interpretativos constituyen construcciones no acabadas. (Sagues, Néstor Pedro, *La interpretación...* op cit pag 9) Barbagelata, en la obra citada que se publica tres años después de la de Ermida, plantea este principio pero, al menos expresamente, no lo enuncia en proceso de consolidación y cita dos casos de jurisprudencia de tribunales constitucionales nacionales que lo han recogido. Barbagelata, Héctor Hugo op.cit.*El Particularismo del ...* pag.247.

45 Barbagelata, Héctor Hugo. Op cit *El Particularismo ...*, pag 245.

Este es el caso del CIT n. 190 que en el capítulo III art. 4 y sgtes. positiviza un conjunto de principios, que como los anteriormente citados operarán como orientadores de la tarea de interpretación y de solución de conflictos.

En este elenco se encuentran el principio de garantía de un mundo de trabajo libre de violencia y acoso, con particular tutela a las particularidades de género y garantía de adopción de medidas especiales para este y otros grupos vulnerables; la garantía de tutela mediante mecanismos de control de aplicación, previsión de sanciones, reparación y medidas de apoyo, acciones de inspección. A ellos se agrega la renovación del compromiso de tutela de los derechos fundamentales previstos en la Declaración de Derechos y Principios Fundamentales en el trabajo de 1998 – libertad de asociación, derecho de negociación colectiva, eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil, la eliminación de todas las formas de discriminación en materia de empleo y ocupación, incorporándose, el principio de fomento al trabajo decente y seguro.

5 VIGENCIA DEL CIT N. 190 Y EXIGIBILIDAD.

El CIT n. 190 fue aprobado por la mayoría necesaria de 2/3 de los delegados presentes en la conferencia Internacional de Trabajo celebrada en junio de 2019.

Los Estados miembros de la OIT, tenían un término de un año a partir de la clausura de la conferencia para someterlo a las autoridades competentes para considerar darle forma de ley o adoptar otras medidas.⁴⁶

Uruguay lo ratificó por ley 19.849 del 23.12.2019 y deberá comunicarlo para su registro al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

El CIT n. 190 entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos miembros hayan sido registradas, y a su vez adquirirá vigencia subjetiva, o sea para para cada Estado miembro, doce meses después de la fecha de registro de la comunicación de su ratificación. (art. 14.3)

⁴⁶ De conformidad con el art. 19 numeral 5 literal b) de la Constitución de la OIT, cuando por circunstancias excepcionales no pudiera hacerse en término de un año, lo deberían someter tan pronto como fuera posible pero no más allá de dieciocho meses de clausurada la Conferencia.

Hoy por hoy entonces, abril de 2020, el CIT N.190 está en camino a consolidar su vigencia objetiva derivada de su aprobación por la mayoría necesaria por la Conferencia Internacional del Trabajo en junio de 2019.(art. 19 numeral 2 Constitución de la OIT) Ha recibido la ratificación de Uruguay que deberá comunicarlo al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, pero deberá existir otra ratificación y comunicación para que consolide su vigencia objetiva. A su vez, adquirirá vigencia subjetiva para Uruguay, doce meses después del registro de su ratificación (art. 14.3 del CIT n. 190) Este estado de vigencia para Uruguay trae aparejado que aún no sean exigibles las obligaciones que el convenio impone le impone, ni las previstas con carácter general de información a través de una memoria anual sobre las medidas adoptadas para su ejecución. (art. 22, Constitución de la OIT).

Vale decir que a pesar de la ratificación por ley de fecha 23.12.2019, para Uruguay no se han tornado exigibles las obligaciones generales ni las especiales previstas en el CIT n. 190 referidas a las siguientes (art. 4) : adopción de medidas legislativas en consulta con las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores públicas con enfoque inclusivo, integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de género para prevenir, prohibir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo ; adopción de políticas públicas en el mismo sentido, adopción de una estrategia integral para aplicar dichas medidas; creación de mecanismos de control de la aplicación de tales medidas y de fortalecimiento de las existentes ; custodiar que las víctimas tengan acceso a la vías de recurso , reparación y a medidas de apoyo; previsión de sanciones , previsión de medidas formativas y de sensibilización; garantizar que existan medios de inspección e investigación efectivos a través de la inspección de trabajo u otros organismos competentes.

Sin embargo, la interpretación articulada entre CIT n. 190 y la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998, desde la óptica del principio pro homine permiten inferir que tanto para Uruguay (hoy por hoy primer y único país ratificador) como para los otros Estados miembros de OIT, a pesar de la ausencia de vigencia subjetiva (falta de ratificación o ratificación pero falta de comunicación o pendencia del plazo de un año), la obligación de tutela contra la violencia y el acoso son exigibles. Vale decir, son deudores concretos de la protección. Ello por cuanto, la violencia y el acoso son formas de discriminación y ésta, constituye uno de los principios-derechos fundamentales en el trabajo recogidos por la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1989, que los Estados, por su sola condición de miembros están obligados a proteger.

Vale decir que para todos los países miembros de la OIT, las obligaciones de tutela contra la violencia y el acoso son exigibles aunque no hubieran ratificado ni los convenios internacionales sobre discriminación ni el propio CIT n. 190.

De allí la diferencia entre vigencia y exigibilidad.

La fuente de vigencia reside en art. 19 num. 2 de la constitución de la OIT y en el art. 14.3 del CIT n. 190.

La fuente de exigibilidad se encuentra en la Declaración de OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo adoptada en 1998. La Declaración establece que los derechos a la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio, la abolición del trabajo infantil y la discriminación en materia de empleo y ocupación son universales y que se aplican a todas las personas en todos los países independientemente del nivel de desarrollo económico.

En consecuencia, la violencia y el acoso en la medida que constituye una forma de discriminación, reconocen la garantía universal de tutela con independencia de la ratificación del CIT n. 190.

La inferencia que antecede derrama efectos para tres sujetos: los Estados, los empleadores y los operadores.

Los Estados, habiendo o no ratificado el CIT n. 190, asume implícitamente la obligación de crear mecanismos de tutela de las personas contra la violencia y el acoso.

Debe verse que mientras que un Estado no ratifique estará gravado frente a la OIT con la obligación de sumisión a la autoridad competente a los efectos de darle forma de ley o de la adopción de otras medidas o en su caso, las de información previstas en el art. 19 num. 5 de la Constitución de la OIT. Pero no estará obligado a adoptar los mecanismos de tutela y control de cumplimiento previstos por el capítulo V del CIT n. 190.⁴⁷

47 El CIT n. 190 y la Recomendación consideran dos hipótesis de hecho que demandan tutela: una, ante la violencia o acoso en el trabajo; y otra, la violencia doméstica con repercusiones en el trabajo. El CIT n. 190 dedica el capítulo V a las obligaciones que deberán asumir los Estados miembros respecto de la garantía de cumplimiento de la tutela contra la violencia y el acoso en el mundo del trabajo así como con las repercusiones de la violencia doméstica. Garantía como categoría, que se proyecta en dos sentidos: uno, previendo mecanismos de acción y otro, previendo garantizar la eficacia de estos mecanismos de acción. Ambos colectivos de obligaciones presentan a su vez dos características: una, se complementan con opciones que el convenio plantea a modo de ejemplificación y con disposiciones de la Recomendación n. 206 que o bien le dan contenido o bien, aportan un rúter para la interpretación; y otra, se construyen sobre la piedra fundamental de la idea de efectividad de la tutela contra la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

Sin embargo, está obligado a tutelar contra la violencia y acoso en el mundo del trabajo, mediante decisiones adecuadas que bien podrían ser las mismas u otras diversas a las previstas en el CIT n. 190. Ello por cuanto, como viene de plantearse la fuente de la obligación no es el CIT n. 190 sino la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998.

La contracara de esta obligación determina que el derecho a la tutela contra la violencia y acoso derramen otros efectos: horizontales del empleador al trabajador y respecto de los jueces en su condición de operadores.

La eficacia horizontal determinará que el derecho a la tutela contra la violencia y acoso laboral constituya un derecho exigible del trabajador contra el empleador sea ya a través de la aplicación de las reglas de derecho existentes en cada país o en caso de laguna en el derecho nacional, a través de la aplicación directa o bien de los convenios particulares sobre discriminación ratificados y aplicables (CIT n. 100 y 110) o de la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998.

Por su parte, la obligación que surge de la Declaración para los Estados, también compromete la labor judicial. Ello por cuanto al operar como principio cumple la función bivalente: orienta el proceso de interpretación y el de integración, pero especialmente encorseta el producto de modo tal, que la justificación argumentativa que adopte el juzgador deberá ser afín al derecho fundamental de tutela contra la discriminación. Vale decir, la solución al caso concreto deberá constituir una forma de garantía contra la discriminación representada en una hipótesis de violencia o acoso en el mundo del trabajo. En el entendido que se trata de un derecho fundamental, únicamente podría quedar desplazado en su tutela mediante la argumentación resultante de la ponderación derivada de la colisión con otro derecho del mismo linaje.

6 CONCLUSIONES

El trabajo como un bien humano reconoce la garantía de tutela del Derecho Internacional de los Derechos Humanos Laborales, de que no admite que sea tratado como una mercancía y a la vez debe realizarse en condiciones reales de dignidad. La dignidad de la persona, ha sido institucionalizada por la OIT a través del concepto de trabajo decente. La **Declaración** institucionaliza el concepto de Trabajo Decente desarrollado por la OIT desde

1999, que lo sitúa en el centro de las políticas de la Organización para alcanzar sus objetivos constitucionales.

El trabajo decente refiere a un umbral de derechos que ha sido caracterizado como a) un paradigma asentado sobre una sólida fundamentación ética; b) que despliega una indudable proyección política; c) tiene una naturaleza flexible que le dota de una gran versatilidad aplicativa; y d), que es mensurable en términos estadísticos, lo que posibilita su evaluación desde una óptica socioeconómica.⁴⁸

La violencia y el acoso en el mundo del trabajo constituyen una forma de discriminación lesivas o al menos amenazantes del desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, incompatibles con el trabajo decente, con la salud psicológica, física y sexual de la persona que trabaja y de su entorno familiar y social. (preámbulo del convenio)

El derecho a la no discriminación, se construye sobre el meta-principio de la dignidad de las personas y ostenta el linaje de “principio – derecho fundamental en el trabajo” y su tutela obliga a los Estados aún sin haber ratificado los respectivos instrumentos internacionales y por la sola condición de pertenencia a la OIT de conformidad con la Declaración de Principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998.⁴⁹

De ello derivan dos consecuencias: la primera, que todos los Estados pertenecientes a la OIT, independientemente de haber ratificado o no el CIT n. 190 tienen la obligación de reconocer

48 Lozano Lares, Francisco. “*Eficacia jurídica del concepto de trabajo decente*”. Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo. ADAPT, Volumen 4, núm. 4, octubre-diciembre de 2016 @ 2016 ADAPT University Press - ISSN 2282-2313.

49 Adoptada en 1998, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo es la expresión del compromiso de los gobiernos y de las organizaciones de empleadores y de trabajadores de respetar y defender los valores humanos fundamentales - valores de vital importancia para nuestras vidas en el plano económico y social. Acompaña a la declaración un seguimiento a la misma.

En ella la Conferencia Internacional del Trabajo “1. Recuerda: **(a)** que al incorporarse libremente a la OIT, todos los Miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas; **(b)** que esos principios y derechos han sido expresados y desarrollados en forma de derechos y obligaciones específicos en convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización. **2.** Declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: **(a)** a libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; **(b)** la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; **(c)** la abolición efectiva del trabajo infantil; y **(d)** la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/departments-and-offices/jur/legal-instruments/WCMS_432225/lang--es/index.htm

y garantizar la vida laboral libre de acoso y violencia por cuanto ambos supuestos, constituyen una forma de discriminación; la segunda, el derecho a la vida libre de violencia y acoso como forma de discriminación avasallante del valor trabajo decente, es propio de la dignidad de la condición persona humana y reconoce como fuente, los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos que vienen a conformar el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales.

La tutela contra la violencia y acoso en el mundo del trabajo en tanto forma de discriminación resulta exigible frente a todos los Estados miembros de OIT entonces, hayan ratificado o no el CIT n. 190, con fundamento en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998. De allí que ningún Estado miembro de la OIT podría justificar la falta de adopción de mecanismos de tutela contra la violencia y el acoso en el mundo del trabajo en la falta de ratificación del CITn 190.

La garantía contra la violencia y acoso laboral en todas sus formas, ya es exigible.

7 BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Victor. Autonomía y subsidiariedad: el sistema interamericano de derechos humanos frente a los sistemas de justicia nacionales. En op. Cit. RODRÍGUEZ, Cesar. Coordinador. **El derecho en América Latina, un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI**. Buenos Aires, 2011.

BABACE, Héctor. El juicio de ponderación en la relación de trabajo. Derechos de la persona y libertad de empresa. ¿Es posible el equilibrio flexible entre principios constitucionales en el contrato de trabajo? En **rev. Derecho Laboral n. 256**.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. El Derecho universal del Trabajo, **Revista de la Facultad de Derecho**, N° 31, Montevideo, julio-diciembre 2011.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. **El particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009.

BARRETTO GHIONE, Hugo. Consecuencias de la Declaración Socio-Laboral del Mercosur en la interpretación y aplicación de las normas laborales en los ordenamientos nacionales. En **rev Derecho Laboral n. 210**.

BARRETTO GHIONE, Hugo. El concepto de eficacia en el Derecho laboral en **rev. Derecho Laboral n. 274**.

BARRETTO GHIONE, Hugo. Las normas internacionales como factor de renovación del derecho del trabajo sustantivo y procesal en **Revista de la Facultad de Derecho**. Universidad de la República, Montevideo, 2011.

BARRETTO GHIONE, Hugo. Obligaciones en el contrato de trabajo: algunos problemas en la determinación y equivalencia de las prestaciones. En **rev. Derecho Laboral n. 250**.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. Límites de los Derechos Humanos en la Constitución nacional en **Cursillo sobre Derechos Humanos y sus Garantías en Cuadernos**, Segunda serie. N. 13 Montevideo, 1990.

COLMENARES, Ana María. Los derechos laborales inespecíficos. Enfoque en el Derecho Venezolano. **Revista Latinoamericana de Derecho Social**, 2011.

ERMIDA URIARTE, Oscar. Derechos humanos laborales en el derecho positivo uruguayo. En **Investigación sobre la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en Uruguay**. Oficina Internacional del Trabajo. Oficina Regional para América Latina y El Caribe. 205. Lima, 2006.

ERMIDA URIARTE, Oscar. Editorial. Trabajo, ciudadanía y derechos humanos. Meditación sobre el Derecho del Trabajo. **Cuadernillos de la Fundación Electra**. Montevideo, 2011. <https://www.upf.edu/web/iuslabor/2/2006>.

FERRAJOLI, Luigi. El derecho como sistema de garantías. En **Rev. Uruguay de Derecho Procesal 1/1999**.

GHAI DHARAM. Trabajo Decente. Concepto e indicadores. **Revista Internacional del Trabajo**, vol 122 (2003), num 2. <https://www.ilo.org/public/spanish/revue/sommaire/122-2.htm>

GIALDINO, Rolando E. **Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones**. Buenos Aires, 2013.

GIANFORMAGGIO, Letizia. **Filosofía del Derecho e razonamiento jurídico**. Torino: G.Giappichelli Editore, 2018.

GIUZIO, Graciela. Violencia y el Acoso Laboral en el Mundo del Trabajo. ¿Cómo se posiciona Uruguay ante las nuevas normas internacionales de OIT?, en **XXX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**, octubre 2019, FCU, pág. 193.

LOUSTAUNAU, Nelson. Interpretación del concepto de tiempo in itinere en el Convenio Internacional de Trabajo n. 190. En **XXX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**. FCU, Montevideo, 2019.

LOZANO LARES, Francisco. Eficacia jurídica del concepto de trabajo decente. **Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo**. ADAPT, Volumen 4, núm. 4, octubre-diciembre de 2016.

NIKEN, Pedro. **La protección internacional de los derechos humanos**. Su desarrollo progresivo. Madrid: Civitas, 1987.

OLNEY, S. Directora del Servicio de género, igualdad y diversidad de la OIT. **Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019: Cinco preguntas clave**. Opinión, 28 de junio de 2019. <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/ilo-director-general/statements-and>

speeches/WCMS_730739/lang--es/index.htm?fbclid=IwAR2IPtXuyYK
qzPbOg02Ahq53jTnDmrvgl2RNLPHBfLKQzLKPf0J5AnBFI.

PANIZZA, Carolina. **Los derechos laborales inespecíficos**. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2017.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Interpretación jurídica y creación judicial del derecho**. Lima-Bogotá, 2007.

RACIATTI, Octavio. Los convenios internacionales del trabajo y las leyes posteriores a su ratificación. En **rev. Derecho Laboral n. 173-174**.

SAGUES, Néstor Pedro. **La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional**. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1998.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. CARBALLO MENA, César Augusto. **Derechos fundamentales del trabajador y libertad de empresa**. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2014.

SOTELO, Ana. La dignidad en la protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales en **rev. Judicatura n. 45**.

STEINER, Chistian. URIBE, Patricia. **Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Introducción general. Berlín: Konrad-Adenauer-Stiftung e V., 2014.

UPRIMY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. En RODRÍGUEZ, Cesar. Coordinador. **El derecho en América Latina, un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI**. Buenos Aires, 2011.

DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA¹

THE DECLARATION OF LEGAL PERSONALITY

Francisco Cardozo Oliveira²
Fernando Gustavo Knoerr³
Ulisses Lyrio Chaves⁴

RESUMO: Este estudo busca apontar as características da personalidade jurídica empresarial e as hipóteses em que é possível afastar a autonomia patrimonial de que goza a empresa em relação às pessoas físicas de seus sócios e administradores, quando estes cometem atos fraudulentos, agem com abuso de poder e má-fé, em nome da sociedade, na tentativa de furtarem-se da responsabilidade perante seus credores. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica ganha inédito e detalhado regramento no CPC de 2015, colocando uma pá de cal nas controvérsias geradas pelas diferentes interpretações dadas ao instituto, ao longo do tempo, pela doutrina e jurisprudência, no que se refere ao correspondente procedimento.

PALAVRAS-CHAVE: Direito empresarial. Personalidade jurídica. Direito processual civil. Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Personalidade jurídica da sociedade empresarial. 3. Princípio da autonomia patrimonial. 4. A desconconsideração da personalidade jurídica. 5. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no CPC de 2015. 6. A Desconconsideração no Processo do Trabalho a Partir da Reforma Trabalhista (Lei n.º 13.467/2017). 7. Conclusões. 8. Referências bibliográficas.

ABSTRACT: This study seeks to point out the characteristics of corporate entity and the hypotheses in which it is possible to exclude the autonomy of the patrimony enjoyed by the company in relation to the physical persons of its partners and administrators, when they commit fraudulent acts, act with abuse of power and bad -f, on behalf of the company, in an attempt to evade liability to creditors. The incident of disregard of legal personality gains unprecedented and detailed regulation in the CPC of 2015, placing a lime pad in the controversies generated by the different interpretations given to the institute, over time, by doctrine and jurisprudence, regarding the corresponding procedure.

KEY WORDS: Business law. Corporate entity. Civil procedural law. Incident of disregard of corporate entity.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Legal personality of the business society. 3. Principle of patrimonial autonomy. 4. Disregard of legal personality. 5. The incident of disregard of the legal personality in the CPC 2015. 6. The

¹ Artigo recebido em 04/02/2020 e 29/02/2020.
Artigo aprovado em 12/02/2020 e 29/02/2020.

² Pós doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR, Professor do Mestrado e Doutorado do UNICURITIBA. Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Paraná. E-mail xikocardozo@msn.com.

³ Pós-Doutor pelo Instituto *Ius Gentium Conimbrigae* da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal. Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Advogado. Membro da Diretoria de Relações Internacionais da Coordenação de Aperfeiçoamento do Pessoal de Nível Superior – CAPES, do Ministério da Educação. Professor de Direito Administrativo da Escola da Magistratura do Paraná e da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná. Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Membro correspondente da Academia Paulista de Letras Jurídicas.

⁴ Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Graduado em Direito pela Sociedade Unificada de Ensino Superior e Cultura Ltda.

1 INTRODUÇÃO

Dentre as inúmeras novidades trazidas pelo legislador do Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015, destaca-se o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, previsto no Título que trata das modalidades de intervenção de terceiros, nos arts. 133 a 137.

É importante instrumento que permite descortinar a prática de ato fraudulento praticado pelo sócio, sempre na esperança de esconder-se sob o manto de proteção da pessoa jurídica e impunemente causar prejuízo ao credor.

A regra é a de que não é lícito imputar-se à pessoa física dos sócios e/ou a seus administradores as obrigações da sociedade. Entretanto, se constatado o uso abusivo, fraudulento, da pessoa jurídica para ocultação patrimonial, justa e necessária a desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresarial, a fim de permitir que os bens dos sócios e/ou administradores respondam diretamente pelas obrigações contraídas pela empresa.

Note-se que, nesses casos, a titularidade da obrigação não se altera: continua a ser da pessoa jurídica; porém, a responsabilidade patrimonial, diante da “despersonalização”, passa a ser também dos sócios e/ou demais responsáveis, atingindo seus bens presentes e futuros, para o cumprimento das obrigações assumidas pela pessoa jurídica, nos termos do que dispõem os arts. 789 e 790, inciso VII, do CPC.

Dito de outra forma: o incidente de desconconsideração afasta a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, de forma a buscar a responsabilidade pessoal dos sócios e administradores que tenham agido com abuso de direito e cometido atos fraudulentos em nome da sociedade.

Antes do CPC/2015, a possibilidade da desconconsideração da personalidade jurídica era tratada em leis esparsas (arts. 50 do CC e 28 do CDC, por exemplo) e há muito admitida tanto pela doutrina como a jurisprudência. Embora as hipóteses fossem excepcionais, a falta de previsão de um procedimento formal para sua decretação, levava cada juízo a adotar o procedimento que bem entendesse para decidir a questão.

Com muita frequência, a decretação da despersonalização ocorria sem contraditório algum, com isso lançando os interessados na via recursal ou na dos embargos de terceiros. Em outros casos, a desconconsideração era decretada sem a prévia citação dos sócios atingidos.

Também havia aqueles que, sob a invocação da figura do “contraditório diferido” ou “postergado” (que significa dizer que o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa,

nesses casos, bem como a possibilidade de produção de provas, era adiado para momento procedimental posterior à decretação liminar da desconsideração da pessoa jurídica), abriam oportunidade para defesa da empresa, mas não para a dos sócios que teriam seu patrimônio atingido e que até ali não faziam parte do polo passivo da demanda.

Por fim, entendimento havia de que era necessário garantir o pleno contraditório, o que acabava por inviabilizar as medidas judiciais urgentes e necessárias para coibir a má-fé, o abuso da personalidade jurídica ou a confusão patrimonial.

Ainda nesse contexto de total insegurança jurídica quanto ao procedimento a ser adotado, o instituto não raro passou a ser aplicado não mais em hipóteses excepcionais, mas sempre que houvesse de um lado o direito ao crédito e de outro a insuficiência de recursos da sociedade para responder por suas dívidas, deixando o exame da existência de prática de algum ato ilícito por parte dos sócios e administradores, que é elemento autorizador do incidente, para uma fase procedimental posterior. Isso permitiu uma aplicação desmedida do incidente de desconsideração, gerando uma verdadeira crise do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica.

Dá a importância de o legislador processual ter tratado do tema e assim ter resolvido a lacuna procedimental então existente, determinando que, tanto para a desconsideração direta (a pessoa jurídica oculta seu patrimônio no patrimônio de seus sócios/administradores e, por isso, estes respondem com seus bens) quanto para a indireta (os sócios/administradores ocultam seu patrimônio no patrimônio da pessoa jurídica e, assim, os bens da empresa respondem pelas obrigações dos sócios/administradores), há de ser instaurado o respectivo incidente, com a observância das fases estabelecidas pelos arts. 133 a 137 do CPC.

Sem a pretensão de ser exaustivo na matéria, este texto tem como objetivo ressaltar os principais aspectos do incidente de desconsideração da personalidade jurídica agora regulado de forma detalhada no CPC de 2015, com o propósito de demonstrar a preocupação do legislador em corrigir as distorções que o instituto sofreu ao longo do tempo, bem a insegurança e instabilidade gerados pela má aplicação do incidente.

2 PERSONALIDADE JURÍDICA DA SOCIEDADE EMPRESARIAL

A existência legal da empresa, como pessoa jurídica de direito privado, ocorre com o registro de seu ato constitutivo, o contrato social, no órgão competente (art. 45 do Código Civil), na forma da lei. As sociedades empresárias devem ter sua inscrição no Registro Público de

Empresas Mercantis, a cargo das Juntas Comerciais; enquanto que as sociedades simples, junto ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas (vide arts. 981 a 985 e 1.150, do Código Civil).

Uma vez efetuados tais registros, a sociedade ganha personalidade jurídica. Com a personalidade jurídica, a sociedade empresária torna-se sujeito de direitos e obrigações e como tal goza de proteção pela legislação brasileira. A partir daí, como consequência e apenas para exemplificar, também passa a ter aptidão para ser parte em um processo (ativa e passivamente) e tem patrimônio próprio, autônomo, inconfundível, em regra, com o patrimônio pessoal e individual de seus sócios e administradores.

Já as sociedades constituídas formal e fisicamente, porém não registradas junto ao órgão competente constituem as chamadas Sociedades em Comum – a reunir as antes chamadas “sociedades irregulares” e “sociedades de fato”, aglutinando-as agora numa só denominação. Estas são sociedades não personificadas, ou seja, sem personalidade jurídica, já que seus atos constitutivos nunca foram inscritos no órgão de competência para tanto.

E justamente por não adquirirem personalidade jurídica, seus sócios respondem ilimitadamente perante a sociedade. Significa dizer que a empresa não possui patrimônio próprio e distinto em relação ao patrimônio pessoal de seus sócios, para o cumprimento das obrigações que foram assumidas em seu nome; e, por isso, são os sócios, pessoas físicas, que devem responder pelas obrigações assumidas pela pessoa jurídica, com todos os seus bens, presentes e futuros (cf. art. 998 do Código Civil).

Apesar de o Código Civil estabelecer que a personalidade jurídica da sociedade começa com o registro de seus atos constitutivos no órgão competente, acabou por estabelecer regramento próprio para as Sociedades em Comum (vide arts. 986 a 996, do Código Civil) e a elas aplicam-se, subsidiariamente, as normas pertinentes às sociedades simples, quando compatíveis.

3 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL

Princípio fundamental que rege o direito societário é o da autonomia patrimonial. O que significa dizer que a empresa constitui pessoa distinta da de seus sócios e administradores, pois possui autonomia para adquirir direitos e assumir obrigações em seu próprio nome (arts. 1.022 a 1.027, do Código Civil).

Significa dizer que o patrimônio da sociedade é diferente e separado do patrimônio da pessoa de seus sócios e administradores e que, por consequência, a responsabilidade pelas obrigações assumidas está limitada ao capital social integralizado.

Em geral, é o devedor quem responde, com todos os seus bens, presentes e futuros, pelo inadimplemento das obrigações assumidas. E isso ganha especial conotação econômico-social, no âmbito empresarial, na medida em que proporciona mais segurança ao investidor, que assim terá seu patrimônio pessoal salvaguardado, em caso de insuficiência de recursos da empresa para arcar com as dívidas.

Essa regra, entretanto, como adiantado, cede em situações excepcionais, para dar ensejo à responsabilidade dos bens dos sócios/administradores, quando decretada a despersonalização da empresa [cf. CPC: “Art. 795. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei. (...)”].

É o que se verá no tópico seguinte.

4 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Quando se fala nesse tema é importante ter em mente que a desconsideração da pessoa jurídica, ou sua despersonalização, não se traduz na extinção da sociedade, mas, sim, apenas e tão-somente na suspensão de sua autonomia, para que as responsabilidades patrimoniais por ela assumidas passem a recair, também, sobre os sócios e administradores. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, já decidiu que:

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica pode ser conceituado como sendo a superação temporária da autonomia patrimonial da pessoa jurídica com o objetivo de, mediante a constrição do patrimônio de seus sócios ou administradores, alcançar o adimplemento de dívidas assumidas pela sociedade. (AgRg no AREsp 621.926/RJ, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª T., j. 12.05.2015, DJe 20.05.2015)⁵.

A jurisprudência desde há muito tempo reconhece as situações encartáveis no art. 50 do Código Civil como a Teoria Maior da Desconsideração, que se pode ser classificada como subjetiva e objetiva (v. STJ, REsp. 1.325.663/SP, rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª T., j. 11.06.2013, DJe 24.06.2013⁶. E, mais recentemente: STJ, REsp 1.572.655/RJ, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 20.03.2018, DJe 26.03.2018⁷; STJ, REsp 1.658.648/SP, rel. Min. Moura

5 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&num_registro=201403081519&dt_publicacao=25/11/2016. Acesso em: 14/04/2020.

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200243742&dt_publicacao=24/06/2013. Acesso em: 14/04/2020.

7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1572655&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=tr ue, acesso em 14/04/2020>. Disponível em:

Ribeiro, 3ª T., j. 07.11.2017, DJe 20.11.2017⁸; e STJ, AgInt no AREsp 120.965/SP, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., j. 18.05.2017, DJe 01.06.2017⁹).

Segundo essa teoria, salvo em casos absolutamente excepcionais previstos na legislação especial, a desconsideração da personalidade jurídica somente é possível se verificado o desvio de finalidade ou quando evidenciada a confusão patrimonial.

A Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração caracteriza-se pelo desvio de finalidade, que consiste no ato imbuído de vontade de fraudar terceiros, através do uso abusivo e arbitrário da personalidade jurídica (art. 186 do Código Civil). Em contrapartida, por confusão patrimonial, que corresponde à Teoria Maior Objetiva da Desconsideração, deve-se entender, no plano empírico, a inexistência de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e o patrimônio pessoal de seus sócios (arts. 381 a 384, do Código Civil).

Ao lado da Teoria Maior da Desconsideração, firmou-se na doutrina e na jurisprudência, especialmente no âmbito das disputas trabalhistas, a Teoria Menor da Desconsideração, que sustenta, com base no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, ser possível a desconsideração da personalidade jurídica em situações de mero inadimplemento da pessoa jurídica.

Para a Teoria Menor da Desconsideração o abuso de direito é presumido, *in re ipsa*, bastando o inadimplemento do crédito para que seja desencadeado o procedimento de desconsideração¹⁰:

(...) a teoria menor da desconsideração, justifica-se a desconsideração pela simples comprovação da insolvência de pessoa jurídica, e os prejuízos são suportados pelos sócios, mesmo que não exista qualquer prova a identificar a conduta culposa ou dolosa dos sócios ou administradores. Essa teoria tem-se restringido apenas às situações excepcionalíssimas. (...). (STJ - REsp 970.635-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª T., julgado em 10/11/2009)¹¹.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Os sócios de uma empresa podem ser responsabilizados por dívidas trabalhistas quando esgotadas as possibilidades de êxito da execução contra a pessoa jurídica executada. Trata-se da

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700149274&dt_publicacao=20/11/2017, Acesso em: 14/04/2020.

8 BRASIL. STJ. **Superior Tribunal de Justiça**. STJ. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700149274&dt_publicacao=20/11/2017, Acesso em: 14/04/2020.

9 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201903520125&dt_publicacao=28/02/2020, Acesso em: 14/04/2020.

10 LORENZETTI, Ari P.. **A responsabilidade pelos créditos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2003, p. 198.

11 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%22TEORIA+MENOR+DA+DESCONSIDERA%C7%C3O%22&operador=mesmo&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true> Acesso em 15/04/2020.

aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, conforme disposto nos artigos 50 do Código Civil e 28 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, em face da desconsideração da personalidade jurídica da empregadora, responde o sócio pelo total da dívida da empresa que integrava. (TRT-1, Agravo de Petição 00727004519945010029, rel. Des. Claudia Regina Vianna Marques Barrozo, 7ª T., j. 16.03.2015, DJe 31.03.2015)¹².

A parte final do *caput* do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que: “(a) desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”. (grifos nossos).

O Código de Defesa do Consumidor e a Lei n.º. 9.605/1988, que trata dos crimes ambientais, adotaram a “Teoria Menor da Desconsideração”, que se justifica pela simples comprovação do estado de insolvência da empresa. Nessa linha, nos temas referentes ao Direito Ambiental e ao Direito do Consumidor, os prejuízos eventualmente causados pela pessoa jurídica ao consumidor ou ao meio ambiente serão suportados pelos sócios, não se exigindo qualquer comprovação quanto à existência de dolo ou culpa.

Essa previsão normativa trouxe enorme impacto no âmbito trabalhista, pois a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT dispõe no seu art. 8.º :

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Assim, a Justiça do Trabalho também abraçou a Teoria Menor da Desconsideração¹³. No processo do trabalho há uma situação de desigualdade entre trabalhador e empresa. Da mesma forma que o consumidor, o trabalhador também é considerado como parte vulnerável e hipossuficiente da relação jurídica estabelecida, o que justifica a aplicação da norma mais favorável ao mais fragilizado, com a adoção da Teoria Menor da Desconsideração em detrimento da Teoria Maior, na qual se exige a demonstração do abuso de direito ou cometimento de ato fraudulento contra terceiros.

12 BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 1.ª Região**. Disponível em: <https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/handle/1001/623369?mode=full> Acesso em 14/04/2020.

13 Esse tema será tratado com mais cuidado no item 6 deste artigo.

Não bastassem essas diferentes formas de tratamento da questão, a depender da natureza do direito material discutido, havia a proliferação de procedimentos para se chegar à declaração da despersonalização, cada juízo decidindo à sua maneira, conforme inicialmente exposto.

A normatização do procedimento relativo à desconsideração da personalidade jurídica, ainda que não imune a críticas, foi resolvida – e em boa hora – pelo novo CPC (a também sepultar o entendimento de forte parcela da doutrina que considerava indispensável a propositura de demanda específica – ação autônoma – para que as responsabilidades da pessoa jurídica fossem atribuídas aos sócios), mas as questões de direito material continuarão a desafiar a doutrina e a jurisprudência ainda por muito tempo.

5. O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CPC/2015

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica é modalidade de intervenção de terceiro, previsto nos arts. 133 a 137, do CPC. O Código de Processo Civil disciplina o procedimento do incidente de maneira específica e muito detalhada, a fim de estabelecer os critérios legais a serem rigorosamente obedecidos para sua aplicação.

Cabe, aqui, falar brevemente a respeito da classificação das diversas modalidades de intervenção de terceiros, no CPC, como modalidades voluntárias ou forçadas. As intervenções voluntárias são aquelas em que terceiro que deseja intervir na lide e, espontaneamente, requer sua participação na relação processual, motivo pelo qual não há falar, nesses casos, de citação desse terceiro; como exemplo, podemos citar a assistência (arts. 119 a 124) e o recurso de terceiro prejudicado (art. 996). Por outro lado, nas intervenções forçadas, o terceiro é citado no processo, devendo integrar a lide independentemente de sua vontade. É exatamente o caso do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, ao lado da denunciação da lide e do chamamento ao processo.

O incidente de desconsideração da pessoa jurídica é instaurado a requerimento da parte ou do Ministério Público, nos casos em que lhe couber intervir no processo (arts. 133, caput e 795, §4.º), – como *custos legis* – e observados os pressupostos específicos da lei material, conforme dispõe o art. 133, §1.º, do CPC. Vedado é ao juiz fazê-lo de ofício, sem provocação da parte.

Sobre a atuação do Ministério Público, o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC – Carta de Florianópolis), no Enunciado n.º 123, já considerou:

(...) desnecessária a intervenção do Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica, no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, salvo nos casos em que deva intervir obrigatoriamente, previstos no art. 178 (Grupo: Litisconsórcio e Intervenção de Terceiros)¹⁴.

São diversas as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica previstas na lei material. Destacam-se, dentre outras:

(i) Código Civil, art. 50:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

(ii) Código de Defesa do Consumidor, art. 28:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1.º (Vetado).

§ 2.º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3.º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4.º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5.º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

(iii) Código Tributário Nacional, art. 135:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

(iv) Decreto n.º 3.708, de 10 de janeiro de 1919, que regula a constituição de sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, art. 10:

14 Carta de Florianópolis, decorrente do VIII Fórum Permanente de Processualistas Civis, ocorrido em Florianópolis, Santa Catarina, nos dias 24 a 26 de março de 2017. **VIII Fórum Permanente dos Processualistas**. Disponível em: <https://www.dropbox.com/s/i4n5ngh49y1b1f4/Carta%20de%20Florian%C3%B3polis.pdf?dl=0>
Acesso em: 14/04/2020.

Art. 10. Os socios gerentes ou que derem o nome á firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contrahidas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidaria e illimitadamente pelo excesso de mandato e pelos actos praticados com violação do contracto ou da lei.

(v) Lei n.º 12.529/2011 – Lei Antitruste, art. 34:

Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

(vi) Lei n.º 9.605/98 – Lei de Crimes Ambientais, art. 4.º:

Art. 4.º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

O requerimento de instauração do incidente de desconsideração deve apresentar uma porção, ainda que mínima, de plausibilidade da alegação (*fumus boni iuris*) e indicar desde logo, quais as provas que o autor pretende produzir, sob pena de o juiz indeferir liminarmente o pedido, como se infere do § 4.º do art. 134 do CPC. Vale dizer: petição inicial que narre os fatos constitutivos do pedido (quais os atos ilícitos/fraudulentos/abusivos praticados e quais as pessoas por eles beneficiadas), seu fundamento legal, e desde logo indique as provas que pretende produzir a respeito.

O ordenamento jurídico brasileiro traz uma rede de proteção ao sócio que age com boa-fé e de acordo com os ditames legais. Ao revés, o abuso de direito, a prática de atos fraudulentos e a má-fé na condução da pessoa jurídica exclui esse pálio protetivo, atingindo os bens pessoais do sócio/administrador que agiu ilicitamente, a fim de satisfazer as obrigações assumidas em nome da pessoa jurídica.

Assim, andou bem o legislador do novo Código de Processo Civil ao estabelecer detalhadamente todo o rito procedimental para a instauração desse incidente, já que a ausência de normatização procedimental permitiu por bastante tempo a má, e por vezes indevida, aplicação do instituto pelos tribunais brasileiros.

Abaixo com mais detalhes, o procedimento previsto pelo Código para a instauração do incidente.

O incidente de desconsideração, como já ressaltado, é instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, sendo vedada sua instauração *ex officio*. Reforça esse raciocínio, a redação do § 1.º do art. 133 do CPC, que contém o vocábulo “observará”, deixando claro que

a instauração do incidente de desconconsideração deverá ser sempre provocada, a teor do disposto no *caput* do referido artigo. Isso além de obedecer rigorosamente aos pressupostos previstos na lei material que, conforme destacado acima, podem ser de ordem civil, trabalhista, consumerista, tributária, ambiental etc.

A conjugação desse dispositivo com o previsto no art. 134, §4.º, ao estabelecer que o requerimento para instauração do incidente deve comprovar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para a desconconsideração da personalidade jurídica, reforça a imprescindibilidade da presença dos pressupostos legais que autorizam a mudança da regra geral de responsabilidade patrimonial.

Apesar de um tanto óbvia, essa norma tem o importante objetivo de ressaltar a imprescindibilidade da presença dos pressupostos legais para a instauração do incidente, pois não foram raras as decisões proferidas no sentido de desconsiderar a personalidade jurídica apenas pelo fato de o titular da obrigação manter relacionamento societário com a pessoa jurídica; essa prática, além de ilegal, geralmente era realizada sem a devida observância do contraditório (mesmo quando diferido), levando à responsabilização pessoal do sócio, sem que este viesse a compor o polo passivo da demanda e assim tivesse a oportunidade de ser ouvido e de produzir provas. A ausência dessa regra cristalina no CPC/1973 permitiu que esse tipo de decisão se tornasse prática constante nos corredores do Judiciário.

Desde já bastante tempo tratada pela doutrina e admitida pela jurisprudência (cf. as decisões do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema: REsp 347.524/SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 4.ª T., j. 18.02.2003, DJ 19.05.2003¹⁵; REsp 948.117/MS, rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª T., j. 22.06.2010, DJe 03.08.2010¹⁶; AgRg no REsp 1096319/SP, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4.ª T., j. 26.02.2013, DJe 01.03.2013¹⁷), a desconconsideração inversa da personalidade jurídica finalmente ganha regramento específico no CPC.

Previsto no art. 133, §2.º, do CPC, a possibilidade de desconconsideração inversa tem lugar sempre que um sócio que exerce poder de controle da sociedade utiliza-se desta para ocultar seu patrimônio pessoal e fraudar terceiro. Essa prática de uso fraudulento da sociedade é

15 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200301732098&dt_publicacao=14/06/2004, Acesso em: 14/04/2020.

16 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700452625&dt_publicacao=03/08/2010, Acesso em: 14/04/2020.

17 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201101928151&dt_publicacao=15/08/2013, Acesso em 14/04/2020.

bastante comum nas relações conjugais, em que um dos cônjuges ou companheiros oculta seu patrimônio pessoal valendo-se da pessoa jurídica da qual detém o controle a fim de prejudicar o outro cônjuge, subtraindo, deste, direitos provenientes da relação conjugal e afetiva. O tema é bastante conhecido na jurisprudência.

O incidente de desconconsideração da pessoa jurídica tem lugar em qualquer tipo de processo – processo de conhecimento, cumprimento de sentença e execução fundada em título executivo extrajudicial – e em qualquer fase processual, podendo, portanto, ser suscitado inclusive na fase recursal, em segundo grau. Excetua-se a fase dos recursos especial ou extraordinário, em razão dos limites constitucionais do efeito devolutivo desses recursos.

Sendo o pedido de desconconsideração feito na própria petição inicial, o terceiro (que pode ser o sócio/administrador ou a pessoa jurídica, no caso de desconconsideração inversa), nesses casos, será citado como litisconsorte do réu e, portanto, não haverá a necessidade de instauração de um procedimento específico apartado, como disposto no art. 134, §2.º, do CPC.

Acatado o pedido da parte ou do Ministério Público e o sendo o incidente efetivamente instaurado (não bastando somente a existência do pedido), o juiz deve enviar um ofício ao distribuidor comunicando a instauração, para que o incidente seja devidamente anotado, com todos os dados do processo, de molde a que se dê conhecimento a terceiros de que existe um procedimento de desconconsideração em tramitação e que qualquer tentativa de alienação ou oneração de bens do sócio/administrador ou da pessoa jurídica (na hipótese de desconconsideração inversa), a partir daquele momento, poderá ser considerada fraudulenta e, por isso, reputada ineficaz.

Idêntica providência há de ser adotada se o pedido for feito na própria petição inicial e o juiz tiver determinado diretamente a citação do terceiro.

A instauração do incidente de desconconsideração suspende o processo, até que seja decidido o incidente. Caso o pedido de desconconsideração seja julgado procedente, haverá uma mudança importante no polo passivo demanda, já que a despersonalização da pessoa jurídica trará mais um réu para o processo. A suspensão é automática, de forma que não cabe ao juiz a análise de sua conveniência. De outra parte, não há falar em suspensão quando o pedido de desconconsideração já é feito na própria petição inicial, hipótese em que a decisão de desconconsideração poderá ocorrer simultaneamente com a decisão de mérito.

Feita a citação do sócio/administrador ou da pessoa jurídica (desconconsideração inversa), este terá o prazo de 15 (quinze) dias para se manifestar e requerer as provas que pretende produzir. Lembrando que, conforme previsão expressa do CPC, art. 219, a contagem dos prazos

é feita em dias úteis. A ausência de manifestação do requerido no incidente acarreta a aplicação dos efeitos da revelia (art. 344 do CPC).

O incidente de desconconsideração resolve-se por decisão interlocutória (a desafiar recurso de agravo de instrumento, cf. art. 1015, IV), que ostenta natureza declaratória, o que implica reconhecer que seus efeitos retroagem, pelo menos, até a data da instauração do incidente. Vale ressaltar que, em alguns casos, em sendo possível a identificação da data do fato gerador da desconconsideração – ato fraudulento, abuso de poder, confusão patrimonial – a decisão deve retroagir até essa data.

A decisão de desconconsideração da personalidade jurídica traz como principal efeito a responsabilidade patrimonial de terceiro, em que os atos expropriatórios atingem o patrimônio pessoal do sócio/administrador ou da pessoa jurídica (no caso da desconconsideração inversa).

Uma vez acolhido o pedido de desconconsideração, a alienação ou a oneração de bens será considerada ineficaz, em relação ao requerente (é dizer: a favor de quem for decretada a despersonalização, o que inclui o Ministério Público), quando praticada em fraude de execução (v. art. 792) pelo sócio/administrador ou pela pessoa jurídica a quem se estendeu a responsabilidade patrimonial em decorrência da desconconsideração.

6 A DESCONSIDERAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO A PARTIR DA REFORMA TRABALHISTA (LEI N.º 13.467/2017)

Especificamente no que toca à Justiça do Trabalho, há de se notar que o procedimental elencado pelos artigos 133 a 137 do Código de Processo Civil de 2015 somente foi adotado de maneira expressa pelo legislador juslaboral com o advento da Reforma Trabalhista (Lei n.º 13.467/2017), notadamente pelo que dispõe o artigo 855-A da CLT¹⁸.

18 BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. CLT. Art. 855-A. Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 da Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil.

§ 1º Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente:

I - na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do § 1º do art. 893 desta Consolidação;

II - na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo;

III - cabe agravo interno se proferida pelo relator em incidente instaurado originariamente no tribunal.

§ 2º A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 da Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).”

Até então, o tema era regulamentado pelo artigo 6.º da Instrução Normativa n.º 39/2016¹⁹, do Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, que determinava, além da aplicabilidade do CPC nesta matéria, expedientes específicos a serem utilizados no âmbito trabalhista.

Sobre estas particularidades anteriores ao advento da Reforma, vale dizer: ao amparo da antiga redação do artigo 878 da Consolidação das Leis do Trabalho, o magistrado possuía ampla legitimidade não só para dar início à execução *ex officio*, como também para instauração do incidente de desconideração por sua própria iniciativa – bastando, como já dito, que vislumbrasse a insuficiência de recursos para pagamento do débito por parte da pessoa jurídica executada.

Frise-se, portanto: uma vez atendidas as garantias do contraditório e a observância dos preceitos do Código de Processo Civil, a mera inadimplência das verbas trabalhistas pela sociedade empresária bastava para que sua personalidade fosse desconiderada.

A propósito:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTOS PELA SÓCIA DA EMPRESA EXECUTADA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO EM FACE DA SÓCIA DA EMPRESA EXECUTADA. O Regional, ao dirimir a questão, concluiu ser imperiosa a desconstituição da personalidade jurídica da empresa executada, devedora principal, uma vez que restaram configurados os permissivos legais, consubstanciados na impossibilidade do adimplemento da obrigação pelo devedor original, tendo em vista que a empresa não possui bens para garantia da execução, restando sem êxito todas as tentativas de expropriação de bens da sociedade, enquadrando-se o caso concreto nas hipóteses do artigo 28 da Lei 8.078/90. Ademais, trata-se de matéria nitidamente infraconstitucional. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (AIRR-62000-38.2007.5.03.0016, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 27/11/2015)²⁰.

A partir da novel legislação, então, a redação da já aludida Instrução Normativa foi absorvida pelo art. 855-A da CLT, tendo-se suprimido, contudo, o excerto que assegurava a

19 Art. 6.º Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878).

§ 1º Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente:

I – na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do art. 893, § 1.º da CLT;

II – na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo;

III – cabe agravo interno se proferida pelo Relator, em incidente instaurado originariamente no tribunal (CPC, art. 932, inciso VI).

§ 2.º A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 do CPC. BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. TST. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>, acesso em 14/04/2020.

20 BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. TST. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/c59dfc194456e101e338b58fa1954f82>. Acesso em: 15/04/2020.

iniciativa do juiz para a conflagração da fase de execução, vez que também modificou o teor do art. 878, que assegurava tal possibilidade.

Assim, conquanto ainda se prestigie a Teoria Menor da Desconsideração na Justiça do Trabalho²¹, não mais se permite a instauração do incidente de ofício pelo magistrado²², excetuados os casos em que as partes não estão representadas por advogado.

Nesse sentido, tem-se:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO COATOR PRATICADO NA VIGÊNCIA DO CPC/15. FASE DE EXECUÇÃO. INCLUSÃO NO POLO PASSIVO DA AÇÃO PRINCIPAL DE SÓCIO DE EMPRESA QUE COMPÕE GRUPO ECONÔMICO, SEM A INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. EXIGÊNCIA LEGAL DOS ARTS. 133 DO CPC/15 E 855-A DA CLT. DIREITO LÍQUIDO E CERTO A SER TUTELADO PELA VIA MANDAMENTAL. HIPÓTESE DE MITIGAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 92 DESTA C. SUBSEÇÃO 2. 1. Mandado de segurança impetrado contra ato judicial que determinou a inclusão da impetrante no polo passivo da execução trabalhista, mediante a desconsideração da personalidade jurídica, sem a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. 2. É incontroverso nos autos que a ora impetrante não compõe o quadro societário da reclamada da ação trabalhista matriz, sendo incluída no polo passivo da demanda em razão da sua condição de sócia de empresa que compõe grupo econômico com a devedora. 3. A jurisprudência desta SBDI-2/TST, cristalizada na Orientação Jurisprudencial nº 92, é no sentido de que "não cabe mandado de segurança contra decisão judicial passível de reforma mediante recurso próprio, ainda que com efeito diferido". Idêntica interpretação também se verifica na Súmula nº 267 do Supremo Tribunal Federal. 4. Todavia, esta Subseção vem mitigando a aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 92, nas demandas em que a decisão impugnada possa resultar em grave lesão à parte impetrante caso prossiga o trâmite do processo pela via ordinária, ou nas hipóteses de teratologia do ato praticado pela autoridade coatora. 5. No caso em análise, verifica-se que a autoridade coatora determinou a desconsideração da personalidade jurídica da Reclamada, incluindo a impetrante, ora Recorrente, no polo passivo da execução, e redirecionando contra ela a execução dos créditos trabalhistas, sem observar o procedimento previsto nos arts. 133 a 137 do CPC e 855-A da CLT. 6. É a hipótese, portanto, de mitigação da incidência da Orientação Jurisprudencial 92 da SBDI-2, porquanto não foram obedecidos o rito e a determinação de instauração do incidente de observância inafastável, o que redundou em ofensa ao direito líquido e certo da recorrente ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal). Precedentes desta c. Subseção. Segurança que deve ser concedida. Recurso ordinário conhecido e provido" (RO-108-21.2019.5.08.0000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 06/03/2020)²³ (grifos acrescidos).

21 Conforme os seguintes julgados: TST-ARR-3148-91.2014.5.05.0251, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 05/04/2019; TST-AIRR-2182-31.2014.5.05.0251, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 29/03/2019; TST-ARR-2312-21.2014.5.05.0251, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 26/10/2018; TST-AIRR-150100-23.1994.5.04.0007, 7ª Turma, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 06/11/2015. BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. TST. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/be90d2dcc23f4d49e7d57206d733b202> Acesso em: 15/04/2020.

22 Conforme TST-RR-178400-39.1997.5.02.0041, 6ª Turma, Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, DEJT 14/02/2020. BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. TST. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/be90d2dcc23f4d49e7d57206d733b202> Acesso em 15/04/2020.

23 BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. TST. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/6fc3b4e5637394b913e9f504b3b4d3d> Acesso em: 15/04/2020.

Sobre este aspecto, em intuito de conferir maior segurança jurídica às decisões oriundas destas inovações legislativas, o Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho editou a Instrução Normativa n.º 41²⁴, que, em seu art. 13²⁵, assevera expressamente a adstrição da instauração de ofício do incidente de desconconsideração às situações em que as partes não são representadas por advogado.

De todo modo, afóra as peculiaridades referentes aos procedimentos para instauração do incidente na Justiça do Trabalho, também discrepa da Justiça Comum o regime recursal destinado a atacar as decisões que o admitem ou rejeitam.

Neste sentido, os incisos do §1.º do artigo 855-A da CLT determinam que a decisão interlocutória que admite o incidente não será atacável de imediato, se proferida em fase cognitiva, ao passo que, se na fase executória, será cabível a interposição de agravo de petição. Em um último ponto, se a decisão é proferida pelo relator em incidente instaurado originariamente no tribunal, o provimento pode ser desafiado pela via do agravo interno.

7 CONCLUSÕES

O novo CPC foi sensível aos reclamos e postulações da doutrina no tocante à necessidade de normatizar o procedimento da desconconsideração da personalidade jurídica, evitando, assim, a proliferação de entendimentos dos mais diversos, com cada juízo criando suas próprias regras, a gerar insegurança jurídica e proliferação de recursos.

Também, à exigência de plena observância do princípio do contraditório (seja nas hipóteses do incidente, seja no pedido feito na própria inicial), ao mesmo tempo em que, com a obrigatoriedade de comunicação ao Cartório Distribuidor, coibiu manobras jurídicas que dificultavam conferir efetividade à proteção jurídica do requerente.

O CPC não criou uma nova hipótese material de despersonalização, mas, sim, sua procedimentalização. Isso significa que as regras que abrigam as hipóteses de desconconsideração continuarão a ser aquelas previstas no direito material.

24 BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. TST. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/RESOLUCAO+221+-+21-06-2018.pdf/4750fdb-8c09-e017-9890-96181164c950>. Acesso em 14/04/2020.

25 A partir da vigência da Lei n.º 13.467/2017, a iniciativa do juiz na execução de que trata o art. 878 da CLT e no incidente de desconconsideração da personalidade jurídica a que alude o art. 255-A da CLT ficará limitada aos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado. BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. TST. Instrução Normativa N. 40. Art. 13. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/1adc0917-d2f6-4936-8b54-bf8432359a4d>. Acesso em 17/04/2020.

A parte legítima para requerer a desconsideração é, tão somente, o credor que restou lesado, ou o Ministério Público, nos casos em que lhe couber intervir no processo, cabendo a estes o ônus da prova, não sendo possível, portanto, a sua aplicação *ex officio* pelo juiz.

Assim o fazendo, o CPC criou uma nova forma de intervenção de terceiros, com exceção da hipótese em que o pedido é formulado na própria petição inicial.

Quando o pedido de desconsideração é apresentado na inicial, dá-se a figura do litisconsorte passivo facultativo, no qual o autor incluirá como réus a pessoa jurídica e os sócios/administradores cujo patrimônio busca atingir por abuso no uso da personalidade jurídica.

Como se trata de regra de direito processual, aplica-se imediatamente a todos os processos em curso, em qualquer grau de jurisdição, sejam eles de natureza cível, fiscal ou trabalhista.

Não se pode dizer que o CPC, ao prever o incidente de desconsideração da personalidade jurídica como intervenção de terceiro, acolheu e adotou a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica como forma de harmonizar as normas materiais com o aspecto processual/procedimental do instituto. A discussão doutrinário-jurisprudencial persistirá, principalmente no âmbito do direito trabalhista, do direito do consumidor, do direito ambiental etc., que somente ganhará entendimento majoritário com o passar do tempo e com o esperado amadurecimento do instituto.

Em relação à justiça do trabalho, mesmo que a Teoria Menor da Desconsideração ainda seja aplicada, não é mais possível que o magistrado instaure o incidente de ofício, como ocorria antes da reforma trabalhista, salvo nos casos em que as partes estão desassistidas de advogado.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE JUNIOR, Mozart V.. **A obrigatoriedade (?) do incidente de desconsideração da personalidade jurídica**. *Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil*, vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 855 – 875. 2018.

ARMANI, Wagner José P.. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica como forma de fortalecimento do princípio da autonomia patrimonial. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 77/2017. p. 163 – 184, Jul - Set / 2017.

BASTIANETTO, Lorena M. R.; REZENDE, Élcio N.. A desconsideração da personalidade jurídica na convoluta sistemática legal da responsabilidade civil: uma abordagem inovadora à luz do código de processo civil de 2015. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 11. p. 125–141, Abr-Jun. 2017.

q

BRASIL. **Decreto n.º 3.708, de 10 de janeiro de 1919. Regula a sociedade por quotas de responsabilidade limitada.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d3708.htm>. Acesso em: 14 de abril de 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho** (consolidada). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 14 de abril de 2020.

BRASIL. **Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 14 de abril de 2020.

BRASIL. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil (1973).** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 05 de abril de 2018.

BRASIL. **Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 14 de abril de 2020.

BRASIL. **Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Código de Defesa do Consumidor.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 14 de abril de 2020

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 05 de abril de 2018.

BRASIL. **Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011. Lei Antitruste.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm>. Acesso em: 14 de abril de 2020.

BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil de 2015.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 05 de abril de 2018.

BRASIL. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.** Consulta a jurisprudência. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 14 de abril de 2020.

BRASIL. **TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO.** Jurisprudência. Disponível em: < <https://www.trt1.jus.br/jurisprudencia>> Acesso em 14 de abril de 2020

BRASIL. **TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.** Consulta a jurisprudência. Disponível em: < <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#21bb1e51954370499b5c9582c919430e>>. Acesso em 14 de abril de 2020.

BRASIL. **TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.** Instruções Normativas. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/instrucoes-normativas>> Acesso em 14 de abril de 2020

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Disponível em <http://fpprocessualistascivis.blogspot.com/search?updated-max=2017-03-13T14:07:00-07:00&max-results=7>, acesso em 14 de abril de 2020.

LEITE, Carlos H. B.. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 16.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LORENZETTI, Ari P.. **A responsabilidade pelos créditos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2003.

NUNES FILHO, Heleno R. P. A desconsideração de ofício da personalidade jurídica à luz do incidente processual trazido pelo novo código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. vol. 258, agosto. p. 103–152. 2016.

SAMPAIO, Marcus V. de A.. IDPJ – Incidente de Desconsideração Da Personalidade Jurídica. WAMBIER, Luiz R.; WAMBIER, Tereza A. A. (Coord.) **Temas essenciais do Novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro**. São Paulo: RT, 2016.

WAMBIER, Teresa A. A. et.al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2016.

THE PRECARIETY OF TEMPORALITY: HOW LAW INHIBITS IMMIGRANT WORKER CLAIMS¹

A PRECARIEDADE DA TEMPORALIDADE: COMO A LEI INIBE RECLAMAÇÕES DE TRABALHADORES IMIGRANTES

Kati L. Griffith²

Shannon M. Gleeson³

ABSTRACT: This article presents a systematic comparison of each group of immigrant workers in the United States, drawing on a review of the existing literature and a new pilot study, to examine the challenges facing each set of immigrants. We conclude that particular differences in U.S. immigration law categories may shape how immigrants on the ground interact with broader legal regimes, such as criminal, employment, and administrative law. These affect how immigrants weigh the prospect of coming forward with a workplace law claim against their employers and each immigration category is likely to pose its own distinctive barriers to employee claimsmaking.

KEYWORDS: Claimsmaking process; Crimmigration and immployment regimes; Temporary immigrant workers; Unauthorized workers; H-2 guest workers.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Workplace law claimsmaking process. 3. Crimmigration and immployment regimes as inhibitors. 3.1. Unauthorized workers. 3.1.1. Crimmigration. 3.1.2. Immployment. 3.2. H-2 guest workers. 3.2.1. Immployment. 4. Adminigration regime as inhibitor: the case of TPS workers. 4.1. Administrative immigration processes. 4.2. Crimmigration. 4.3. Immployment. 5. Law-induced inhibitors: some caveats. 6. Discussion and conclusion.

RESUMO: Este artigo apresenta uma comparação sistemática de cada grupo de trabalhadores imigrantes nos Estados Unidos, baseando-se em uma revisão da literatura existente e em um novo estudo, para examinar os desafios enfrentados por cada conjunto de imigrantes. Concluímos que diferenças específicas nas categorias de leis de imigração dos EUA podem moldar a maneira como os imigrantes interagem com regimes legais mais amplos, como direito penal, trabalhista e administrativo. Elas afetam a forma como os imigrantes avaliam a perspectiva de

¹Artigo enviado em 01//07/2019.

Artigo aprovado em 18/02/2020 e 01/10/2020.

This article was originally published by the Comparative Labor Law & Policy Journal (Vol. 39:1, Fall 2017).

² Associate Professor at Cornell's ILR School.

³ Associate Professor at Cornell's ILR School. We would like to thank Cornell's Institute for the Social Sciences for funding this research and Anneliese Truame and Lori Sonken for their assistance with project administration. This article would not have happened without the following research assistants; Jessica Santos, Kennys Lawson, Darlene Dubuisson, Lynne Turner, Alicia Canas, Vivian Vázquez, and Jennifer O'Brien. We appreciate Caro Achar, Charlotte Alexander, Darlene Dubuisson, Andrew Elmore, Matthew Finkin, Judy Fudge, Leslie Gates, Vivian Vázquez, and the editors of the Comparative Labor Law & Policy Journal for their feedback on previous drafts. Our thinking also benefitted from conversations with Steven Alvarado, Matthew Hall, Jordan Matsudaira, Leticia Saucedo, Joshua Stehlik, Shoba Wadhia and Stephen Yale-Loehr. All errors and omissions are the responsibility of the authors.

apresentar uma reivindicação de lei no local de trabalho contra seus empregadores e é provável que cada categoria de imigração represente suas próprias barreiras distintas a realizar reclamações trabalhistas.

PALAVRAS-CHAVE: Processo de reclamação trabalhista; Regimes de criminalização da imigração (“cimmigration”) e de emprego de imigrantes (“immployment”); Trabalhadores imigrantes temporários; Trabalhadores não autorizados; Trabalhadores convidados H-2.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Processo de reclamação trabalhista. 3. Regimes de “cimmigration” e “immployment” como inibidores das reclamações trabalhistas. 3.1 Trabalhadores não autorizados. 3.1.1 “Cimmigration”. 3.1.2 “Immployment”. 3.2 Trabalhadores convidados H-2. 3.2.1 “Immployment.” 4. Regime administrativo como inibidor: o caso dos trabalhadores TPS (status de proteção temporária). 4.1 Processos administrativos de imigração. 4.2 “Cimmigration”. 4.3 “Immployment”. 5. Inibidores previstos pela lei: algumas advertências. 6. Discussão e conclusão.

1 INTRODUCTION

U.S. workplace law provides a wide range of rights for the subset of workers who fall within the legal definitions of “employee.” It provides employees with the right to minimum wages for the hours they work. It promises employees a modicum of health and safety in the workplace. It promotes collective activity among employees to improve wages and working conditions, and it prohibits many forms of employment discrimination against employees.

The primary enforcers of U.S. workplace law are the employees themselves, typically through employee-initiated claims against their employers to executive agencies and/or judicial forums⁴. While some government-initiated enforcement initiatives do exist⁵, the vast majority of claims still originate from individual claims by employees. Given employees’ central enforcement role in ensuring employer compliance, some scholars refer to employees as “private attorneys general,” who simultaneously enforce workplace law on behalf of themselves and the broader public interest⁶. Others refer to the employee claims-driven rationale of U.S. workplace law as

4 See Kati L. Griffith, *Discovering “Immployment” Law: The Constitutionality of Subfederal Immigration Regulation at Work*, 29 *YALE L. & POL’Y REV.* 389, 431 (2011) (“An in-depth examination of the legislative history, language, and case law involving [FLSA and Title VII] demonstrates that Congress intended to . . . encourage employee-initiated complaints and to discourage employee fear of coming forward. The statutes’ reliance on employee-initiated complaints is manifest.”).

5 The U.S. Department of Labor Wage and Hour Division under David Weil, for instance, extended government-initiated enforcement initiatives. See David Weil, *Strategic Enforcement in the Fissured Workplace*, in *N.Y.U. 68th A NN. CONFERENCE LAB., WHO IS AN EMPLOYEE AND WHO IS THE EMPLOYER?* (Kati L. Griffith & Sam Estreicher eds., 2015).

6 Llezlie Green Coleman, *Exploited at the Intersection: A Critical Race Feminist Analysis of Undocumented Latina Workers and the Role of the Private Attorney General*, 22 *VA. J. SOC. POL’Y & L.* 397, 400, 421 (2015) (referring to employees as “private attorney generals”); Kati L. Griffith, *U.S. Migrant Worker Law: The Interstices of*

“bottom-up enforcement,” in contrast to top-down government-initiated enforcement⁷.

In recent decades, law and society scholars have revealed that non-citizen workers in the United States face unique challenges to workplace law claimsmaking against their employers. The bulk of this literature focuses on the ways that the more than eight million workers who lack immigration authorization to be present in the United States (“unauthorized workers”)⁸ are inhibited from claimsmaking. Gleeson’s work on immigration status as “a precarity multiplier,” for instance, has identified the pervasive fear of deportation as an inhibitor to employee claimsmaking against employers⁹. This body of work has highlighted the combined force of the criminal justice and immigration enforcement systems (the *crimmigration* regime) as the primary legal institutional space for understanding inhibitors to “unauthorized” employee claimsmaking.

When scholars have considered claimsmaking inhibitors for low-wage “authorized” immigrant workers they have tended to spotlight temporary migrant worker programs, which are employment-based migration management systems designed to fill alleged labor shortages. Scholars studying the United States have concentrated extensively on low-wage employer-sponsored guest workers, such as H-2A agricultural workers and H-2B workers in seasonal industries¹⁰. Because these workers’ immigration authorization is explicitly tied to an employer’s sponsorship, this body of work has zeroed in on the ways immigration law deters employee claimsmaking by delegating enhanced power to employers. The filtering of immigration regulation through employers and the employment arena—what Griffith calls

Immigration Law and Labor and Employment Law, 31 COMP. LAB. L. & POL’Y J. 125, 160 (2009) (same); Kathleen Kim, *The Trafficked Worker as Private Attorney General: A Model of Enforcing the Civil Rights of Undocumented Workers*, 2009 U. CHI. LEGAL F. 247, 308 (2009) (same).

⁷ See Charlotte S. Alexander & Arthi Prasad, *Bottom-Up Workplace Law Enforcement: An Empirical Analysis*, 89 IND. L.J. 1069, 1070–74 (2014).

⁸ See, D’Vera Cohn & Jeffrey S. Passel, *Size of U.S. Unauthorized Immigrant Workforce Stable After the Great Recession*, PEW RES. CTR. 2 (Nov. 3, 2016), http://assets.pewresearch.org/wp-content/uploads/sites/7/2016/11/02160338/LaborForce2016_FINAL_11.2.16-1.pdf.

⁹ See SHANNON GLEESON, *PRECARIOUS CLAIMS: THE PROMISE AND FAILURE OF WORKPLACE PROTECTIONS IN THE UNITED STATES* 7 (2016).

¹⁰ See generally Griffith, *supra* note 3. See also discussion and citations in Section III.B. *infra*. Besides H-2 guest workers, there has been growing attention on workplace problems in the J-1 cultural exchange program. See, e.g., Catherine Bowman & Jennifer Bair, *From Cultural Sojourner to Guestworker? The Historical Transformation and Contemporary Significance of the J-1 visa Summer Work Travel Program*, 58 LAB. HIS. 1, 16 (2017); Nicole Durkin, *All Work and Not Enough Pay: Proposing a New Statutory and Regulatory Framework to Curb Employer Abuse of the Summer Work Travel Program*, 81 GEO. WASH. L. REV. 1294, 1297–99 (2013); Patricia Medige & Catherine Bowman, *U.S. Anti-Trafficking Policy and the J-1 Visa Program: The State Department’s Challenge from Within*,

7 INTERCULTURAL HUM. RTS. L. REV. 103, 125–26 (2012).

immigration law¹¹—is the central legal institutional context for understanding inhibitors to employee claimsmaking against employers for this group of authorized non-citizens in the United States.

Scholars studying Canada—which has a far larger guest worker program than does the United States—have similarly examined the experiences of temporary migrant worker (guest worker) programs. Some view, for example, the Canadian Seasonal Agricultural Worker Program (SAWP) and Foreign Worker Program (FWP) as superior to the U.S. versions because of increased governmental oversight. However, programs like these still grant employers a problematic role in immigration regulation. Canadian employers do not directly sponsor workers in the same way that U.S. H-2 employers do. Nonetheless, they exert control over the workforce through contract requirements¹² and the evaluations they provide to government decision-makers about the worker’s performance¹³. This research has shown that different employment-based temporary migrant worker programs impose different conditions, which result in different forms of precarity¹⁴.

This article builds on this prior work, but considers a group of “authorized” immigrant workers in the United States that studies of employee claimsmaking have overlooked. It focuses on a group of authorized temporary immigrants that are *not* part of labor market-based migration management systems. Specifically, the article analyzes the situation of the approximately one million workers who have been granted a discretionary and temporary reprieve from deportation

11 See, e.g., Griffith, *supra* note 1.

12 See Tanya Basok & Ana López-Sala, *Rights and Restrictions: Temporary Agricultural Migrants and Trade Unions’ Activism in Canada and Spain*, 17 J. OF INT’L MIGRATION AND INTEGRATION 1271 (2015).

13 See Leigh Binford, *From Fields of Power to Fields of Sweat: The Dual Process of Constructing Temporary Migrant Labour in Mexico and Canada*, 30 THIRD WORLD Q. 503, 514 (2009) (recounting a temporary worker’s feeling that workers would “get sent back to Mexico” if they engaged in claimsmaking against their employers).

14 See Judy Fudge, *Precarious Migrant Status and Precarious Employment: The Paradox of International Rights for Migrant Workers*, 34 COMP. LAB. L. & POL’Y J. 95 (2012) (exploring the nexus between precarious migrant status and precarious employment in three different Canadian temporary migrant worker programs). A wide body of research has also examined the challenges associated with temporary workers in Europe, in which non-EU workers often fall in and out of status, and are subject to significant immigration surveillance. See, e.g., Kitty Calavita, *Braceros and Guestworkers in the United States and Spain: A Political and Contextual Analysis of Difference*, 21 ÉNDOXA: SERIES FILOSÓFICAS 197 (2006); Stephen Castles, *Guestworkers in Europe: A Resurrection?*, 40 INT’L MIGRATION REV. 741 (2006). Additional work in the Middle East and North Africa has shown the extreme precarity of guest workers, especially in places where entire economies rely heavily on this labor, where the mechanisms for worker rights are minimal, and where the mechanisms for deportation are swift and have little regard for civil and human rights. See NATASHA ISKANDER, *CREATIVE STATE: FORTY YEARS OF MIGRATION AND DEVELOPMENT POLICY IN MOROCCO AND MEXICO* (2015).

for humanitarian concerns or some other public interest¹⁵. These temporary immigrants¹⁶ do not have an existing path to legal permanent residency or eventual citizenship. They can apply for work authorization, but their legal presence in the United States is not tied to their employment or labor market considerations in any way. By considering claimsmaking inhibitors for this understudied group of temporary immigrants in the United States, the article builds on the work of Goldring, and others, who have called for intense study of the ramifications of a the wide ranging and diverse types of precarious migratory statuses¹⁷.

Authorized immigrant workers who are not part of a guest worker program warrant enhanced scholarly attention (hereafter referred to as “temporary immigrants” or “temporary immigrant workers”). A group of authors has begun to unravel the mechanisms of precarity for temporary immigrants in the United States¹⁸. Menjívar likens the experience of these immigrants to being in a space of “suspended legality,” or a “legal limbo.”¹⁹ Heeren’s taxonomy of various non-guest worker immigration categories— such as parole, Deferred Action and Temporary Protected Status—shows that, despite some differences, the temporary immigrant categories he highlights all share the common feature of being “temporary, tenuous, and tentative.”²⁰ Consistent with this view, Chacón has observed that temporary work authorization

15 Geoffrey Heeren, *The Status of Nonstatus*, 64 AM. U. L. REV. 1115, 1145, 1147–49, 1155, 1158, 1160–62 (2015) (estimating that there are close to one million individuals in some form of temporary legal limbo).

16 We refer to these individuals as “immigrants” even though U.S. immigration law considers them to be “non-immigrants.” See 8 U.S.C. § 1101(a)(15). We do this because, despite this legal definition, “immigrants” is colloquially understood to include foreign-born non-citizen workers. See D. Carolina Núñez, *War of the Words: Aliens, Immigrants, Citizens, and the Language of Exclusion*, 2013 B.Y.U. L. REV. 1517, 1526–41 (2013) (illustrating the widespread colloquial usage); *Immigrant*, MERRIAM- WEBSTER DICTIONARY, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/immigrant> (last visited Apr. 6, 2017); Cohn & Passel, *supra* note 5 (referring to technical “non-immigrants” as immigrants).

17 Luin Goldring, Carolina Berinstein & Judith K. Bernhard, *Institutionalizing Precarious Migratory Status in Canada*, 13 CITIZENSHIP STUD. 239 (2009).

18 See generally Leisy Abrego & Sarah M. Lakhani, *Incomplete Inclusion: Legal Violence and Immigrants in Liminal Legal Statuses*, 37 L. & POL’Y 265 (2015); Jennifer Chacón, *Producing Liminal Legality*, 92 DENV. U.L. REV. 709, 710 (2015) (unpacking “the legal mechanisms that produce liminal legality.”). This work draws on Turner’s concept of liminality. VICTOR TURNER, *THE FOREST OF SYMBOLS: ASPECTS OF NDEMBU RITUAL* (1967). It also pulls from Coutin’s concept of liminal legality. SUSAN B. COUTIN, *LEGALIZING MOVES: SALVADORAN IMMIGRANTS’ STRUGGLE FOR U.S. RESIDENCY* (2000); Susan B. Coutin, *Denationalization, Inclusion, and Exclusion: Negotiating the Boundaries of Belonging*, 7 IND. J. OF GLOBAL LEGAL STUD. 585 (2000).

19 Cecilia Menjívar, *Liminal Legality: Salvadoran and Guatemalan Immigrants’ Lives in the United States*, 111 AM. J. SOC. 999, 1003, 1008 (2006). See also Agnieszka Kubal, *Conceptualizing Semi- Legality in Migration Research*, 47 LAW & SOC’Y REV. 555, 556-57 (2013) (citing a number of scholars and noting terms such as “in-betweeners,” “liminal migrants,” “civically stratified,” and “quasi-legal.”).

20 Heeren explains that they do not have “status” as that concept is described under federal immigration law, but

and a temporary reprieve from deportation do not “offer a shield” from workplace exploitation²¹. There has been little theorizing, however, about how the “legal limbo” of temporary immigrants interacts with employee claimsmaking, the motor of the workplace law enforcement scheme in the United States.

In this article, we propose that temporary immigrant workers in the United States face unique law-induced challenges to claimsmaking when compared to other categories of workers with precarious immigration statuses²², such as unauthorized workers and H-2 guest workers. We present a systematic comparison of each group, drawing on a review of the existing literature and a new pilot study, to examine how the challenges facing each set of immigrants overlap in some ways, but are unique in others. We conclude that particular differences in U.S. immigration law categories (unauthorized, H-2 guest workers, and temporary immigrant workers) may shape how immigrants on the ground interact with broader legal regimes, such as criminal, employment, and administrative law. In turn, these differing legal institutional contexts affect how immigrants weigh the prospect of coming forward with a workplace law claim against their employers.

While the *crimmigration* regime is the central legal institutional context inhibiting claimsmaking behavior for unauthorized workers, and *immigration* regime inhibitors are dominant for H-2 guest workers, temporary immigrants reveal the primacy of a different legal institutional space. We propose that administrative (rather than enforcement and employment related) processes of immigration law—and the bureaucratic steps required to grant both temporary reprieves from deportation and work authorizations—is a primary legal institutional context for understanding law-induced inhibitors to temporary immigrant workers’ claimsmaking. We dub this arena the *adminigration* regime. In doing so, we expose the ways that the legal environment can generate workplace precarity that inhibits claimsmaking for authorized non-citizen employees, even when an immigrant’s employment status has no formal relationship to his or her immigration status.

they also do not have “no status.” Heeren, *supra* note 12, at 1132.

21 Chacón, *supra* note 15, at 718.

22 We use “precarious immigration status” in a similar way to Goldring and Landolt. See Luin Goldring & Patricia Landolt, *Caught in the Work–Citizenship Matrix: The Lasting Effects of Precarious Legal Status on Work for Toronto Immigrants*, 8 GLOBALIZATIONS 325, 328 (2011) (defining it as “the absence of key rights or entitlements usually associated with the full or nearly full status of citizenship and permanent residence . . . includes ‘documented’ but temporary workers . . . [and includes] gradations and multidimensionality of non-citizenship and ‘illegality.’”).

We do not argue that law and legal regimes represent the only inhibitors to claimsmaking. Moreover, we do not contend that one can fully differentiate these institutional spaces of *crimmigration*, *immployment*, and *adminigration* from each other²³. Instead, our goal is to establish that law's imprint on non-citizen employees' claimsmaking exists on a continuum and each immigration category is likely to pose its own distinctive barriers to employee claimsmaking²⁴.

The remainder of the article proceeds as follows. Section II will provide a brief overview of the process of employee claimsmaking in the U.S. workplace law context. It will also describe how scholars have broadly conceptualized inhibitors to employee claimsmaking against their employers. This framework informs our subsequent analysis of the ways that an individual's immigration category under U.S. immigration law may exacerbate some of these dynamics. Section III will specify how differing legal institutional contexts shape claimsmaking inhibitors for unauthorized workers and employer-sponsored H-2 guest workers. This analysis and a systematic survey of the existing scholarship illustrates that a dominant focus on unauthorized workers and employer-sponsored H-2 guestworkers has led to a dominant focus on the *crimmigration* and *immployment* legal regimes.

Section IV will consider the specific case study of workers with Temporary Protected Status (TPS), in hopes that it will provide insight about potential claimsmaking inhibitors for the broader group of temporary immigrants in the United States. As mentioned above, there are about one million non-guest worker temporary immigrants in the United States. There is an alphabet soup of immigration law designations that fit this category, including several forms of deferred action, humanitarian parole and Convention Against Torture beneficiaries. While there are differences among various types of temporary immigrant workers, they all share a temporary reprieve from deportation and the possibility of a temporary work authorization²⁵.

23 See Marcel Paret & Shannon Gleeson, *Precairity and Agency Through a Migration Lens*, 20 CITIZENSHIP STUDIES 277 (2016) (discussing the interactive processes that foster precarity); Kati L. Griffith, *Laborers or Criminals?: The Impact of Crimmigration on Labor Standards Enforcement*, in THE CRIMINALIZATION OF IMMIGRATION: CONTEXTS AND CONSEQUENCES (2014) (discussing the relationship between the *crimmigration* regime and the *immployment* law regime).

24 See generally Kara Cebulko, *Documented, Undocumented and Liminaly Legal: Legal Status During the Transition to Adulthood for 1.5-Generation Brazilian Immigrants*, 55 SOC. Q. 143 (2014) (suggesting that immigrants, too, see a hierarchy of statuses that ranges from unauthorized, to liminal status, to legal permanent resident/citizenship status.).

25 The population of temporary immigrants has grown in recent years. Temporary immigrant programs, such as the

Taking on the specific case of TPS is justified because it is one of the most populous categories. About a third of the population of temporary immigrants have TPS²⁶. By definition, TPS is a form of temporary humanitarian relief made available to individuals who have been present in the United States for a designated time period, do not have a criminal history, and are from certain countries. The administration can designate countries as TPS eligible if they are experiencing severe environmental problems, wars or other extraordinary and temporary conditions. TPS beneficiaries from El Salvador, Honduras, and Haiti account for 90% of the TPS population in the United States²⁷. TPS holders share many similarities with the other individuals who have some form of temporary reprieve from deportation and temporary work authorization. Although it is named Temporary Protected *Status*, TPS offers “no formal legal immigration status, much less a path to citizenship.”²⁸ Once individuals receive TPS, they are eligible to apply for Employment Authorization Documents (EADs) to work in the United States for a specified period of time²⁹. The U.S Department of Homeland Security, in consultation with the U.S. Secretary of State, has the discretion to renew or remove a country’s TPS designation³⁰.

Investigating the case of TPS workers has the added benefit of evaluating proposed changes to the H-2 guest worker program. If advocates succeed in gaining more visa portability for H-2 workers³¹, the legal institutional context that H-2 workers experience would look more

Deferred Action for Childhood Arrivals (DACA) program—whose beneficiaries are popularly known as the “Dreamers”—grew under President Obama’s administration. See Chacón, *supra* note 14, at 713. See also Heeren, *supra* note 12, at 1181 (“The embattled state of immigrant rights and benefits is perhaps part of the reason why nonstatus has become the default answer to the immigration policy debate. Nonstatus comes with minimal rights and benefits, although even those have provoked an outcry.”).

26 CARLA N. ARGUETA, CONG. RESEARCH SERV., RS20844, TEMPORARY PROTECTED STATUS: CURRENT IMMIGRATION POLICY AND ISSUES 4 (2017), <https://fas.org/sgp/crs/homsec/RS20844.pdf> (estimating that there are 378,000).

27 El Salvador has 195,000, Honduras has 57,000, and Haiti has 50,000). ARGUETA, *supra* note 23. See also Robert Warren & Donald Kerwin, *A Statistical and Demographic Profile of the US Temporary Protected Status Populations from El Salvador, Honduras, and Haiti*, 5 J. ON MIGRATION AND HUMAN SECURITY 577, 579 (2017).

28 Chacón, *supra* note 15, at 722.

29 U.S. CITIZENSHIP & IMMIGRATION SERV., *Temporary Protected Status*, <https://www.uscis.gov/humanitarian/temporary-protected-status#Countries%20Currently%20Designated%20for%20TPS> (last updated Mar. 6, 2017).

30 Congress, with the Immigration Act of 1990, created Temporary Protected Status (TPS). ARGUETA, *supra* note 23, at 2–4.

31 See, e.g., LEVELING THE PLAYING FIELD: REFORMING THE H-2B PROGRAM TO PROTECT GUESTWORKERS AND U.S. WORKERS 12 (Penn State Univ. & Nat. Guest Worker Alliance Eds. 2012); Cathleen Caron, *Portable Justice, Global Workers, and the United States*, 40 CLEARINGHOUSE REV. 549, 549–55 (2007); Andrew J. Elmore, *Egalitarianism and Exclusion: U.S. Guest Worker Programs and a Non-Subordination*

like the context that temporary immigrant workers experience under TPS. Thus, the more we learn about TPS workers, the more we learn about the potential future of low-wage guest work in the United States.

Our theoretical framework draws on more than a dozen interviews with legal experts who advise temporary immigrant workers in the New York City (NYC) area and the authors' pilot study of fourteen in-depth interviews with TPS workers in NYC during the summer of 2016³². Before concluding, Section V will discuss the challenges and benefits of examining legal regimes as sources of precarity and, by extension, as inhibitors to employee claimsmaking.

2 WORKPLACE LAW CLAIMSMaking PROCESS

Claimsmaking in the U.S. workplace law context typically means that an employee, or a group of employees, brings claims against the employer(s) to a court, or an executive agency. Relevant workplace law agencies include the U.S. Department of Labor, the National Labor Relations Board, the Equal Employment Opportunity Commission, and their state and local equivalents³³. Even though there are differing enforcement schemes based on the legal and geographic jurisdictions³⁴, they are all bottom-up enforcement schemes that rely heavily on employee accounts.

In this article, we isolate inhibitors to claimsmaking, which is the final stage of the traditional three-stage “naming, blaming and claiming” model of the dispute pyramid³⁵. In the first

Approach to the Labor-Based Admission of Nonprofessional Foreign Nationals, 21 GEO. IMMIGR. L.J. 521, 528-29 (2007); Matthew Lister, *Justice and Temporary Labor Migration*, 29 GEO. IMMIGR. L.J. 95, 116-17 (2014); Michael Wishnie, *Labor Law After Legalization*, 92 MINN. L. REV. 1446, 1455-56 (2008); Michelle Chen, *Carnivals are No Picnic for Migrant Workers*, HUFF. POST (Oct. 28, 2013), http://www.huffingtonpost.com/michelle-chen/carnivals-are-no-picnic-f_b_3832823.html.

³² Griffith and Gleeson worked with a number of New York City-based legal services providers to spread the word about the opportunity to voluntarily participate in a one-hour interview with one of the project's Research Assistants. All information related to the identity of the interviewees is confidential.

³³ See, e.g., Shannon Gleeson, *Means to An End: An Assessment of the Status-Blind Approach to Protecting Undocumented Worker Rights*, 57 SOC. PERSP. 301, 304-06 (2014); Candice S. Thomas, “Immemployment” Law: *The Determination of Remedial Measures for Undocumented Workers in the Workplace*, 83 U. CIN. L. REV. 1009, 1018-24 (2015).

³⁴ Protections of employees derive from a wide array of federal, state and city laws, such as “living wage” laws that have proliferated in recent years. See, e.g., Kate Andrias, *The New Labor Law*, 126 YALE L.J. 2, 50-53 (2016); Richard C. Schragger, *Mobile Capital, Local Economic Regulation, and the Democratic City*, 123 HARV. L. REV. 482, 584-513 (2009).

³⁵ William Felstiner and others first developed the basic framework of naming, blaming and claiming to describe

phase, the naming phase, an individual has to be able to see a situation as “injurious” under the law³⁶. The second and third phases move the aggrieved worker closer to action. During the second blaming phase, a worker must be able to identify another entity as at “fault,” rather than internalize the wrong³⁷. Then, in the third phase, the individual makes an actual claim to denounce the harm and try to remedy the injury against him or her³⁸.

We do not dispute the necessity of employees’ knowledge of their rights and employees’ identification of the employer as the party who is at fault. Nonetheless, here we assess inhibitors to claimsmaking (the third stage) as this allows us to carefully consider the impact of legal regimes on an individual’s ability to convert knowledge of their workplace law rights into an actual claim against his/her employer.

This article considers how employees with three different precarious immigration statuses interface with three known inhibitors to employee claimsmaking: (1) how difficult an employee believes it will be to find a new job in the event the employee is terminated, (2) an employee’s feeling of powerlessness when an employment dispute arises, and (3) the lack of meaningful affirmative incentives to make a claim against an employer. After briefly describing these dynamics in this Section, the Sections below will use these frames to illustrate how a worker’s immigration law category (unauthorized worker, H-2 guest worker, and temporary immigrant worker) may intensify each of these three dynamics in some circumstances.

First, employees who do not feel like they can find employment in the face of job loss may be inhibited from claiming against their employers. Despite formal legal protections against employer retaliation in the face of claimsmaking, retaliation protections are no guarantee against job loss or immigration arrests. In this vein, Hirschman’s insights about “exit,” “voice” and “loyalty”³⁹ are relevant to understanding potential inhibitors to employee claiming

how problems evolve into legal claims. William L.F. Felstiner, Richard L. Abel & Austin Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming*, 15 LAW & SOC’Y REV. 631, 636 (1980).

³⁶ *Id.* at 634–36. Alexander and Prasad differentiate substantive versus procedural legal knowledge. The former is key especially for the naming phase of claimsmaking, since workers must first know what their basic rights are under the law. The latter is necessary for determining *how* to vindicate those rights. Alexander & Prasad, *supra* note 4, at 1093–97.

³⁷ See Felstiner, Abel & Sarat, *supra* note 32, at 635–36.

³⁸ *Id.*

³⁹ ALBERT O. HIRSCHMAN, EXIT, VOICE, AND LOYALTY: RESPONSES TO DECLINE IN FIRMS, ORGANIZATIONS, AND STATES (1970).

against employers.⁴⁰ In Hirschman’s heuristic, workers who face problems have three choices: exiting the employment relationship, voicing their concerns (claiming), or exhibiting loyalty through inaction. Thus, perceived restraints on exit from the employment relationship, or continued loyalty to an employer, can mitigate against making a claim for workplace law enforcement against an employer. These dynamics, of course, affect many employees engaged in low-wage and precarious employment. As we will elaborate upon below, however, we consider how unauthorized, H-2 and temporary immigrant workers may have different views about their job mobility and employer loyalty due, at least in part, to their different legal postures.

Second, imbalances of power between employers and employees, or what the New Dealers referred to as “inequality of bargaining power” between the parties to an employment relationship, can also mitigate against employee-initiated claimsmaking against an employer⁴¹. Undoubtedly, a feeling of powerlessness can inhibit employee claimsmaking against an employer, even in cases of the most egregious of workplace law violations. In the analysis below, we build on Anderson’s work, which suggests that a worker’s immigration status can enhance these power balances in unique ways⁴².

Third, scholars have identified the lack of incentives, or forceful disincentives, as key to understanding inhibitors to claimsmaking. Alexander and Prasad, for instance, identify several incentives and disincentives that workers consider before engaging in claiming behavior, such as fears of employer retaliation if they dare to do so and the likelihood of potential monetary gains if the worker’s claim is successful⁴³. Their findings suggest that unauthorized workers may face a disproportionate amount of employer retaliation as compared to their authorized counterparts, thereby reducing their incentives to come forward⁴⁴. In our analysis below, we consider how three different immigration law categories may pose unique sets of disincentives and perceptions about the consequences of employer retaliation.

40 See, e.g., Felstiner, Abel & Sarat, *supra* note 32, at 633 n.5 (“Our perspective is influenced by the work of . . . economists concerned with responses to consumer dissatisfaction (e.g. Hirschman, 1970) . . .”).

41 See, e.g., Alexander J.S. Colvin, *Mandatory Arbitration and Inequality of Justice in Employment*, 35 BERKELEY J. EMP. & LAB. L. 71, 78 (2014).

42 Bridget Anderson, *Migrations, Immigration Controls and the Fashioning of Precarious Workers*, 24 WORK, EMP. & SOC’Y 300 (2010).

43 Alexander & Prasad, *supra* note 4, at 1089–97.

44 *Id.* at 1091, 1074 (stating that unauthorized workers, women and workers with low education levels “were less likely to make claims” and “the most likely to experience retaliation”).

3 CRIMMIGRATION AND EMPLOYMENT REGIMES AS INHIBITORS

In this Section we apply the broad claimsmaking dynamics outlined in Section II to the particular circumstances of unauthorized workers and H-2 guest workers. Through this comparison, we conclude that the *crimmigration* and *immigration* law regimes are central to understanding the workplace precarity more broadly, and claiming inhibitors more specifically, of these two groups.

3.1 UNAUTHORIZED WORKERS

3.1.1 Crimmigration

For unauthorized workers, a central inhibitor to claiming is the *crimmigration* regime⁴⁵. The intensified blending of criminal and immigration regulation communicates that unauthorized individuals could be deported at any time for any reason. This dynamic enhances employer power in the workplace and can foster employee perceptions that they cannot challenge the employer in any way, or freely leave the current employment relationship.

The existing literature's dominant attention on the unauthorized workforce is undoubtedly merited. Conservative estimates suggest that there are at least 8 million unauthorized employees currently laboring in the United States. While this workforce⁴⁶ represents a small slice of the overall U.S. labor force (an estimated 5%), in some industries, unauthorized workers constitute a significant percentage⁴⁷. At minimum, they are 17% of the agriculture industry and 13% of the construction industry⁴⁸.

Moreover, the literature's emphasis on the *crimmigration* regime as a key legal

45 There are three central actors in the *crimmigration* enforcement and deportation apparatus. Courts, including criminal courts and the U.S. Department of Justice's civil immigration courts, play a role in setting the conditions for and activating deportations from the country. *See, e.g.*, DANIEL KANSTROOM, *AFTERMATH: DEPORTATION LAW AND THE NEW AMERICAN DIASPORA* 169–75 (2012). The U.S. Department of Homeland Security's (DHS's) Immigration and Customs Enforcement agency (ICE) is tasked with detection, apprehension and deportation of unauthorized immigrants. Local police officers, through coordinated efforts with DHS, have also increasingly played a role in the immigration enforcement machinery. DORIS M. PROVINE ET AL., *POLICING IMMIGRANTS: LOCAL LAW ENFORCEMENT ON THE FRONT LINES* 117–46 (2016).

46 Cohn & Passel, *supra* note 5.

47 *See id.* at 8–15.

48 *See id.* at 7–8.

institutional context for understanding the precarity of the unauthorized population is also warranted. The boundary between criminal law and immigration law has become increasingly blurred in the last decade⁴⁹; so much so that Juliet Stumpf's 2006 conceptualization of "crimmigration" law has gained wide usage nationally and internationally⁵⁰.

There are a number of reasons for this *crimmigration* turn. Because of federal legislative changes in 1996, more and more crimes can lead to immigration problems and more and more immigration-related activities can result in criminal court prosecution⁵¹. Moreover, state and local anti-immigrant legislation, as well as local policing of immigrants, increasingly have played a role in the immigration enforcement and deportation machinery⁵².

While the *crimmigration* regime affects all non-citizens, even legal permanent residents who can become deportable if convicted of certain misdemeanors or crimes⁵³, the *crimmigration* turn has unique relevance for the unauthorized population. The "punitive turn" of legal control⁵⁴, described by Stuart, Armenta and Osborne, heightens the looming threat of deportation through such things as home arrests, immigration raids, and state and local anti-immigrant policymaking⁵⁵. As the work of Gleeson has illustrated, the "looming risk of discovery and deportation" exacerbates unauthorized workers' "aversion to conflict" and ability to speak up in the face of workplace rights violations⁵⁶. Similarly, Maira contends that the "deportation regime"

49 Julia Stumpf, *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power*, 56 AM. UNI. L. REV. 367, 379–81 (2006).

50 See e.g., Allegra M. McLeod, *The U.S. Criminal-Immigration Convergence and Its Possible Undoing*, 49 AM. CRIM. L. REV. 105, 110, 178 (2012); Boldizar Nagy, *Hungarian Asylum Law and Policy in 2015-2016: Securitization instead of Loyal Cooperation*, 17 GERMAN L.J. 1033, 1041, 1082 (2016).

51 See KEVIN R. JOHNSON, THE "HUDDLED MASSES" MYTH: IMMIGRATION AND CIVIL RIGHTS 8 (2004) (arguing that "tough on crime" measures which increased in the 1990s lead to punishment for "criminal aliens."); Douglas S. Massey & Karen A. Pren, *Unintended Consequences of U.S. Immigration Policy: Explaining the Post-1965 Surge from Latin America*, 38 POPULATION DEV. REV. 11, 15–6 (2012).

52 See generally CÉSAR CUAUHTÉMOC GARCÍA HERNÁNDEZ, *CRIMMIGRATION LAW* (2015); JOHNSON, *supra* note 48, at 42–45.

53 There are several "criminal" exclusions that would render any non-citizen deportable, including a broad range of "aggravated felonies." 8 U.S.C. § 1101 (2017); 8 U.S.C. § 1227 (2017). Aggravated felonies range from serious crimes such as murder and drug trafficking, to comparatively less serious misdemeanors such as filing a false tax return, theft, or battery. 8 U.S.C. § 1101 (2017); 8 U.S.C. § 1227 (2017).

54 Forrest Stuart, Amada Armenta & Melissa Osborne, *Legal Control of Marginal Groups*, 11 ANN. REV. LAW SOC. SCI. 235, 237–38 (2015).

55 Bridget Anderson, Matthew J. Gibney & Emanuela Paoletti, *Citizenship, Deportation and the Boundaries of Belonging*, 15 CITIZENSHIP STUD. 547, 549–63 (2011).

56 Shannon Gleeson, *Labor Rights for All? The Role of Undocumented Immigrant Status for Worker Claims Making*, 35 LAW & SOC. INQUIRY 561, 563, 594 (2010); accord GLEESON, *supra* note 6, at 125–27.

inhibits unauthorized workers from mobilizing their workplace rights⁵⁷. The *crimmigration* regime intensifies inequality of bargaining power in the workplace by adding potential deportation threats to the list of “multifaceted mechanisms of employer retaliation”⁵⁸.

The authors’ pilot study in the New York City metropolitan area provided some illustrations of this *crimmigration* dynamic. For example, Mackenzy, a TPS holder from Haiti, described how she felt when she was unauthorized: “[W]hen I didn’t yet have papers, each time I saw a police officer, my heart broke. This thing kept me on edge, I always knew, I always knew that they’ll arrest me, they’ll deport me, they’ll return me to Haiti.”⁵⁹ Mackenzy also described the need to be on constant alert for those who might take advantage of her vulnerable situation as an unauthorized person: “[i]t is something that’s very sad for people who are illegal, you see . . . there are a lot of people, too, who profit off of us to make money, to make people fear, especially when it comes to deportation.” Receiving Temporary Protected Status brought her relief from these fears⁶⁰.

3.1.2 Immployment

Prior literature identifies the interaction between immigration regulation and the employment arena, or *immployment* law, as an additional legal institutional context that has implications for unauthorized workers’ claimsmaking. The melding of immigration regulation and employment communicates that an employee’s U.S. workplace law claim may somehow result in immigration consequences. While these enforcement arenas are technically separate, and both the U.S. Department of Labor and U.S. Immigration and Customs Enforcement unit follow distinct organizational missions, the exploitation of labor claims to advance deportation cases is unfortunately not without precedent.

For unauthorized workers, private employers may appear like an arm of the immigration enforcement state. Unauthorized employees may fear employers as immigration enforcers, or may

57 Sunaina Maira, *Radical Deportation: Alien Tales from Lodi and San Francisco*, in *THE DEPORTATION REGIME: SOVEREIGNTY, SPACE, AND THE FREEDOM OF MOVEMENT* 301 (Nicholas De Genova & Nathalie Peutz eds., 2010).

58 GLEESON, *supra* note 6, at Table 2C.

59 Interview by Kennys Lawson with Mackenzy Doe, Temp. Protected Status Holder, in New York, New York (July 14, 2016).

60 *Id.*

simply not want to rock the boat and risk losing their jobs. An employee’s perception that employers are immigration enforcers restrains employee voice in the workplace and enhances already significant imbalances in power between employers and employees—two dynamics that exacerbate inhibitions to claimsmaking. Indeed, Sexsmith’s recent study of unauthorized immigrant dairy workers in upstate New York describes the “*constrained* loyalty to paternalistic farmers” that can mitigate against claimsmaking by unauthorized workers⁶¹.

The perception that employers are immigration enforcers is not completely unfounded. U.S. employers do have some power over immigration enforcement as part of a general trend toward the devolution and privatization of immigration control. Starting in 1986⁶², the United States placed employer-employee relations at the heart of immigration enforcement. It gave employers the role of verifying the work authorization status of each of its employees and created sanctions for employers who knowingly hire unauthorized immigrant workers⁶³. While employers are currently under no legal requirement to report unauthorized immigrants to immigration authorities, their role in the employee verification process obscures the waters as it fosters the perception that employers are part of the immigration enforcement regime.

The *immigration* regime may also inhibit claimsmaking for unauthorized workers because of a perception that workplace law protections are less robust for unauthorized employees. Indeed, unauthorized employees do not have the right to get their jobs back if they are illegally fired for making a workplace law complaint. This is the case because U.S. immigration law prevents an employer from knowingly employing an unauthorized employee.

Moreover, unauthorized employees are also disincentivized from claiming because there is little clarity about whether they have the same rights to monetary remedies in successful workplace law cases, as compared to their authorized counterparts. A 2002 U.S. Supreme Court decision, *Hoffman Plastic v. NLRB*, concluded that while unauthorized employees had the labor law “right” to engage in collective activity under the National Labor Relations Act, they did not have access to the “remedy” of backpay to compensate them for the wages they lost because they

61 Kathleen Sexsmith, *Exit, Voice, Constrained Loyalty, and Entrapment: Migrant Farmworkers and the Expression of Discontent on New York Dairy Farms*, 20 CITIZENSHIP STUD. 311, 311 (2016) (italics in original).

62 Immigration Reform and Control Act of 1986, 8 U.S.C. § 1324 (1986).

63 Kati L. Griffith, *Immigration Advocacy As Labor Advocacy*, 33 BERKELEY J. EMP. & LAB. LAW 73, 83–84 (2012); Sarah Horton, *From “Deportability” to Denounce-ability:” New Forms of Labor Subordination in an Era of Governing Immigration Through Crime*, 39 POL. AND LEGAL ANTHROPOLOGY REV. 312 (2016).

were illegally fired⁶⁴.

Hoffman is “a powerful legal symbol” that “sends a message of exclusion to undocumented workers,” even though they have workplace law rights on the books⁶⁵. Why claim if retaliation is possible and the remedy for the workplace law violation is unclear⁶⁶? Thus, even unauthorized employees who are aware of their rights under workplace law and know that the employer is the party to blame for the particular injustice, may be inhibited from claimsmaking because they lack the proper incentives.

The uncertain relationship between immigration enforcement and the employment sphere creates an additional disincentive for this group. Unauthorized employees may fear that all branches of government, even workplace law agencies who enforce the law on behalf of employees, engage in immigration enforcement. Indeed, U.S. Department of Labor (DOL) staff members recently lamented that some unauthorized employees were so scared of immigration enforcement that they ran away from DOL staff and “declin[ed] to accept back wages owed to them” under workplace law⁶⁷.

Therefore, while workplace law agencies have made efforts to clarify the separation between workplace law and immigration law enforcement in the United States⁶⁸, some unauthorized immigrants are still fearful.

3.2 H-2 GUEST WORKERS

3.2.1 Immployment

64 *Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. NLRB*, 535 U.S. 137, 144–52 (2002).

65 Ruben J. Garcia, *Ten Years after Hoffman Plastic Compounds, Inc. vs. NLRB: The Power of a Labor Law Symbol*, 21 CORNELL J.L. & PUB. POL’Y, 659, 662 (2012); Charlotte S. Alexander, *Explaining Peripheral Labor: A Poultry Industry Case Study*, 33 BERKELEY J. EMP. & LAB. L. 353, 384–85, (2012) (describing how *Hoffman Plastics* creates precarity for poultry workers as it creates a “barrier” for poultry workers attempting to challenge their precarious situations and attain protection and stability).

66 See Kati L. Griffith, *When Federal Immigration Exclusion Meets Subfederal Workplace Inclusion: A Forensic Approach to Legislative History*, 17 N.Y.U. J. LEGIS. & PUB. POL’Y 881, 882 (2014) (“In the last decade there has been widespread and inconsistent adjudication of this issue in courts across the country”).

67 Sam Levin, *Immigration Crackdown Enables Worker Exploitation, Labor Department Staff Say*, THE GUARDIAN (Mar. 30, 2017), <https://www.theguardian.com/us-news/2017/mar/30/undocumented-workers-deportation-fears-trump-administration-department-labor>.

68 See Gleeson, *supra* note 30, at 301–20; Stephen Lee, *Monitoring Immigration Enforcement*, 53 ARIZ. L. REV. 1089, 1130–36 (2011); Kati L. Griffith, *ICE Was Not Meant to be Cold: The Case for Civil Rights Monitoring of Immigration Enforcement at the Workplace*, 53 ARIZ. L. REV. 1137 (2011).

While the *crimmigration* regime is the dominant institutional space for “(re)creating the regime of deportability” for unauthorized immigrants, employers’ role in immigration authorization, the *immemployment* legal regime, is the dominant factor shaping low-wage H-2 guest worker precarity in the United States⁶⁹.

Even though the population of H-2 guest workers is relatively small, as compared to unauthorized and temporary immigrant workers, scholars have studied this group because they represent the entire population of low-wage guest workers in the United States. The H-2 program is the only program to allow “no skills required” foreign workers to the United States to fill labor shortages temporarily. In 2014, the U.S. government issued 240,620 H-2A (Seasonal Agricultural Workers) and 105,416 H-2B (Seasonal Non- Agricultural Workers) visas⁷⁰. The numbers of H-2 workers are higher in practice because these numbers of newly granted visas do not include visa reissuances for existing H-2 workers⁷¹. Moreover, guest worker programs have received intense international scholarly attention because they represent a growing model worldwide⁷².

The particular legal structure of the H-2 program in the United States creates conditions that may intensify an H-2 worker’s feelings of “loyalty” to an employer in some cases, and fear of an employer’s power in others⁷³. Both of these sentiments are not conducive to claimsmaking, which requires an employee to be willing to make a claim against the employer. There are three main *immemployment* mechanisms that work against claimsmaking for H-2 workers: employer sponsorship, employers’ central role in enforcing immigration law, and debt servitude to an employer.

Employer sponsorship, and thus a lack of visa portability, gives employers enormous

69 Tanya Basok, Daniele Belanger & Eloy Rivas, *Reproducing Deportability: Migrant Agricultural Workers in South-western Ontario*, 40 J. ETHNIC & MIGRATION STUD. 1394, 1397 (2014).

70 John Teke & Waleed Navarro, *Nonimmigrant Admissions to the United States: 2015*, DEP’T OF HOMELAND SEC. 4 (Dec. 2016), https://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/Nonimmigrant_Admissions_2015.pdf.

71 *Id.* at 2.

72 See, e.g., Christina Gabriel, *Managed Migration and the Temporary Labour Fix*, in LIBERATING TEMPORARINESS? 99–125 (Leah F. Vosko, Valerie Preston & Robert Latham eds. 2014).

73 Elmore, *supra* note 28, at 536 (“The centrality of the employer in guest worker programs . . . [heightens] the coercive power an employer has over a nonprofessional worker not to complain about or leave an exploitative work relationship”); Jennifer Lee, *Private Civil Remedies: A Viable Tool for Guest Worker Empowerment*, 46 LOY. L.A. L. REV. 31, 44 (2012) (stating that the “underlying structural flaw of guest worker programs remains intact—having workers tied to a single employer by a temporary visa”).

power over H-2 workers. Thus, it could be a key factor in driving claiming behavior for H-2 workers. For both the H-2A and H-2B programs, a foreign guest worker can only gain entry if sponsored by a U.S.- based employer. Once in the United States, the H-2 guest worker's legal status is tied to the sponsoring employer and cannot be transferred to a separate employer without permission from the original sponsoring employer, the new sponsoring employer, and the U.S. government⁷⁴. If the relationship between the employer and H-2 worker terminates, the H-2 worker must return to her country of origin within days⁷⁵.

This relationship of adhesion is exacerbated further by the fact that an H-2 employer is under no obligation to renew a worker's contract and can blacklist an entire sending community by refusing to recruit in that region moving forward⁷⁶. For these reasons, the extant literature on the H-2 guest worker programs in the United States contain a heavy critique of the lack of visa portability to new employers as a driving factor of worker exploitation⁷⁷.

Another *immloyment*-related legal mechanism that works against employee claimsmaking is that the H-2 program requires employers to play a direct role in immigration enforcement. Specifically, the H-2 immigration regulations dictate that an employer must notify the U.S. Department of Homeland Security (DHS) and the DOL within two days if the employment relationship terminates before the scheduled end date⁷⁸. The employer's role in initiating the deportation machinery is unique in this context. As discussed in the prior section, employers of unauthorized workers do not have any direct reporting requirements to DHS. If H-2 workers terminate the employment relationship before they are half way through their contract terms, they not only risk deportation, they also lose reimbursement for their initial transportation fees and the promise that they will receive at least three- fourths of the originally

74 Alex Nowrasteh, *How to Make Guest Worker Visas Work*, CATO INST. 5–12 (Jan. 31, 2013), https://object.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/pa719_1.pdf.

75 Similar challenges exist for other categories of guest workers, including “high-skilled” H1-B workers, and certain foreign students, but we do not address those categories here. See Maria Linda Ontiveros, *H-1B Visas, Outsourcing and Body Shops: A Continuum of Exploitation for High Tech Workers* (Univ. San Francisco Law Research Paper No. 2016-21, 2016), <https://papers.ssrn.com/abstract=2827789>.

76 Patricia Medige, *Perspectives on the Bush Administration's New Immigrant Guestworker Proposal: Immigrant Labor Issues*, 32 DENV. J. INT'L L. & POL'Y 735, 738 (2004).

77 See, e.g., Jennifer Gordon, *Transnational Labor Citizenship*, 80 S. CAL. L. REV. 503, 558 (2007); Michael Holley, *Disadvantaged by Design: How the Law Inhibits Agricultural Guest Workers from Enforcing Their Rights*, 18 HOFSTRA LAB. & EMP. L.J. 575, 595 (2001); Emily B. White, *How We Treat Our Guests: Mobilizing Employment Discrimination Protections in a Guest Worker Program*, 28 BERKELEY J. EMP. & LAB. L. 269, 271 (2007).

78 20 C.F.R. §655.20(y); 20 C.F.R. 655.122(n).

contracted wages⁷⁹.

Additionally, debt servitude to employers, which is built into the legal structure of the H-2 program, exacerbates the power imbalance between employers and employees⁸⁰, thereby inhibiting claimsmaking⁸¹. Employers often pay an H-2 guest worker's transportation and recruitment fees and then deduct these amounts from the H-2 worker's pay⁸². This sometimes means that the H-2 worker is not receiving any payment, or very minimal payment, until the debt is paid off⁸³. Some critics of the program characterize the relationship between employers and their H-2 employees as "modern-day servitude."⁸⁴ Others have argued that it rises to the level of involuntary servitude in violation of the Thirteenth Amendment of the U.S. Constitution⁸⁵. While debt is also a problem for unauthorized workers who often rely on a sophisticated industry of clandestine transport and false documents, debt servitude is built into the legal structure of H-2 guest work⁸⁶.

Lee and others have highlighted how the H-2 program stokes a "climate of fear [that] can be created by the employers' implicit – and sometimes even explicit – threats to call DHS, the existence of a blacklist, or even the mere fact that the employer holds the 'deportation card.'"⁸⁷ Fear alone, however, is not the only inhibitor to claiming for low-wage H-2 guest workers in the United States. Whereas the threat of deportability is a salient factor for unauthorized workers, employers are the over-riding source of power for guest workers who are tied to them. Therefore, H-2 workers have much to lose by engaging in claimsmaking against their employers, who are ultimately the linchpins to both their continuing work opportunity and legal

79 20 C.F.R. § 655.20; 20 C.F.R. § 655.1304.

80 Kati L. Griffith, *Globalizing U.S. Employment Law Through Foreign Law Influence: Mexico's Foreign Employer Provision and Recruited Mexican Workers*, 29 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 383, 387–90 (2008); Bruce Ashby, Note, *Indentured Guests—How the H-2A and H-2B Temporary Guest Worker Programs Create the Conditions for Indentured Servitude and Why Upfront Reimbursement for Guest Workers' Transportation, Visa, and Recruitment Costs is the Solution*, 38 U. MEM. L. REV. 893, 909–15 (2008).

81 Michael Holley, *Disadvantaged by Design: How the Law Inhibits Agricultural Guest Workers from Enforcing Their Rights*, 18 HOFSTRA LAB. & EMP. L.J. 575, 596 (2001); Jennifer Lee, *Private Civil Remedies: A Viable Tool for Guest Worker Empowerment*, 46 LOY. L.A. L. REV. 31, 43 (2012).

82 S. POVERTY LAW CTR., *CLOSE TO SLAVERY: GUESTWORKER PROGRAMS IN THE UNITED STATES* 2 (2007).

83 See, e.g., *Recinos-Recinos v. Express Forestry, Inc.*, No. 05-1355, 2006 U.S. Dist. LEXIS 56178, at *2–*6, *18–*24 (E.D. La. Aug. 11, 2006).

84 Lisa Guerra, *Modern-Day Servitude: A Look at the H-2A Program's Purposes, Regulations and Realities*, 29 VT. L. REV. 185, 214 (2004).

85 Maria L. Ontiveros, *Noncitizen Immigrant Labor and the Thirteenth Amendment: Challenging Guest Worker Programs*, 38 U. TOL. L. REV. 923, 928 (2007).

86 THE MIGRATION INDUSTRY AND THE COMMERCIALIZATION OF INTERNATIONAL MIGRATION (Thomas Gammeltoft-Hansen & Ninna Nyberg Sorensen eds., 2013).

87 Lee, *supra* note 70, at 43. For more on blacklisting and guest worker fear, see LANCE COMPA, HUMAN RIGHTS WATCH, *UNFAIR ADVANTAGE: WORKERS' FREEDOM OF ASSOCIATION IN THE UNITED STATES UNDER INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS STANDARDS* 41–43, 221–23 (Cynthia Brown ed. 2000).

status in the United States.

To be sure, guest workers must navigate tricky terrain to maintain their desirability in order to, at best, be retained and, at worst, not blacklisted for the next season. As a result, they may avoid claimsmaking in order to avoid employer retaliation and also compete with a vast pool of workers who court a complex system of formal and informal brokers. With their fieldwork, Basok and colleagues similarly make this observation about guest workers in the Canadian context. They refer to employers as central to furthering “the threat of deportation as a technology of discipline” for temporary guest workers in Canada⁸⁸.

4 ADMINISTRATION REGIME AS INHIBITOR: THE CASE OF TPS WORKERS

In this Section we examine the case of workers with Temporary Protected Status (TPS). As previewed in the Introduction, TPS provides temporary protection from deportation and temporary work authorization for individuals from designated countries that are experiencing severe environmental problems, wars, or other “extraordinary and temporary conditions.”⁸⁹ Habitual residents from such TPS designated countries who meet certain physical presence requirements in the United States and do not have a criminal history, are eligible for this type of temporary relief.

Whereas the threat of everyday deportability is a dominant reality for unauthorized immigrants, and the employer relationship is central for H-2 guest workers, the administrative immigration process carries unique claimsmaking inhibitors for TPS holders. Thus, as we will elaborate upon below, the case of TPS workers illuminates the prominence of a previously overlooked precarious legal institutional space: the administrative immigration (*adminigration*) regime in the United States. Moreover, analysis of the TPS case reveals that the *adminigration* regime is important on its own, but also in relationship to the *crimmigration* and *immemployment* regimes discussed above.

⁸⁸ Basok, Belanger & Rivas, *supra* note 66. Migrants also co-construct this by self-disciplining and disciplining others. For more on the idea of self-disciplining see Valeria Ottonelli & Tiziana Torresi, *Inclusivist Egalitarian Liberalism and Temporary Migration: A Dilemma* 20 J. POL. PHIL. 202, 209–14 (2012) (stating that temporary immigrants accept intolerable conditions in exchange for resources they can eventually bring to their origin countries).

⁸⁹ 8 U.S.C. § 1254a; Chacón, *supra* note 16, at 722 (2015).

4.1 ADMINISTRATIVE IMMIGRATION PROCESSES

The priorities of immigration agency administrators, not employers or law enforcement agents, determine whether TPS holders will remain in the United States and whether they will gain work authorization. As a result, the *adminigration* regime is key to understanding the unique form of temporality and precarity for TPS holders.

The structure of the TPS program demonstrates the prominence of the federal executive branch's immigration agency prerogatives. The Secretary of the DHS is in charge of designating and renewing a country's eligibility for TPS. The U.S. Citizenship and Immigration Services agency (USCIS), which is the administrative side of DHS, processes applications for TPS and work authorization, as well as renewals of such grants⁹⁰. Thus, immigration agency administrators, not employers, are central to the work authorization process for TPS workers.

Administrative immigration processes foster a feeling of “temporariness” in the TPS community, and may deepen a TPS worker's sense of powerlessness when faced with a workplace law abuse. Individuals undoubtedly weigh these dynamics as they consider engaging in the lengthy, and often ambiguous, adversarial process of making a claim against their employers. While the length of time guest workers have in the United States is written into their work contracts, for TPS workers, the length of their temporary reprieve may vary from country to country. And, as has happened recently for Haitian immigrants, a TPS designation can be shortened without notice. While the temporary nature of unauthorized life is similar in that it has no definite end, the clearly defined temporal bounds of TPS life have a sense of certain eventual end.

Given this legal institutional “*adminigration*” context, TPS workers are uniquely subject to a sometimes fickle presidential administration, deepening a feeling of no permanent future in the U.S.⁹¹ With no clear future in the United States, some TPS workers may choose to endure exploitative conditions—and hence avoid engaging in claimsmaking. Karl, for instance, described work stocking shelves as an inevitable “hell,” adding that “[t]here's no respect; there's

90 U.S. CITIZENSHIP & IMMIGRATION SERV., *Humanitarian*, <https://www.uscis.gov/humanitarian> (last visited Feb. 13, 2017); U.S. CITIZENSHIP & IMMIGRATION SERV., *What We Do*, <https://www.uscis.gov/about-us/what-we-do> (last updated Jul. 14, 2015).

91 Gleeson, *supra* note 53, at 589–92.

not a lot of money.”⁹² While the low-wage market is limiting for all groups of marginalized workers, TPS poses a particular constraint in that it provides no future pathway to permanent residence, further complicating any opportunity for occupational mobility. Therefore, Karl continued working there in part because he perceived that there were no other options. Many of these workers seek short-term gains in order to return to their country of origin eventually, even if this is not the preferred route and for some could mean violence or death.

Other administrative processes—in particular TPS’ frequent renewal deadlines—stoke anxiety and fear in this population, which mitigate against claimsmaking. TPS workers face the challenge of a finite time period of reprieve from deportation (ranging from six to eighteen months depending on the country)⁹³. With these short grants, they must regularly reapply, and often pay hefty fees to do so⁹⁴. The uncertainty about how long this “administrative grace” will last, Chacón argues, fosters instability in the lives of TPS workers and other “liminal legal subjects.”⁹⁵ They, in essence, work and live “[I]f[e] with an expiration date.”⁹⁶ This complicates the process of claimsmaking, which requires a willingness to participate in public and adversarial agency and/or judicial forums.

Further stoking anxiety for this population are the often long-delayed administrative decisions about whether to renew a country’s TPS designation until the last minute. TPS recipients must wait until close to the expiration deadline that the administrative agency set for their country to find out whether the agency will renew their TPS designation⁹⁷. Menjívar’s path breaking work on Salvadoran and Guatemalan workers confirms that the TPS deadlines create

92 Interview by Kennys Lawson with Karl Doe, Temp. Protected Status Holder, in New York, New York (August 8, 2016).

93 8 U.S.C. § 1254a (2016); Madeline Messic & Claire Bergeron, *Temporary Protected Status in the United States: A Grant of Humanitarian Relief that Is Less than Permanent*, MIGRATION POLICY INST. (Jul. 2, 2014), <http://www.migrationpolicy.org/article/temporary-protected-status-united-states-grant-humanitarian-relief-less-permanent>.

94 TPS holders who are reapplying for TPS designation must pay an \$85 biometric services fee (if over age 14) and a \$410 fee for Form I-765 if he or she wants continued employment authorization. U.S. CITIZENSHIP & IMMIGRATION SERV., *I-821, Application for Temporary Protected Status*, <https://www.uscis.gov/i-821> (last updated Dec. 22, 2016); U.S. CITIZENSHIP & IMMIGRATION SERV., *Our Fees*, <https://www.uscis.gov/forms/our-fees> (last updated Jan. 5, 2017); U.S. CITIZENSHIP & IMMIGRATION SERV., *Temporary Protected Status*, <https://www.uscis.gov/humanitarian/temporary-protected-status#Countries%20Currently%20Designated%20for%20TPS> (last updated Mar. 6, 2017).

95 Chacón, *supra* note 15, at 716.

96 Miranda Cady Hallett, *Temporary Protection, Enduring Contradiction: The Contested and Contradictory Meanings of Temporary Immigration Status*, 39 L. & SOC. INQUIRY 621, 635–38 (2014).

97 Chacón, *supra* note 15, at 722–23 (stating that TPS recipients need “to wait until very near the expiration date of their temporary protections to determine whether the Executive Branch plans to extend that date.”).

“enormous anxiety” and “accentuate[] these immigrants’ precarious situation” in their lives and work. Abrego and Lakhani’s study of TPS workers also points to renewals as a central source of precarity⁹⁸. Along similar lines, Hallett highlights how the uncertainty of the renewal process means that TPS workers work within the unstable context of the “always imminent termination of their work permits”⁹⁹.

The uncertainty about the termination of TPS altogether, even when the administrative bureaucracy is proceeding as planned, can cause significant anxiety in the face of immense pressure to provide for one’s family. Martha, for example, reported that she received her initial paperwork to renew her TPS and was eagerly awaiting fingerprints at the time of our interview. When asked if she felt positive about her case moving forward, she worriedly explained that concern about a positive outcome weighed heavily on her. “I am praying for it. That the Lord give me that piece of paper and I keep working, working because my entire family counts on me. My kids count on me. My mother . . . counts on me”¹⁰⁰.

A legal advocate who works with TPS beneficiaries described the time period before renewal dates as one that stokes “panic about whether TPS will be extended.”¹⁰¹ Gabriel, a TPS holder who was relatively content with his working conditions during the summer of 2016, expressed concern about the future of TPS after the November 2016 U.S. Presidential elections. He queried, “I would like to know will they continue to renew TPS for Haitians, no matter who the President is, whether Republican or Democrat?”¹⁰².

Because it is short-term and subject to renewal by the Secretary of Homeland Security, TPS is subject to often highly volatile national politics and the ability of civil society to effectively lobby for renewal¹⁰³. Indeed, recent reports suggest that the President Trump’s DHS

98 See Leisy Abrego & Sarah M. Lakhani, *Incomplete Inclusion: Legal Violence and Immigrants in Liminal Legal Statuses*, 37 L. & POL’Y 265, 279 (2015).

99 Hallett, *supra* note 93, at 630.

100 Interview by Jessica Santos with Martha Doe, Temp. Protected Status Holder, in New York, New York (June 20, 2016).

101 Jody Mashek Explains Temporary Protected Status, AM. FRIENDS SERV. COMM. (Aug. 6, 2010) <https://www.afsc.org/story/jody-mashek-explains-temporary-protected-status> (“And of course this process has the potential to create fear in people. They may be grateful to have the chance to be able to work in this country legally, but at the same time, there’s always that panic about whether TPS will be extended.”).

102 Interview by Kennys Lawson with Gabriel Doe, Temp. Protected Status Holder, in New York, New York (July 7, 2016).

103 individuals with DED and its statutory cousin, TPS, wait anxiously to learn whether their status will be extended for another period. The existence of their status is year-to-year—dependent on political whims.”).

may not renew a number of countries' TPS designations, a threat made all the more real by the recent rescission of the Deferred Action for Childhood Arrivals program. Such an act would render many of these individuals deportable. Currently Haiti's TPS designation is renewed for only six months, and the future of El Salvador and Honduras TPS holders remains unclear.

While deportation is an acute fear for unauthorized workers, TPS workers face the fear of not being renewed and thus falling into unauthorized status, all while being fully identified to the federal government and, thus, more easily deportable. Indeed, some reports suggest that the Trump administration might use TPS records to more efficiently identify and deport former TPS holders after it terminates the program¹⁰⁴.

In the subsection below, we specifically examine how these *adminigration* processes interact with the *crimmigration* regime in ways that intensify precarity for this population.

4.2 CRIMMIGRATION

Federal administrative immigration processes hold the key to designating TPS for an individual, but these dynamics should be considered in relationship to the *crimmigration* regime discussed in Section III. If a TPS holder loses TPS, the *crimmigration* regime becomes an inevitability. A key aspect of the liminality of TPS holders' existence is that they often fall in and out of status as they await extension and renewal, subjecting them to deportability and job loss¹⁰⁵. Therefore, TPS workers' experience with the immigration regulatory regime can also foster a fear of deportation, even if they are not presently deportable¹⁰⁶. This may lead to workers self-regulating to avoid certain risks that they perceive as possibly leading to deportation. In turn, these workers may be dissuaded against rocking the boat by making a workplace law claim against their employers.

A Haitian TPS holder we interviewed during the summer of 2016, Magalie,

¹⁰⁴ See Gutiérrez Warns Those with DACA or TPS to Prepare For the Worst (July 12, 2017), available at <https://gutierrez.house.gov/media-center/press-releases/guti-rrez-warns-those-daca-or-tps-prepare-worst>.

¹⁰⁵ See, e.g., Menjívar, *supra* note 16, at 1008 (stating “a situation of ‘liminal legality’ is neither unidirectional nor a linear process, or even a phase from undocumented to documented status, for those who find themselves in it can return to an undocumented status when their temporary statuses end. When Central Americans are granted temporary legality, they are conferred the right to work and reside in the United States without access to social services. In some cases, they are later given the opportunity to renew their permits. However, when the renewed permits expire, these immigrants slip back into the realm of nonlegality.”).

¹⁰⁶ Abrego & Lakhani, *supra* note 95, at 267.

communicated her feeling, in anticipation of a new Presidential administration, that she might lose her status. Her approach was to work with the lawyer and then just “let God do whatever it’s going to do.”¹⁰⁷ Many workers with TPS, like Magalie, have previous unauthorized experience in the United States and, thus, know what it feels like to be central targets of the *crimmigration* regime¹⁰⁸. Given a political environment where anti-immigrant sentiment abounds (even in a diverse city like New York) and the expanding and multilayered *crimmigration* enforcement context, TPS workers may experience heightened concerns around deportation¹⁰⁹.

Another inhibitor to claimsmaking for TPS workers is heightened anxiety and deportation fears because they are subject to government monitoring. If a TPS worker misses a TPS renewal deadline, she becomes unauthorized¹¹⁰. The government knows a lot more about a TPS worker who falls out of the TPS designation than it knows about an unauthorized immigrant worker who entered without inspection and has never connected to the immigration law enforcement scheme. The government has former TPS holders’ fingerprints in the system and knows their names, addresses, and other identifying personal information¹¹¹. Some TPS holders who become unauthorized may be in an even more precarious situation than H-2 workers who become unauthorized. TPS holders are more likely to have children with them, as compared to H-2 workers¹¹², and thus may have more difficulty distancing themselves from the address and identifying information they have on file with the government.

One of our interviewees, Mackenzy, talked about fears regarding governmental surveillance. Mackenzy, a TPS holder at the time of our interview, noted that she was originally hesitant to apply for TPS because many others in her Haitian community saw it as a mechanism

107 Interview by Jessica Santos with Magalie Doe, Temp. Protected Status Holder, in New York, New York (June 21, 2016).

108 *Id.*

109 See Abrego & Lakhani, *supra* note 95, at 276.

110 See U.S. CITIZENSHIP & IMMIGRATION SERV., *Temporary Protected Status*, <https://www.uscis.gov/humanitarian/temporary-protected-status#Countries%20Currently%20Designated%20for%20TPS> (last updated Mar. 6, 2017).

111 See Abrego & Lakhani, *supra* note 95, at 279.

112 Compare Cecilia Menjivar, *Temporary Protected Status in the United States: The Experiences of Honduran and Salvadoran Immigrants*, CTR. FOR MIGRATION RESEARCH (May 2017), available at http://ipsr.ku.edu/migration/pdf/TPS_Report.pdf (referring to sixty-one percent of TPS respondents living with children in the U.S.) with Jill H. Wilson, *Immigration Facts: Temporary Foreign Workers*, BROOKINGS INST., (June 18, 2013), available at <https://www.brookings.edu/research/immigration-facts-temporary-foreign-workers/> (referring to twenty-four percent of H-2 workers with families in the U.S.).

for governmental monitoring and surveillance. She said, “people spread fear, arguing that the [TPS] papers were so that [the U.S. government] can identify Haitians that are living in the country in order to deport them. And this is why there were some people who did not do it.”¹¹³ However, the fears that Mackenzy reported are likely warranted. Heeren’s work goes so far as to say that TPS and other forms of temporary relief are “essentially a registration program” for the government that allows for surveillance over this population¹¹⁴.

Furthermore, because of widespread confusion about the meaning of liminal statuses, such as TPS, TPS holders are sometimes perceived as unauthorized by employers. Menjívar and Abrego¹¹⁵, and later, Abrego and Lakhani, develop the concept of “legal violence.” According to these authors, legal violence blocks these immigrants’ mobility, causes instability, and fosters fear of deportation. Abrego and Lakhani argue that “widespread misinformation” among employers and the public more broadly about these liminal statuses, and the false perception that TPS workers are unauthorized, “may cause immigrants harm”¹¹⁶.

4.3 EMPLOYMENT

The *adminigration* processes described above also interact with the *imployment* legal regime in ways that heighten inequality of power between employers and TPS employees and exacerbate the propensity for TPS workers to feel heightened loyalty to their employers. The nature of TPS disciplines recipients’ work lives¹¹⁷ by fostering a feeling that exiting existing employment is difficult and may lead to unemployment. One of our interviewees, Karl, described the feeling of job scarcity for low-wage TPS holders in the following way: “I got my paper. I took the first job, I don’t *care*, whatever the job [] is. The first job, I will take it.”¹¹⁸ In contrast, recent studies of high-skilled workers who transitioned from unauthorized to temporary status through the Deferred Action for Childhood Arrivals (DACA) program suggest that the change, at

113 Interview by Kennys Lawson with Mackenzy Doe, Temp. Protected Status Holder, in New York, New York (July 14, 2016).

114 Heeren, *supra* note 12, at 1132.

115 Cecilia Menjívar & Leisy J. Abrego, *Legal Violence: Immigration Law and the Lives of Central American Immigrants*, 117 AM. J. SOC. 1380 (2012).

116 Abrego & Lakhani, *supra* note 95, at 267.

117 Hallett, *supra* note 94, at 622 (referring to TPS as disciplining recipients’ work lives).

118 Interview by Kennys Lawson with Karl Doe, Temp. Protected Status Holder, in New York, New York (Aug. 8, 2016).

least temporarily, improved job prospects and working conditions¹¹⁹.

TPS workers may be uniquely disadvantaged in the labor market, heightening their sense of loyalty, for a number of reasons. Employers may have reasons to prefer authorized employees who do not have TPS, over TPS holders. Under U.S. immigration law, employers are allowed to exercise these preferences. An employer can legally prefer to hire a legal permanent resident or U.S. citizen, over a TPS recipient¹²⁰.

Moreover, an employer may have law-induced reasons not to hire a TPS holder. The uncertain details of the TPS renewal process can create confusion and understandable fears of potential liability among employers and human resources professionals. Under immigration law, employers are required to verify the work authorization of their employees. However, because the U.S. government often announces renewals of a country's TPS designation close to the termination deadline, a TPS worker may have an expired work authorization card (EAD), even though she is still authorized to work. This means that an employer, confronted with an expiration date on an EAD, is legally obligated to re-verify the TPS worker's work authorization. Some employers, or human resources professionals, just do not know the proper procedures for these situations and insist on an "unexpired card," which is often simply not available to the worker¹²¹.

The Office of Special Counsel for Immigration-Related Unfair Employment Practices (OSC)¹²², regularly confronts this kind of employer confusion. One of the "Frequently Asked Questions" for OSC is what the TPS worker should show to be able to continue to work in the face of a TPS renewal but an expired EAD¹²³. OSC directs TPS workers in this situation to provide the employer with the expired employment authorization card and a copy of the (dense and complicated) *Federal Register* notice indicating an automatic continuation for individuals

119 Center for American Progress, *New Study of DACA Shows Positive Economic and Educational Outcomes*, (October 2016), available at <https://www.americanprogress.org/issues/immigration/news/2016/10/18/146290/new-study-of-daca-beneficiaries-shows-positive-economic-and-educational-outcomes>.

120 Unlike Legal permanent residents, citizens and other specified groups TPS recipients are not "protected individuals" with respect to 8 USC 1324b(a)(1)(B) (prohibiting employer discrimination on the basis of citizenship status in recruiting, hiring or referring for a fee).

121 DEP'T JUSTICE, *Frequently Asked Questions (FAQs)*, <https://www.justice.gov/crt/frequently-asked-questions-faqs#lpr> (last updated Jan. 31, 2017).

122 OSC is an agency within the U.S. Department of Justice. 8 U.S.C. § 1324b(c).

123 DEP'T JUSTICE, *supra* note 118.

from the designated country¹²⁴.

A review of OSC's publically available reporting on its phone intakes suggests, however, that it is not uncommon for employers to mistakenly suspend workers who have expired Employment Authorization Documents but are nationals of countries with TPS extensions¹²⁵. Even when a TPS worker follows the OSC FAQ advice and provides the employer with the proper *Federal Register* notice, employers sometimes are unaware that this is sufficient to comply with immigration law's employee verification requirements¹²⁶. Moreover, the phone intakes suggest that the TPS renewal process' interface with the electronic employee verification (E-Verify) system may be confusing for some employers¹²⁷. Ultimately, without a contract, these workers often have few other recourses once terminated.

Abrego and Lakhani's interviews with TPS workers also confirmed the common perception that employers are often reluctant to "deal with the paperwork" related to Employment Authorization Documents¹²⁸. Even more striking is Hallett's finding that employers may sometimes prefer unauthorized workers (who have work authorization papers that appear valid on their face and that do not have termination dates) over TPS workers who have EADs with termination dates¹²⁹. In our own work, we encountered similar perceptions such as Heloise, a TPS holder who discussed the difficulty of looking for work. She described confronting employers who seemed hesitant to hire her because they simply did not understand what TPS was¹³⁰. She faced similar challenges when she found a job and her TPS came close to expiring:

They had told me that I need to bring it in before I start work again. My supervisor even told me that if it expired, I would not be able to work . . . I was being pressured. Not too hard, but to make sure that I have it . . . you have to be on top of your thing¹³¹.

124 *Id.*

125 DEP'T JUSTICE, *Telephone Interventions*, <https://www.justice.gov/crt/osc-telephone-interventions-0> (last updated Feb. 23, 2017) (referring to telephone intervention on Oct. 6, 2011).

126 *Id.* (referring to telephone intervention on Sept. 10, 2010); *Id.* (referring to telephone intervention on January 7, 2009); *Id.* (referring to telephone intervention on Jan. 29, 2009).

127 *Id.* (referring to telephone intervention on Nov. 24, 2008).

128 See Abrego & Lakhani, *supra* note 94, at 276–79, 287.

129 Hallett, *supra* note 93, at 630.

130 Interview by Jessica Santos with Heloise Doe, Temp. Protected Status Holder, in New York, New York (July 21, 2016). See also *id.* (“And I was looking for job, but it was tough. Because certain places, I don’t think they know what was the TPS at the moment, or I don’t know because it’s temporary it probably catches them. . .”).

131 Interview by Jessica Santos with Heloise Doe, Temp. Protected Status Holder, in New York, New York (July 21, 2016).

For workers transitioning into TPS from a previous unauthorized status, similar complications emerged. Mackenzy explained, “It was a headache for me at work to bring my real working papers because they didn’t know under what status I was working”¹³².

Karl also feared retaliation and unemployment, and expressed hesitance about complaining about workplace issues to an employer. When asked about complaints, Karl’s response was “I don’t talk to my co-workers. I have a philosophy about jobs. We [go] there to work. We finish working . . . You go home.”¹³³ Karl asserted that you never should talk about problems at work because, if you do, “they are going to fire you.”¹³⁴.

5 LAW-INDUCED INHIBITORS: SOME CAVEATS

This article has considered how three broad legal regimes shape the lives of three groups of workers with uncertain futures under U.S. immigration law: unauthorized immigrants, H-2 guest workers, and immigrants who have been granted Temporary Protected Status. It has demonstrated that the law creates conditions of precarity for each group of workers, however in different ways and through different institutional mechanisms.

We do not intend to assert that legal regimes can paint the full picture of precarity for non-citizen workers. Even though we have centered our analysis on how legal regimes block claimsmaking, we acknowledge that the law can sometimes empower these workers to make claims under the right conditions¹³⁵. Moreover, with our laser focus on the legal institutional context, we do not mean to deny the myriad other factors that influence employees’ rights mobilization, such as gender, race, religion, class, and geography¹³⁶. As Rathod reminds us, there is a “rich interplay” between an employee’s immigration status and their other characteristics, as well as broader structural dynamics¹³⁷.

132 Interview by Kennys Lawson with Mackenzy Doe, Temp. Protected Status Holder, in New York, New York (July 14, 2016).

133 Interview by Kennys Lawson with Karl Doe, Temp. Protected Status Holder, in New York, New York (Aug. 8, 2016).

134 *Id.*

135 GLEESON, *supra* note 6, at 76–78.

136 Chacón, *supra* note 15, at 731, 753 (referring to these as “overlapping forms of liminality” and noting that “intersectional vulnerabilities compound the destabilizing effects of each form of liminality”).

137 Jayesh M. Rathod, *Beyond the “Chilling Effect”: Immigrant Worker Behavior and the Regulation of Occupational Safety & Health*, 14 EMP. RTS. & EMP. POL’Y J. 267, 293 (2010); Jayesh M. Rathod, *Danger and*

In a similar vein, low-wage workers “in increasingly Latino-ized occupations” may have internalized a devaluation of their work that inhibits claimsmaking, regardless of their current immigration status¹³⁸. Moreover, Herrera’s recent work with nonindigenous and indigenous Latino day laborers in Oakland, California helpfully demonstrates variation even within Oakland’s Latino day laborer community¹³⁹. In doing so, he exposes that “illegality” is highly “racialized.”¹⁴⁰.

These complexities notwithstanding, we maintain that the particulars of the legal institutional environment facing different categories of immigrant workers demands scrutiny. A worker’s position vis-à-vis immigration law and broader legal institutional contexts—while certainly racialized—is undoubtedly a relevant factor in immigrant workers’ lives and decision-making processes¹⁴¹. Immigration status, similar to race, class and gender, operates as a “master status” in the workplace¹⁴². It is a designation provided by law¹⁴³, but it also shapes how an individual interacts with the law. As Armenta finds in her ethnography of policing, “laws converge to systematically criminalize and punish Latinos in the United States”¹⁴⁴.

Immigration law, along with other aspects of law that touch upon an individual’s experience (such as *adminigration* processes, *crimmigration* and *imployment*), can help set the broad dimensions of precarity for immigrant workers. Indeed, some scholars of stratification and inequality have begun to characterize legal control as “a premier stratifying institution.”¹⁴⁵ A non-citizen employee’s position vis-à-vis the law is even more salient in the current

Dignity: Immigrant Day Laborers and Occupational Risk, 46 SETON HALL L. REV. 813 (2016).

138 See Leticia M. Saucedo, *The Browning of the American Workplace: Protecting Workers in Increasingly Latino-ized Occupations*, 80 NOTRE DAME L. REV. 303 (2004). See also Lisa Catanzarite, *Dynamics of Segregation and Earnings in Brown-Collar Occupations*, 29 WORK AND OCCUPATIONS 300, 306 (2002).

139 Juan Herrera, *Racialized Illegality: The Regulation of Informal Labor and Space*, 14 LATINO STUD. 320, 325–38 (2016).

140 *Id.* at 323–25.

141 See generally Menjívar & Abrego, *supra* note 112 (discussing ways that immigration status shapes experience).

142 Shannon Gleeson & Roberto Gonzales, *When Do Papers Matter? An Institutional Analysis of Undocumented Life in the United States*, 50 INT’L MIGRATION 1, 3 (2012).

143 Gleeson, *supra* note 53, at 563.

144 Amada Armenta, *Racializing Crimmigration Structural Racism, Colorblindness, and the Institutional Production of Immigrant Criminality*, 3 SOC. RACE & ETHNICITY 82, 82, 92–3 (2016).

145 Stuart, Armenta & Osborne, *supra* note 51, at 241.

uncertain and hostile political context surrounding immigration law and policy¹⁴⁶. Conditions for non-citizen workers have undoubtedly worsened under President Trump's administration¹⁴⁷.

6 DISCUSSION AND CONCLUSION

In sum, this article draws from a number of different sources to develop a theory of law-induced inhibitors to claimsmaking for temporary immigrant workers in the United States, including: a survey of the legal landscape and law review literature; studies (mostly ethnographic) of the nature of precarity for TPS workers and other temporary immigrants; socio-legal studies of legal mobilization generally, and particularly with respect to unauthorized workers and low-wage guest workers; and preliminary data from the authors' pilot study of workers in New York City who have TPS.

Our intent was to highlight that the form and mechanism of precarity differs for three groups of non-citizen workers (unauthorized, H-2 guest workers, temporary immigrant workers). Each of these categories of worker interfaces distinctly with the institutional spaces of *crimmigration*, *immemployment* and *adminigration* processes. In doing so, we do not argue that one of the three groups we examine is necessarily more precarious than the other. We also do not contend that these institutional spaces can be considered in isolation, but rather that they intersect with each other in different ways depending on a non-citizen individual's immigration law category. Indeed, the case of TPS shows how the *adminigration* regime interacts with both *crimmigration* and *immemployment* dynamics.

This article's observations contribute to three distinct literatures. First, similar to Goldring¹⁴⁸, Anderson¹⁴⁹, Menjívar and others, our theoretical framework speaks to strains of the migration scholarship that are too often focused on the binary of un/authorized status. It builds on Goldring's notion of "conditionality" by highlighting how states, even outside of the guest worker/labor migration policy arena, can shape temporary migrant workers' precarity in unique

146 GLEESON, *supra* note 6, at 133–36.

147 Lisa Desjardins, *What is Donald Trump's 10-Point Immigration Plan?*, PUB. BROAD. SERV. (Sept. 1, 2016), <http://www.pbs.org/newshour/updates/donald-trumps-10-point-immigration-plan>.

148 See Goldring, Berinstein & Bernhard, *supra* note 14.

149 Anderson, *supra* not 39.

ways¹⁵⁰. It builds on Menjívar's observation that one's position vis-a-vis immigration law is "paramount" to the lives and work of temporary immigrants by unraveling how TPS may interact with broader legal regimes in ways that inhibit employee claimsmaking¹⁵¹.

Second, the article engages theories of claimsmaking, which have well-established the challenges facing unauthorized workers and H-2 guest workers in coming forward, but have heretofore poorly theorized the limitations that authorized, but temporary, non-guest workers face. And lastly, the article contributes an institutional analysis of social stratification through the law. It concentrates especially on three intersecting contexts of inequality: the criminalization of immigration enforcement, the administrative state, and immigration regulation in the employment sphere. In the current period of increased policing, along with a backing away from humanitarian relief (most notably with regards to refugees, but also other humanitarian categories such as TPS), the negative effects of these legal institutional dynamics are likely to intensify.

We advocate for future research that considers how the inhibitors identified here interact with the actual decision-making processes of workers. Rather than simply complicate classical dispute pyramid models of naming, blaming, and claiming, we argue that it is crucial to dissect the actual decision-making process for workers whose choices drive the claims-driven bottom-up system of workplace law enforcement in the United States. Some of these dynamics are likely to parallel challenges in other arenas of rights enforcement, such as crime reporting.

We offer a few additional suggestions for ground-up studies of workers' decision-making moving forward. First, future studies should not assume that unauthorized workers will always be the least likely to make claims against their employers, as compared to TPS workers and H-2 workers. In our analysis, we did highlight some formidable inhibitors for unauthorized employees' claimsmaking, such as fear of the *crimmigration* regime's deportation machinery. It is plausible, however, that unauthorized workers may be *more* likely than TPS and H-2 workers to make claims against their employers in some circumstances. The uncertainty and surveillance mechanisms of TPS and the subordinated status of H-2 workers vis-à-vis their employers pose challenges to claimsmaking that unauthorized workers do not face and that may limit

150 Luin Goldring, *Resituating Temporariness as the Precarity and Conditionality of Non-citizenship in LIBERATING TEMPORARINESS; MIGRATION, WORK AND CITIZENSHIP IN AN AGE OF INSECURITY IN CANADA* (VOSKO, PRESTON & LATHAM EDS.) (2014).

151 Menjívar, *supra* note 16, at 1003.

opportunities to voice dissent. Unauthorized individuals, who are not registered with the government, and are in effect “free agents” in the labor market, do not experience these same dynamics.

Indeed, a core finding of psychological studies on decision-making, especially the loss aversion heuristic, suggests that researchers should be careful about making the assumption that unauthorized workers suffer the greatest inhibitors to workplace law claimsmaking¹⁵². Simply put, this perspective conveys that individuals are more risk averse in their decision-making when they perceive that they will potentially lose something by taking the risk, than when they perceive that they could gain something¹⁵³.

As Weyland characterized it when applying this theory to explain risky decisions by Latin America political leaders in the 1980s and 1990s, “[c]rises trigger bold actions, while better times induce risk aversion”¹⁵⁴.

If TPS workers view claimsmaking as associated with a potential loss of their Temporary Protected Status, they may have a unique claiming inhibitor that unauthorized workers (who do not have even temporary immigration authorization) do not confront¹⁵⁵. This may be the case even if TPS workers have knowledge of their rights and even if the disincentives to claimsmaking are reduced through additional legally mandated remedies and protections against retaliation. The status quo is a key reference point for decision-makers and they will “defend it more fiercely against threats of losses.”¹⁵⁶ Relatedly, this theory would predict that political upheaval and the threat of an imminent end to the TPS program could lead to more risk taking, such as engaging in a

152 Kahneman and Tversky first presented the loss aversion heuristic, which is a subset of their “prospect theory.” Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*, 47 *ECONOMETRICA* 263, 263–65 (1979).

153 See Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Advances in Prospect Theory: Cumulative Representation of Uncertainty*, 5 *J. RISK UNCERTAINTY* 297, 297–99 (1992); Amos Tversky & Daniel Kahneman, *The Psychology of Preferences*, 246 *SCI. AM.*, Jan. 160, 160 (1982); Tversky & Kahneman, *supra* note 149, at 263–65.

154 Kurt Weyland, *The Political Fate of Market Reform in Latin America, Africa, and Eastern Europe*, 42 *INT’L STUD. Q.* 645, 648 (1998).

155 Kahneman and Tversky’s work, and the experiments and field studies that followed, challenges some rational choice assumptions that individuals (when properly informed) make decisions about what is in their self-interest after they comprehensively calculate all of the relevant incentives and disincentives. Rational choice theories “make unrealistic assumptions about human capacities for processing information.” KURT WEYLAND, *THE POLITICS OF MARKET REFORM IN FRAGILE DEMOCRACIES: ARGENTINA, BRAZIL, PERU, AND VENEZUELA* 38 (2002). In contrast to these rational choice assumptions, these scholars posited that people use “cognitive shortcuts,” what they and others call “heuristics,” to make decisions about the likely outcomes of their behavior. See Cass R. Sunstein, Lecture, *Moral Heuristics and Moral Framing*, 88 *MINN. L. REV.* 1556, 1558 (2004) (characterizing heuristics as playing a “pervasive role” in legal judgments).

156 WEYLAND, *supra* note 152, at 40.

workplace law complaint.

Second, the cross-border lives of immigrants in general should be considered as this dynamic no doubt shapes their decision-making about whether to engage in claimsmaking against their employers. Indeed, many of the interviewees in our pilot study often referred to their connections to their birth country. Sociologists have long examined the impact of a “dual frame of reference” on immigrant behavior building on classic work by Michael Piore¹⁵⁷. Recent work by Julia Gelatt weighs the competing ties and norms that immigrants rely on (either home-country or destination-country) when evaluating their social condition¹⁵⁸. Gelatt confirms that in many cases immigrant workers simultaneously endure low-status jobs for the sake of their children and other social obligations, but are not necessarily satisfied or content in evaluating their condition. This means that the cross-border lives of immigrants—and their related family concerns—no doubt shape their decision-making and sense of well-being.

Moving forward, it is our hope that this article’s theoretical framework can set the stage for an empirical research agenda that does the following. We must seek out measures of immigration status that not only go beyond the authorized/unauthorized divide and beyond the guest worker context, but also which interrogate the multifaceted forms of temporariness as sources of precarity. Quantitative survey data that can capture these distinct immigration law categories will continue to be important, insofar as it is collected in an ethical and reliable way that preserves confidentiality. Nonetheless, qualitative interviews with individuals who are in temporary non-guest worker immigration categories like TPS are crucial, even if they do not form a majority or even a large section of the non-citizen population. Finally, we advocate for a cross-disciplinary approach which examines both social and structural factors (e.g., at the level of the government and the market) that shape workplace precarity and the migrant decision-making process.

157 MICHAEL J. PIORE, *BIRDS OF PASSAGE: MIGRANT LABOR AND INDUSTRIAL SOCIETIES* (1979).

158 Julia Felatt, *Looking Down or Looking Up: Status and Subjective Well-Being Among Asian and Latino Immigrants in the United States*, 47 INT’L MIGRATION REV. 39 (2013).

EL DESPIDO DISCIPLINARIO POR DISMINUCIÓN CONTINUADA Y VOLUNTARIA DEL RENDIMIENTO: UN ANÁLISIS DOCTRINAL¹

DISCIPLINARY DISPENSE DUE TO CONTINUOUS AND VOLUNTARY PERFORMANCE DECREASE: A DOCTRINAL ANALYSIS

Juan Gorelli Hernández²

RESUMEN: El presente trabajo pretende analizar los principales elementos configuradores del despido disciplinario por disminución de rendimiento. Partiendo de la relevancia del rendimiento como elemento del propio contrato de trabajo, se analiza el art. 54.2 e) del Estatuto de los Trabajadores, resaltando cuáles son sus elementos principales: las exigencias de gravedad y culpabilidad, la necesidad de determinar cuál es el rendimiento exigible y la comparación (en términos homogéneos) entre ese rendimiento exigible y el rendimiento del trabajador. Por último, se plantea el problema del deslinde entre el despido disciplinario por esta causa y la posibilidad de pactar condiciones resolutorias del contrato basadas en un rendimiento mínimo.

PALABRAS CLAVE: Rendimiento. Despido disciplinario. Despido por disminución de rendimiento.

SUMARIO: 1. El rendimiento como obligación del trabajador y como objeto del contrato de trabajo. 2. Configuración general de la causa de despido disciplinario. 3. El rendimiento normal o pactado. 4. La necesidad de comparar el rendimiento actual con el anterior. 5. La disminución grave en el rendimiento del trabajador. 6. La culpabilidad en la disminución del rendimiento. 7. Pactos de rendimiento y extinción del contrato de trabajo.

ABSTRACT: The present work seeks to analyze the main modeling elements of disciplinary dismissal due to decreased performance. Based on the relevance of performance as an element of the employment contract itself, art. 54.2 e) of the Workers' Statute highlights what are its main elements: the requirements of seriousness and guilt, the need to determine what is the required performance and the comparison (in homogeneous terms) between this required performance and the performance of the worker. Finally, there is the problem of delimitation between disciplinary dismissal for this reason and the possibility of agreeing to contractual conditions based on minimum performance.

KEYWORDS: Performance. Disciplinary dismissal. Reduced performance dismissal.

SUMMARY: 1. Performance as an obligation of the worker and as an object of the employment contract. 2. General configuration of the cause of disciplinary dismissal. 3. Normal or agreed performance. 4. The need to compare current performance with previous performance. 5. The serious decrease in worker performance. 6. Guilt in the decrease in performance. 7. Performance agreements and termination of the employment contract.

1. EL RENDIMIENTO COMO OBLIGACIÓN DEL TRABAJADOR Y COMO OBJETO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Como punto de partida a la hora de analizar la ausencia de rendimiento como causa de extinción del contrato de trabajo debemos, necesariamente, referirnos a qué debemos considerar como rendimiento. Desde mi punto de vista, debemos entender por rendimiento la utilidad que

¹Artigo recebido em 08/07/2019.

Artigo aprovado em 11/07/2019 e 12/02/2020.

² Juan Gorelli Hernandez é Catedrático de Direito de Trabalho e da Seguridade Social, da Universidade de Huelva. RDRST, Brasília, Volume V, n. 3, 2019, p 93-111, Set-Dez/2019

para el empresario genera la prestación desarrollada por el trabajador³. Ahora bien, como vamos a ver inmediatamente que el rendimiento se integra dentro de la obligación asumida por el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo; por lo tanto, no sólo debemos hablar de rendimiento, sino de rendimiento debido. Desde esta perspectiva el rendimiento se configura como la utilidad o resultado, en cantidad y calidad, pactado entre empresario y trabajador⁴. Rendimiento y productividad no deben ser confundidos: el rendimiento recae sobre el trabajador, depende esencialmente de él, de manera que la existencia de elementos ajenos al trabajador que puedan impedir el cumplimiento de la obligación justifican el incumplimiento que no sería sancionable. Por el contrario, la productividad no sólo depende del trabajador, sino de todo un conjunto de elementos que son ajenos totalmente al trabajador⁵; lo que evidencia que, aún cuando sean conceptos relacionados, no son, ni mucho menos, afines.

Tal como acabamos de adelantar, el rendimiento forma parte del contenido obligacional del contrato de trabajo y más concretamente se trata de una obligación que recae sobre el trabajador: tal como ha venido destacando la doctrina laboral, a través del contrato de trabajo, el trabajador se obliga a trabajar; pero, además, esa obligación implica, necesariamente, que se alcance un determinado rendimiento⁶: el trabajador no sólo debe permanecer en su puesto de trabajo la jornada o tiempo comprometido, sino que debe alcanzar unos resultados cuantitativos o cualitativos. Podemos hablar, por tanto, del rendimiento debido del trabajador, pues el trabajo como prestación orientada a la obtención de unos bienes, está directamente asociada a la idea del rendimiento o utilidad resultado del trabajo⁷.

El rendimiento debido se conecta necesariamente del deber de diligencia y buena fe que recae sobre el trabajador como contratante⁸. La diligencia, entendida como un estándar de

³ GORELLI HERNANDEZ, Juan G.: “La configuración de los pactos extintivos sobre rendimiento mínimo y su relación con el despido disciplinario por disminución de rendimiento”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* n.º 123 (2004), página 396.

⁴ Vid. en esta dirección AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona 1997, página 276.

⁵ VILLALBA SANCHEZ, A.: *La condición resolutoria consignada en el contrato de trabajo*, Editorial Comares, Granada 2018, página 51.

⁶ Vid. ALZAGA RUIZ, I.: “La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, en AA.VV., *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Ediciones Cinca, Madrid 2009, página 183; GARATE CASTRO, J.: “La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, en AA.VV., *Estudios sobre el despido disciplinario*, ACARL, Madrid, segunda edición 1992, página 253; GARATE CASTRO, J.: *El rendimiento en la prestación de trabajo*, Civitas, Madrid 1984, página 121; GORELLI HERNANDEZ, J. y GOMEZ ALVAREZ, T.: *El despido disciplinario*, Difusión Jurídica, Madrid 2008, página 141; GORELLI HERNANDEZ, J.: “La configuración (...)”, página 396.

⁷ GARATE CASTRO, J.: *El rendimiento (...)*, *op. cit.*, página 32.

⁸ GARATE CASTRO, J.: “La disminución continuada (...)”, *op. cit.*, página 253; PEÑA OBIOL, S. y ALFONSO MELLADO, C.L.: “La disminución del rendimiento como causa de despido disciplinario”, *Tribuna Social* n 80-81 (1997), página 30.

conducta que pesa sobre el trabajador, condiciona el rendimiento del trabajador, pues si este adopta la diligencia necesaria y las condiciones de desarrollo de la prestación son normales, se alcanzará el rendimiento exigible. Desde este punto de vista la diligencia, elemento absolutamente subjetivo, puede ser objetivado gracias a la obtención (o no) del rendimiento debido por el trabajador.

La consideración del rendimiento como obligación del trabajador se vincula directamente con el deber de diligencia: este no supone realmente un deber autónomo respecto del objeto del contrato de trabajo, sino que se integra en el deber mismo de cumplir con la prestación, de manera que la falta de diligencia implica el incumplimiento por parte del trabajador. Esto supone que para el cumplimiento de la prestación es necesario cumplir diligentemente con las obligaciones laborales, de manera que la falta de diligencia se expresa, normalmente, en la falta de rendimiento del trabajador⁹. Por lo tanto, la disminución de rendimiento voluntaria es un incumplimiento del deber de diligencia¹⁰.

La prestación del trabajador ha de servir a los fines perseguidos por el propio contrato de trabajo; es decir, el contrato de trabajo como cualquier negocio jurídico tiene un objeto o finalidad que si no se satisface hace inviable la propia estructura contractual. El objeto del contrato de trabajo, comprendido como utilidad justificadora del mismo, no se limita a una mera prestación de trabajo realizado por el trabajador, sino que dicho trabajo debe generar un rendimiento, sin el cual el contrato carece de sentido. Desde este punto de vista, se hace evidente que el rendimiento no sólo es contenido obligacional del contrato, sino también objeto del propio contrato de trabajo¹¹. Tal como señalaba SAGARDOY “el objeto no puede decirse que es el *trabajo* a secas, sino el trabajo que produzca al acreedor del mismo una utilidad, considerada autónoma o heterónomamente, como normal, ya que en definitiva rendir es producir una utilidad; utilidad que puede plasmar o no en un fruto *material*”¹². Desde este punto de vista la obligación del trabajador se configura no sólo como prestar un determinado trabajo,

⁹ GARATE CASTRO, J.: El rendimiento (...), *op. cit.*, página 102; GARCIA MURCIA, J.: “Falta de diligencia y transgresión de la buena fe contractual (I)”, *Actualidad Laboral* n.º 24 (1990), página 288.

¹⁰ GARCIA MURCIA, J.: “Falta de diligencia y transgresión de la buena fe contractual (II)”, *Actualidad Laboral* n.º 24 (1990), página 295; GORELLI HERNANDEZ, J.: “Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal o pactado”, en AA.VV. coordinados por J. GORELLI HERNÁNDEZ, *El despido. Análisis y aplicación práctica*, Tecnos, Madrid 2004, página 116.

¹¹ GARATE CASTRO, J.: El rendimiento (...), *op. cit.*, página 71; de igual manera, GARCIA FERNANDEZ, M.: “El rendimiento debido en la relación de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* n.º 3 (1980), página 368.

¹² SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: “La disminución del rendimiento como causa de despido”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, n.º 33 (1968), página 418.

sino que el mismo tenga una utilidad productiva, generando en el empresario una rentabilidad económica¹³.

En definitiva, tal como hemos afirmado anteriormente, “el contrato de trabajo implica no sólo un mero intercambio de trabajo por salario, sino que además, esa prestación de trabajo debe ser productiva para el empresario, o dicho de otra manera, debe generar una utilidad para el empresario, obteniendo un resultado de esa prestación de trabajo. Esto supone que el trabajador no sólo debe prestar su trabajo, sino que a través del mismo ha de alcanzar un determinado rendimiento”¹⁴.

Entender el rendimiento como obligación del trabajador plantea diferentes cuestiones, como por ejemplo, cuál es el rendimiento debido por parte del trabajador, lo cual abre las puertas al problema de la cuantificación del rendimiento, cuestión esta especialmente vidriosa; pero sobre todo, considerar la existencia de un rendimiento debido supone que no alcanzar este rendimiento supone un incumplimiento de las obligaciones por parte del trabajador, lo cual plantea la cuestión que nosotros vamos a estudiar a través de este trabajo: la posibilidad de extinción del contrato de trabajo como consecuencia del incumplimiento del rendimiento debido.

2 CONFIGURACIÓN GENERAL DE LA CAUSA DE DESPIDO DISCIPLINARIO

El art. 54 del Estatuto de los Trabajadores (ET) regula el despido disciplinario estableciendo su primer apartado que el contrato puede extinguirse por decisión del empresario en caso de incumplimiento grave y culpable del trabajador. El apartado segundo regula las diferentes causas de despido disciplinario, señalando entre ellas, en su letra e), que se considera incumplimiento contractual “La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado”. Esta es la regulación española sobre el despido disciplinario por disminución del rendimiento del trabajador. Como vemos se trata de una regulación bastante simple y breve, pero no exenta de todo un conjunto de elementos que configuran esta causa de extinción del contrato de trabajo.

Hay que tener en cuenta que se va a considerar causa de despido disciplinario la disminución del rendimiento, pero no de cualquier rendimiento, sino del rendimiento normal o pactado. Ello plantea, en primer lugar, la necesidad de precisar cuál es ese rendimiento que el

¹³ GORELLI HERNANDEZ, J.: “Disminución continuada (...)”, *op. cit.*, páginas 115 y 116; PEÑA OBIOL, S. y ALFONSO MELLADO, C.L.: *op. cit.*, página 30.

¹⁴ GORELLI HERNANDEZ, J. y GOMEZ ALVAREZ, T.: *op. cit.*, página 141.

legislador caracteriza como “normal”, así como la posibilidad de que pueda establecerse un rendimiento pactado (y si este puede ser diferente del normal). Es decir, de entrada se plantea un problema de cuantificación del rendimiento. Se trata de una cuestión previa que es absolutamente esencial para estimar la existencia de un incumplimiento del trabajador.

De otro lado, es necesario que haya una disminución del rendimiento; es decir, que el rendimiento del trabajador quede por debajo del normal o pactado. Ello plantea, necesariamente, realizar una comparación entre el rendimiento normal (o pactado) y el rendimiento que el empresario estima inferior y que puede generar la extinción del contrato de trabajo. Sin esa comparación, el despido sería ilícito (improcedente en terminología legal española); estamos, por lo tanto, ante otro elemento esencial. Por otra parte, esa comparación debe realizarse en términos homogéneos, pues estos son los únicos que pueden evidenciar que estemos ante una auténtica disminución del rendimiento.

Si conectamos el art. 54.1 ET con lo establecido por la letra e) del art. 54.2 ET, se evidencia que no toda disminución de rendimiento puede justificar el despido disciplinario del trabajador, pues tal como puntualiza el primer apartado de este precepto, el despido disciplinario sólo puede producirse ante un incumplimiento grave y culpable. Es necesario, por tanto, que la disminución de rendimiento cumpla con ambos requisitos, gravedad y culpabilidad. En realidad, la propia letra e) del art. 54.2 ET señala ambas exigencias, pues se refiere a una disminución del rendimiento “continuada y voluntaria”. La continuidad hace referencia a la prolongación en la disminución del rendimiento; es decir, sigue a lo dispuesto por el art. 54.1 ET cuando se refiere a incumplimientos graves. La continuidad es, así, el mecanismo a través del cual se objetiva la exigencia de gravedad o entidad del incumplimiento. De otro lado la voluntariedad incardina con claridad la exigencia de culpabilidad del trabajador, que puede deberse tanto a un elemento doloso como culposo o negligente del trabajador. La exigencia de voluntariedad plantea interesantes interrogantes, como la prueba de la misma, de evidente dificultad técnica, tal como vamos a ver; pero también la posibilidad de justificación de la disminución del rendimiento por elementos o circunstancias que eludan, justamente, esa culpabilidad.

3 EL RENDIMIENTO NORMAL O PACTADO

El art. 54.2 e) ET se refiere a una disminución del rendimiento, lo que plantea la necesidad de conocer cuál es el rendimiento que funciona como referencia a la hora de determinar si existe o no una disminución del mismo. Existe así un problema de cuantificación

del rendimiento. En principio, cualquier trabajo puede ser susceptible de medición (ya sea en sentido estrictamente cuantitativo, pero también cualitativo); ahora bien, es evidente que estamos ante una causa de despido cuyo uso es más cómodo en aquellos casos en los que sea factible una fácil vía de cuantificación del rendimiento¹⁵. En los supuestos en que sea imposible la medición del rendimiento, la aplicación de esta causa de despido se vuelve inviable. En parecida situación nos encontramos cuando el rendimiento depende de la prestación de múltiples trabajadores, de manera que no sea factible la imputación de un concreto rendimiento a cada uno de los trabajadores¹⁶. En todo caso, para facilitar esta tarea el legislador se refiere al rendimiento normal o pactado.

Yendo por orden, en primer lugar, existe un rendimiento normal; es decir, el rendimiento que debe tomarse como referencia en aquellos casos en los que no existe un pacto expreso sobre un rendimiento mínimo en el propio contrato de trabajo. Se trata, por tanto, de un rendimiento inespecífico, es decir, no concretado o determinado *a priori*. Pero el hecho de que no se haya concretado no supone que no exista la obligación de cumplir con un determinado rendimiento; sino que es necesario determinar el mismo antes de estimar si existe o no incumplimiento de tal obligación.

Tanto doctrina como jurisprudencia han señalado tradicionalmente dos criterios a utilizar en estos casos: el criterio subjetivo y el objetivo. El subjetivo hace referencia a cuál sea el rendimiento del trabajador con anterioridad al momento en que el empresario considere que el rendimiento no es satisfactorio, rendimiento que debe objetivarse en función de la capacidad o destreza del trabajador. Se trata, por tanto, de concretar el rendimiento normal en función del habitualmente alcanzado por parte del trabajador, pues el empresario ha contratado en función de los conocimientos y profesionalidad del trabajador, de donde infiere que podrá alcanzar el rendimiento esperado. Como es lógico, para aplicar este criterio de concreción del rendimiento es necesario conocer cuál sea el rendimiento previo del trabajador, de manera que ante el desconocimiento de este dato será prácticamente imposible acudir al mismo para determinar cuál sea el rendimiento debido. De otro lado, el criterio objetivo hace referencia al rendimiento

¹⁵ AGUILAR IZQUIERDO, R.: *op. cit.*, páginas 278 y 279.

¹⁶ En este último caso hemos abogado en un trabajo anterior por la aplicación del despido por falta de buena fe. Se trata de situaciones en las que es muy difícil individualizar el rendimiento, pese a que para el empresario el incumplimiento es evidente; vid. en este sentido GORELLI HERNANDEZ, J. y GOMEZ ALVAREZ, T.: *op. cit.*, página 148.

de terceros trabajadores, en el mismo o similar puesto de trabajo, con idénticas o similares condiciones de trabajo¹⁷.

Si existen dos criterios diferentes de concretar el rendimiento, el problema que surge es evidente: dado que ambos criterios pueden dar un resultado diferente a la cuestión de cuál sea el rendimiento normal, lo que, a su vez, puede dar diferente respuesta a si existe o no un incumplimiento del trabajador, es esencial determinar cuál de los dos criterios tiene preferencia. Por supuesto, debemos señalar que el problema sólo va a plantearse en aquellos casos en los que el conflicto es posible (por ejemplo, es evidente que estamos ante un discusión superflua en todos aquellos caos en los que no haya un registro del rendimiento del concreto trabajador, o bien cuando existe un pacto de rendimiento que no resulta abusivo, supuestos todos ellos en los que ha de acudir, obviamente, a un criterio de carácter objetivo). La doctrina laboral¹⁸ ha evidenciado como tradicionalmente la jurisprudencia española se había inclinado por el criterio subjetivo, actuando el objetivo como un mecanismo supletorio a utilizar cuando no existiera un registro o prueba del rendimiento concreto del trabajador. En la actualidad parece que el criterio subjetivo resulta de aplicación en aquellos casos en los que no se haya pactado, ya sea individual o colectivamente un rendimiento determinado. A nuestro juicio, parece totalmente rechazable la aplicación del criterio subjetivo en aquellos casos en los que exista un pacto sobre rendimiento, salvo, evidentemente que dicho pacto resulte abusivo, supuesto en el que el mismo ha de tenerse como nulo. Al respecto no podemos encontrar una respuesta unánime, pudiendo encontrar tanto autores que defienden la aplicación del criterio objetivo, como GARATE CASTRO¹⁹; pero también podemos encontrar la opinión contraria, favorable a la aplicación del criterio subjetivo. En todo caso, esta es una cuestión que va a depender en buena medida de la actuación judicial, pues ambos criterios son perfectamente válidos²⁰. Desde luego, optar por un criterio objetivo impide que se someta al trabajador a un régimen de rendimiento más riguroso que el de su propio rendimiento anterior, especialmente cuando el trabajador obtenga habitualmente un rendimiento superior al de sus compañeros (o al fijado en contrato o convenio), de manera que queda condenado a mantenerlo indefinidamente salvo pena de despido. Desde mi punto de vista, no parece admisible el despido disciplinario por disminución del rendimiento

¹⁷ Sobre ambos criterios vid. GARATE CASTRO, J.: *El rendimiento (...)*, *op. cit.*, páginas 250 y sus; también GORELLI HERNANDEZ, J. y GOMEZ ALVAREZ, T.: *op. cit.*, páginas 149 y sus; PEÑA OBIOL, S. y ALFONSO MELLADO, C.L.: *op. cit.*, página 33.

¹⁸ Vid. AGUILERA IZQUIERDO, R.: *op. cit.*, página 285 y ss.

¹⁹ “La disminución continuada (...)”, *op. cit.*, página 266.

²⁰ Así, GORELLI HERNANDEZ, J. y GOMEZ ALVAREZ, T.: *op. cit.*, páginas 151 y 152.

en aquellos casos en los que el trabajador disminuye su rendimiento, si bien este sigue siendo superior al exigible²¹.

De otro lado, está la posibilidad de pactar un rendimiento. De entrada hay que subrayar que el rendimiento pactado es un rendimiento que obedece, evidentemente, a un criterio objetivo: el fijado y concretado por el pacto. De otro lado, ha de tenerse en cuenta que aún cuando parece que estamos ante una alternativa al rendimiento normal, en realidad, el rendimiento pactado no es sino una especie de aquél; de hecho, tal como acabamos de señalar, el pacto no es más que un criterio objetivo de determinar el rendimiento debido. Pero, además, cuando nos referimos a que es una especie del rendimiento normal queremos decir también que el rendimiento que pueda pactarse no puede ser sustancialmente distinto al rendimiento normal, pues un rendimiento pactado que fuese muy superior al normal caería dentro del ámbito del pacto abusivo al que se refiere el art. 49.1 b) ET cuando regula como mecanismo de extinción del contrato de trabajo las causas válidamente consignadas en el contrato, “salvo que las mismas constituyan abuso de derecho”²². Por lo tanto, a la hora de fijar un rendimiento pactado, no es posible prescindir del rendimiento normal, pues de lo contrario se corre peligro de concretar un rendimiento excesivo.

Cuestión interesante es la de cuál es el instrumento a través del cual se fija ese rendimiento pactado. Al respecto es posible la concreción del pacto por dos vías diferentes. En primer lugar, a través de la autonomía individual; es decir, el contrato individual de trabajo. Pero, por otra parte, también es perfectamente posible la concreción del rendimiento a través de la autonomía colectiva, normalmente a través del convenio colectivo²³. Como es lógico, la determinación del rendimiento a través de un mecanismo colectivo es más difícil, especialmente si tenemos en cuenta el elemento de la existencia de diferentes niveles de negociación colectiva: mientras más alto sea el nivel de la negociación (pensemos simplemente en un convenio colectivo nacional de sector), más complejo será que se especifique unos niveles de rendimiento para la totalidad de todos los posibles trabajadores afectados por el convenio colectivo. Por lo tanto, parece lógico que esta cuestión sea más propia, bien de mecanismos de negociación a nivel de empresa o incluso de ámbito inferior a la empresa, o bien un pacto propio del contrato

²¹ En este sentido ALZAGA RUIZ, I.: *op. cit.*, páginas 194 y 195.

²² Vid. GARATE CASTRO, J.: “La disminución continuada (...)”, *op. cit.*, página 256. En similares términos GORELLI HERNANDEZ, J. y GOMEZ ALVAREZ, T.: *op. cit.*, página 154; GORELLI HERNANDEZ, J.: “Disminución continuada (...)”, *op. cit.*, página 122; ORTIZ LALLANA, M.C.: “Causas, forma y efectos del despido disciplinario”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* n.º 100 (Tomo 2),

²³ Sobre las dos posibilidades vid. ORTIZ LALLANA, M.C.: *op. cit.*, página 1137.

individual de trabajo; de hecho la doctrina laboral ha venido afirmando tradicionalmente que el contrato es el ámbito más adecuado para esta cuestión²⁴.

4 LA NECESIDAD DE COMPARAR EL RENDIMIENTO ACUTAL CON EL ANTERIOR

Una vez que conocemos cuál es el rendimiento exigible al trabajador, procedimentalmente es imprescindible realizar una comparación entre el rendimiento anterior, que cumplía con los estándares de normalidad o con el pacto establecido sobre rendimiento, y el rendimiento actual del trabajador, que incumple con la obligación asumida por éste. La realización de esta comparación resulta esencial, pues el posible incumplimiento del trabajador (la disminución de rendimiento) sólo se evidencia a través de la misma: la caída en el rendimiento actual se constata cuando éste es comparado con el anterior o con el rendimiento actual de otros trabajadores, o con el rendimiento pactado en contrato o fijado en convenio. Procesalmente es importante, pues la carga de probar el incumplimiento recae sobre el empresario, de manera que si falta dicha prueba, el despido se califica como improcedente²⁵.

Es evidente que la comparación sólo es posible cuando existe un conocimiento de cuál es el rendimiento anterior del trabajador; de ahí que si no existe constancia alguna del mismo, la extinción por esta vía no sería posible (salvo que acudamos al rendimiento de los trabajadores en idéntico o similar puesto de trabajo). De otro lado, es obvio que también ha de conocerse el rendimiento actual del trabajador, y no sólo el rendimiento anterior; sólo así podrá realizarse esta comparación que puede evidenciar la existencia de una disminución del rendimiento, por lo que resulta esta una cuestión esencial²⁶.

Debemos considerar como imprescindible para esta comparación, que la misma sea realizada a través de términos homogéneos, pues de lo contrario la comparación no podrá ofrecer un resultado aceptable desde el punto de vista de la real existencia de una disminución del rendimiento²⁷. Por lo tanto, no será factible acudir a esta causa de extinción del contrato de

²⁴ En este sentido GARCIA FERNANDEZ, M.: “El rendimiento debido en la relación de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* n.º 3 (1980), página 380; PEÑA OBIOL, S. y ALFONSO MELLADO, C.L.: *op. cit.*, página 32.

²⁵ Tal como señalan PEÑA OBIOL, S. y ALFONSO MELLADO, C.L.: “La falta de ese elemento comparativo, (...) conduce a que no pueda entenderse que el trabajador ha incurrido en conducta sancionable con el despido”. *op. cit.*, página 30.

²⁶ Vid. GORELLI HERNANDEZ, J. y GOMEZ ALVAREZ, T.: *op. cit.*, página 144.

²⁷ Tal como señala ALZAGA RUIZ, I., las condiciones de homogeneidad se producen cuando “las condiciones actuales de ejecución sean las mismas o similares a aquellas en las que venía prestando sus servicios el trabajador cuando su rendimiento era superior al actual”. *op. cit.*, página 189. En similares términos GORELLI

trabajo en aquellos casos en los que se haya producido una sustancial alteración de las condiciones de trabajo, pues se estaría comparando rendimientos que obedecen, no sólo a la capacidad del trabajador, sino también a elementos ajenos al mismo²⁸. En estos casos, al fijarse el rendimiento en base a criterios distintos, el resultado final sería engañoso²⁹. En este sentido, no es factible acudir a esta causa de despido cuando se haya producido una alteración en el proceso productivo, se cambie el sistema de medición del rendimiento, o se destina al trabajador a desarrollar una prestación de trabajo diferente a la que había venido desarrollando hasta ese momento. De esta manera la jurisprudencia ha estimado que falta homogeneidad cuando se producen situaciones en las que hay una situación de conflicto colectivo en la empresa, supresión de horas extraordinarias, supresión de gratificaciones por productividad, alteración de los sistemas de cálculo de productividad o modificación del trabajo realizado por parte del trabajador³⁰.

Desde el punto de vista de la comparación que evidencie la disminución del rendimiento, debemos plantearnos el problema del trabajador que no ha llegado jamás al rendimiento debido; es decir, que desde el comienzo de su relación laboral ha mostrado un rendimiento inferior al normal o pactado, pues para que se realice una comparación efectiva es necesario que exista un rendimiento anterior que se considera óptimo. En estos casos hay un sector doctrinal ha estimado en estos casos que no sería viable el despido disciplinario por disminución del rendimiento normal o pactado, entendiendo que ha de acudirse al despido objetivo por incapacidad del trabajador conocida tras el inicio de la relación laboral³¹. En realidad, debemos puntualizar este supuesto, pues esta situación sólo puede plantearse realmente cuando estemos ante una situación en la que no es posible realizar la comparación con otros trabajadores o no existe un rendimiento pactado (es decir, sólo surge la cuestión cuando no es posible acudir al criterio objetivo). De esta manera, siempre sería posible realizar una comparación con el rendimiento de otros trabajadores en el mismo o similar puesto de trabajo³². Por lo tanto, el supuesto de hecho es bastante reducido, limitándose a aquellos casos en los que no es viable

HERNANDEZ, J. y GOMEZ ALVAREZ, T.: *op. cit.*, página 146; también ORTIZ LALLANA, M.C.: *op. cit.*, página 1137.

²⁸ Vid. AGUILERA IZQUIERDO, R.: *op. cit.*, página 284.

²⁹ GORELLI HERNANDEZ, J.: “Disminución continuada (...)”, *op. cit.*, página 119.

³⁰ Vid. ALZAGA RUIZ, I.: *op. cit.*, página 189.

³¹ De esta opinión AGUILERA IZQUIERDO, R.: *op. cit.*, páginas 282 y 283; ALZAGA RUIZ, I.: *op. cit.*, página 190; GARATE CASTRO, J.: “La disminución continuada (...)”, *op. cit.*, página 255; así como SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: *op. cit.*, página 420.

³² En este sentido GORELLI HERNANDEZ, J.: “Disminución continuada (...)”, *op. cit.*, página 119.

más que un criterio de carácter subjetivo para la cuantificación del rendimiento normal (único trabajador en la empresa, o el único en ocupar un determinado puesto de trabajo).

5 LA DISMINUCIÓN GRAVE EN EL RENDIMIENTO DEL TRABAJADOR

No todo incumplimiento de un trabajador es merecedor de un despido disciplinario. Tal como he señalado *supra*, el ordenamiento español reserva el despido solo para los incumplimientos graves y culpables del trabajador (art. 54.1 ET). En cuanto a la gravedad, el legislador se refiere tanto a la entidad propia del incumplimiento, como a la relevancia del mismo en la estructura del contrato. De esta manera, el legislador en el art. 54.2 ET ha aislado de entrada ciertas conductas que va a considerar relevantes en el marco de una relación contractual subordinada (las ausencias y las faltas de puntualidad, la indisciplina, las ofensas verbales o físicas, la transgresión de la buena fe, etc.), pero, además, exige que tales incumplimientos sean graves. De esta manera, llegar tarde una vez al trabajo es un incumplimiento, pero no genera, por sí sólo, el despido disciplinario.

Teniendo en cuenta este planteamiento, ¿cómo se traslada la exigencia de gravedad a la disminución del rendimiento? Desde mi punto de vista la cuestión se plantea en dos planos diferentes, pero relacionados. En primer lugar, la disminución debe tener una entidad suficiente, es decir, la reducción del rendimiento ha de ser relevante. Por lo tanto, no podemos admitir como causa de extinción una disminución que respecto del rendimiento pactado difiera en una mínima parte; es decir, que sea insignificante o irrelevante³³. Ciertamente en estos casos de pequeñas reducciones del rendimiento estamos ante un incumplimiento del trabajador, si bien, no tiene ese carácter de gravedad que se exige para que el despido sea procedente. Desde este punto de vista la gravedad va a exigir, como en el resto de las causas de despido, una valoración de las circunstancias en que se produce el incumplimiento del trabajador, si hay reiteración, advertencias previas, si ha tenido una conducta laboral intachable a lo largo del tiempo, etc.

Sin embargo, la propia doctrina laboral ha venido constatando que normalmente el grado o nivel de incumplimiento no suele ser relevante para la jurisprudencia a la hora de estimar la procedencia o improcedencia de un despido por disminución del rendimiento, centrándose normalmente en el segundo de los planos que vamos a señalar, el de la continuidad de la disminución del rendimiento³⁴. Este planteamiento por el que se resta relevancia al grado o

³³ GORELLI HERNANDEZ, J. y GOMEZ ALVAREZ, T.: *op. cit.*, página 161.

³⁴ Vid. AGUILERA IZQUIERDO, R.: *op. cit.*, páginas 298 y 299.

nivel de disminución es, desde nuestro punto de vista, totalmente criticable, pues la entidad de la disminución del rendimiento define a la gravedad al igual que la continuidad en la disminución (segundo de los elementos que vamos a ver).

De otro lado, la gravedad se relaciona directamente con la prolongación de la disminución del rendimiento a lo largo del tiempo. Esta cuestión está expresamente recogida en el art. 54.2 e) ET cuando al regular esta causa de despido disciplinario se señala que la disminución del rendimiento debe ser “continuada”. Es evidente que mientras más se prolongue la duración de la disminución del rendimiento, mayor entidad tendrá el incumplimiento del trabajador, pudiendo alcanzar la consideración de gravedad que justifica el despido disciplinario. Entendemos que el hecho de que el propio art. 54.2 e) ET se refiera a la continuidad como elemento configurador de la causa de despido es lo que fundamenta la nula relevancia de la necesidad de un grado o nivel suficientemente relevante como elemento determinante de la gravedad de la conducta incumplidora tipificada como causa de despido. Por lo tanto, un incumplimiento consistente en una disminución puntual o aislada del rendimiento, aún cuando sea especialmente relevante, no puede determinar un despido disciplinario del trabajador pues no existiría causa suficiente para ello³⁵. En definitiva, podemos afirmar que la continuidad, es decir, la prolongación o reiteración sistemática de la conducta, se configura en el ordenamiento español como el elemento determinante de la gravedad³⁶.

Dos problemas interpretativos plantean la continuidad, el primero, cuándo ha de considerarse que existe una continuidad suficientemente relevante como para entender que la conducta del trabajador es grave. Sobre la cuestión no existe una respuesta estándar u homogénea, ni entre doctrina, ni jurisprudencialmente. La continuidad o duración se considerará grave en función de las circunstancias y consecuencias que rodean a cada incumplimiento concreto; en todo caso, como es evidente, la continuidad se constata cuando hay una reiteración del comportamiento, de cierta duración, dentro de un período de tiempo razonable. En todo caso, es evidente que la negociación colectiva puede ser un buen instrumento para regular qué disminuciones de rendimiento son consideradas graves en base a la continuidad de las mismas³⁷.

En caso de ausencia de regulación por convenio colectivo, el empresario deberá probar la persistencia de la conducta del trabajador dentro de un plazo moderador o de referencia que

³⁵ GARATE CASTRO, J.: “La disminución continuada (...)”, *op. cit.*, página 285; GORELLI HERNANDEZ, J.: “Disminución continuada (...)”, *op. cit.*, página 126.

³⁶ ALZAGA RUIZ, I.: *op. cit.*, página 196; ORTIZ LALLANA, M.C.: *op. cit.*, página 1138.

³⁷ ALZAGA RUIZ, I.: *op. cit.*, página 197; GARATE CASTRO, J.: “El rendimiento (...)”, páginas 301 y ss.

evidencie un incumplimiento que pueda ser calificado como grave³⁸. Se trata, por tanto, de un período de tiempo que evidencie la relevancia del incumplimiento del trabajador y que no estamos ante un hecho aislado, sino una conducta que se mantiene, en la que el trabajador persevera o persiste a lo largo del tiempo³⁹, sin que, al respecto, exista ningún plazo estándar que sea utilizado por parte de la jurisprudencia. En realidad, nos parece adecuado que no exista una delimitación apriorística y de carácter general sobre cuándo puede considerarse que hay continuidad suficiente, pues ello permite aplicar la causa de despido con comodidad y con flexibilidad suficiente a las distintas actividades productivas que pueda desarrollar el trabajador en cuestión⁴⁰.

El segundo problema es el de los incumplimientos intermitentes: son puntuales, pero se reiteran a lo largo del tiempo. Por lo tanto, no habría una continuidad en sentido estricto⁴¹, por lo que no podrían ser sancionadas estas faltas laborales con el despido⁴²; sin embargo, es evidente que este tipo de comportamiento puede ser especialmente dañoso para el empresario, generando incumplimientos graves. Frente a esta situación parece que lo más adecuado es, de nuevo, acudir a la negociación colectiva para determinar períodos durante los cuales la reiteración intermitente de estas conductas pudieran ser consideradas como un comportamiento continuado que podría dar lugar al despido⁴³.

Tal como hemos señalado anteriormente, entendemos que los dos criterios señalados, el nivel o grado de disminución y la continuidad, deben ser tenidos en cuenta a la hora de determinar si existe o no un incumplimiento sancionable por parte del empresario. De esta manera, una pequeña disminución del rendimiento debe prolongarse ampliamente en el tiempo para justificar un despido disciplinario, mientras que una gran disminución en el rendimiento del trabajador requiere una menor continuidad en el tiempo. En todo caso, salvo que se haya regulado a través de la negociación colectiva cuáles son los períodos de referencia para determinar si hay o no continuidad, parece que es conveniente que el empresario advierta al trabajador del hecho de estar ofreciendo un rendimiento menor al normal o al pactado, especialmente en los supuestos de larga continuidad, pues ello evitaría que entre en juego el instituto de la prescripción de las faltas laborales; por otra parte, la advertencia del empresario

³⁸ GARATE CASTRO, J.: “La disminución continuada (...)”, *op. cit.*, página 287.

³⁹ GORELLI HERNANDEZ, J.: “Disminución continuada (...)”, *op. cit.*, página 127.

⁴⁰ GORELLI HERNANDEZ, J. y GOMEZ ALVAREZ, TO.: *op. cit.*, página 163.

⁴¹ Vid. sobre esta cuestión AGUILERA IZQUIERDO, R.: *op. cit.*, página 299.

⁴² En este sentido SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: *op. cit.*, página 425; también GARATE CASTRO, J.: “El rendimiento (...)”, *op. cit.*, página 301.

⁴³ GARATE CASTRO, J.: “La disminución continuada (...)”, *op. cit.*, página 285.

obvia totalmente que ésta consienta el comportamiento incumplidor del trabajador, facilitando un futuro despido.

6 LA CULPABILIDAD EN LA DISMINUCIÓN DEL RENDIMIENTO

Junto con la gravedad en el incumplimiento, el art. 54.1 ET exige un segundo elemento para que exista una justa causa de despido por incumplimientos del trabajador: la culpabilidad. Esta se configura como la actuación deliberada o negligente del trabajador, que determina el incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Por lo tanto, el incumplimiento grave dará lugar al despido del trabajador tanto en aquellos casos en los que hay un comportamiento doloso (una actuación voluntaria del trabajador que desea incumplir sus obligaciones), como negligente (incumplimiento de las obligaciones contractuales como consecuencia de una actuación caracterizada por la falta de diligencia exigible ex art. 5.a ET).

La cuestión ahora es la de cómo se plasma esta exigencia de carácter general en esta concreta causa de despido disciplinario. Al respecto debemos recordar que el art. 54.2 e) ET se refiere a la disminución continuada y “voluntaria” en el rendimiento normal o pactado. Es la voluntariedad el elemento a través del cual parece articularse la exigencia general de culpabilidad. En definitiva, la voluntariedad supone que la conducta sea imputable al trabajador y dicha imputabilidad puede ser consecuencia tanto de una conducta dolosa (es decir, una actuación consciente del trabajador que desea deliberadamente incumplir sus obligaciones), como negligente (la responsabilidad surge por la omisión de la diligencia debida en el desarrollo de la prestación de trabajo, falta de diligencia que es imputable al trabajador)⁴⁴. La voluntariedad en la disminución de rendimiento es el elemento que permite distinguir los supuestos de despido disciplinario basados en esta causa, de los casos de despidos objetivos por ineptitud sobrevenida del trabajador, pues en estos casos la falta de aptitud, si bien es un hecho imputable al trabajador, no es una circunstancia originada por la voluntad del trabajador⁴⁵.

La voluntariedad genera un importante problema, el de su prueba, pues se trata de un elemento meramente subjetivo⁴⁶. La distribución ordinaria de la carga de la prueba implica que

⁴⁴ Así, AGUILERA IZQUIERDO, R.: *op. cit.*, página 292; CAMARA BOTIA, A.: “El carácter «culpable» del incumplimiento del trabajador en el despido disciplinario”, en AA.VV., coordinados por J. Gárate Castro, *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario*, Santiago de Compostela 1997, página 36; GARATE CASTRO, J.: “La disminución continuada (...)”, *op. cit.*, páginas 271 y ss.

⁴⁵ ALZAGA RUIZ, I.: *op. cit.*, página 199; GARATE CASTRO, J.: “La disminución continuada (...)”, *op. cit.*, página 271; SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: *op. cit.*, página 424.

⁴⁶ GARATE CASTRO, J.: “La voluntariedad como nota definitoria del despido por disminución en el rendimiento”, *Revista de Política Social* n.º 130 (1984), página 257.

es el demandante quién debe probar los hechos constitutivos de la demanda. Sin embargo, en el proceso laboral de despido, el art. 105 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, establece que es el demandado (el empresario), quien debe probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido; es decir, que es el empresario quien debe probar que hay una disminución de rendimiento, que esta es grave y que es voluntaria. Pues bien, el problema, al margen de la distribución de la carga de la prueba, es el de cómo probar que la disminución del rendimiento depende de la voluntad del trabajador. La cuestión es tremendamente difícil, pues se trataría de probar la intención del incumplidor. En la práctica ello haría muy difícil el despido por disminución del rendimiento.

Para resolver esta cuestión la jurisprudencia aplica una solución que, a nuestro juicio, es lógica: la distribución de la carga de la prueba de manera más equilibrada, de modo que el empresario deba probar la existencia de una disminución de rendimiento, y que la misma es suficientemente grave; para, a continuación, atribuir al trabajador la carga de probar que dicha disminución no se debe a su voluntad, sino a circunstancias ajenas a la misma⁴⁷. De esta manera, si el trabajador no es capaz de probar la existencia de tales circunstancias, se va a presumir la voluntariedad en el incumplimiento⁴⁸. En definitiva, la cuestión se sintetiza en la necesidad de que el trabajador evidencie que la reducción se debe a causas ajenas a su voluntad; de lo contrario, se estimará que la disminución es voluntaria. No se trata sino una manifestación de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria⁴⁹.

Teniendo en cuenta esta interesante distribución de la carga probatoria, resulta relevante determinar cuáles pueden ser tales circunstancias que justifican la reducción del incumplimiento por parte del trabajador, lo cual debe, necesariamente, deducirse de cada caso concreto⁵⁰. Con anterioridad he tenido ocasión de sistematizar las posibles causas de justificación en base a tres grandes grupos⁵¹. En primer lugar, aquellas causas justificadoras de la disminución que recaen sobre el empresario. El abanico de posibilidades es bastante grande, pues incluye el mal funcionamiento de los medios de producción, las deficiencias de la maquinaria o de las materias primas utilizadas, la alteración del sistema productivo que requiere de períodos de adaptación por parte de los trabajadores, la introducción de nueva maquinaria,

⁴⁷ En este sentido AGUILERA IZQUIERDO, R.: *op. cit.*, página 294; ALZAGA RUIZ, I.: *op. cit.*, página 198; ORTIZ LALLANA, M.C.: *op. cit.*, página 1139.

⁴⁸ Vid. GORELLI HERNANDEZ, J. y GOMEZ ALVAREZ, T.: *op. cit.*, páginas 165 y ss.

⁴⁹ GORELLI HERNANDEZ, J.: “Disminución continuada (...)”, *op. cit.*, página 130.

⁵⁰ GARATE CASTRO, J.: “La disminución continuada (...)”, *op. cit.*, página 275. Vid. la STSJ del País Vasco de 18 diciembre 2001, AS 2002\1240

⁵¹ Vid. GORELLI HERNANDEZ, J. y GOMEZ ALVAREZ, T.: *op. cit.*, páginas 168 y sus; también en GORELLI HERNANDEZ, J.: “Disminución continuada (...)”, *op. cit.*, páginas 130 y ss.

medios de producción o de nuevas tecnologías, o el cambio de puesto de trabajo del trabajador, que es destinado a uno diferente del originario. En segundo lugar, están las causas que recaen sobre el trabajador, pero que no inciden sobre una voluntad de reducir el rendimiento, como la alteración de la salud que no le impide trabajar, pero que incide sobre una reducción del rendimiento. Por último, también hay causas ajenas a las partes, como las circunstancias del mercado, que afecta a trabajadores que se dedican a la venta de productos de la empresa.

7 PACTOS DE RENDIMIENTO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

El art. 49.1 b) ET señala que el contrato se extinguirá “Por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario”. Pues bien, uno de estos supuestos es el pacto de rendimiento mínimo con condición extintiva.

Estos pactos extintivos introducidos en el contrato tienen la naturaleza de condiciones resolutorias⁵², es decir, se trata de un hecho incierto que habilita a cualquiera de las dos partes (en realidad, al empresario, tal como acabamos de ver) a dar por extinguido el contrato de trabajo si es que se producen⁵³. De esta manera se evidencia que para que se produzcan los efectos extintivos no es suficiente con el acaecimiento de la condición (en el caso que a nosotros interesa), que no se cumpla con el mínimo de rendimiento establecido, a partir de ahí es necesario que el empresario denuncie el contrato, es decir, se pronuncie expresamente por la extinción del contrato.

Se trataría de una extinción del contrato de trabajo por decisión bilateral de ambas partes, pues el pacto extintivo se introduce en el contrato de trabajo por acuerdo entre empresario y trabajador, lo que supone una importante diferencia respecto de los supuestos de despido disciplinario antes analizados, pues estos se tratan de mecanismos extintivos unilaterales o sujetos exclusivamente a la decisión del empresario. Cuestión distinta es que, naturalmente, una vez acordado el pacto extintivo, este se haga valer por sólo una de las partes, en este caso el empresario.

⁵² ALVAREZ DE LA ROSA, M.: “Suspensión y extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo y por causas consignadas en el contrato”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* n.º 100, página 957.

⁵³ SANTIAGO REDONDO, K.M.: *La extinción consensual de la relación laboral (Un estudio sobre la delimitación de los tipos, su causalidad y calificación)*, Lex Nova, Valladolid 2000, página 117.

No pretendemos analizar esta vía de extinción del contrato de trabajo, sino tan sólo referirnos a una concreta cuestión: su relación con el despido disciplinario por disminución continuada y voluntaria del rendimiento normal o pactado.

La posibilidad de introducir pactos extintivos o condiciones resolutorias en el contrato supone una individualización de los mecanismos de extinción, pues pueden incorporarse vías extintivas no previstas expresamente por la regulación legal, de manera que sea el contrato quien las regule⁵⁴. Estamos, por lo tanto, ante una ampliación de las posibilidades de extinción del contrato de trabajo, al admitirse la conjunción de la voluntad individual como instrumento de creación de nuevas vías de extinción. No obstante, es evidente que existe un importante límite a esta posibilidad: tales mecanismos contractuales no pueden afectar a lo ya dispuesto por la regulación legal; es decir, lo pactado en el contrato no puede suponer una regulación *in peius* de la regulación legal sobre extinción de la relación laboral (arts. 49 y sus ET), de manera que no pueden alterarse los límites a la extinción del contrato establecidos por la normativa legal⁵⁵.

Justamente lo anterior pone de manifiesto los problemas de esta vía de extinción cuando la conectamos con el despido disciplinario por disminución del rendimiento, pues tenemos dos vías extintivas y la delimitación entre una y otra no es clara, pues en ambos casos los requisitos para la extinción son diferentes; o siendo más claros, el despido por disminución de rendimiento presenta límites que no parecen de aplicación a lo previsto por el art. 54.2 e) ET: mediante la condición resolutoria podría evitarse la aplicación de la regulación en materia de despido que como hemos visto exige gravedad y culpabilidad en el incumplimiento del trabajador, amén todo ello de las exigencias de requisitos formales (la carta de despido) reguladas para el despido disciplinario en el art. 55.1 ET. Desde este punto de vista las condiciones resolutorias podrían suponer un atajo para la extinción del contrato por disminución de rendimiento, al no tener que aplicarse las garantías propias del despido disciplinario.

Estamos ante dos vías de extinción que se basan sobre un mismo hecho? Y si es así, hemos de aplicar la regulación del despido, o es posible utilizar cualquiera de las dos?

⁵⁴ VILLALBA SANCHEZ, A.: *La condición resolutoria consignada en el contrato de trabajo*, Editorial Comares, Granada 2018, páginas 8 y 9.

⁵⁵ Tal como señala ALVAREZ DE LA ROSA, M., “Las causas consignadas válidamente han de referirse a hechos extintivos no enumerados en el artículo 49 ET y que no sean abusivas”. *op. cit.*, página 956; de igual manera DEL REY GUANTER, S. y SERRANO OLIVARES, R.: “Extinción del contrato de trabajo y autonomía individual: a propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1996 y de 15 de enero de 1997”, *Actualidad Laboral* n.º 18 de 1998, página 353.

La jurisprudencia ha entendido mayoritariamente que el incumplimiento del pacto de rendimiento como condición resolutoria, es perfectamente admisible, de manera que resulta de aplicación lo dispuesto por el art. 49.1.b) de la repetida norma estatutaria, siempre y cuando el rendimiento pactado no pudiera considerarse abusivo⁵⁶.

Ahora bien, aun cuando mayoritariamente se admita la vía extintiva de la condición resolutoria que fija un rendimiento mínimo, ciertamente se van a aplicar a estos supuestos elementos propios o procedentes del despido disciplinario por disminución del rendimiento, de manera que existen un conjunto de elementos comunes. Así, en primer lugar, el empresario siempre tendrá que probar dicha disminución. Para ello es imprescindible, tanto en el despido como en la condición de rendimiento mínimo, un elemento de comparación para llegar a la conclusión del bajo rendimiento, ya sea en función de un criterio subjetivo (el rendimiento anterior del propio trabajador), o un elemento objetivo (rendimiento de otros trabajadores con similares funciones). También la jurisprudencia ha afirmado la necesidad de imputar la disminución al trabajador, de manera que el trabajador pueda probar la existencia de circunstancias justificativas que le exculparían de esa disminución⁵⁷, de manera que la decisión extintiva pese a existir tales circunstancias convertirían dicha decisión en abusiva. En el mismo sentido se viene aplicando exigencias propias del despido disciplinario, como la voluntariedad en la disminución y la continuidad en esta disminución⁵⁸.

Podemos por tanto afirmar que el estado actual de la cuestión en la jurisprudencia pasa por admitir la existencia de dos mecanismos de extinción diferentes: el despido disciplinario y los pactos o condiciones resolutorias sobre rendimiento mínimo; si bien en la práctica la extinción a través del art. art. 49.1 b) ET se asimila al despido por disminución de rendimiento, de manera que la existencia de las dos vías alternativas se simplifica pues finalmente todo acaba confluyendo en el despido disciplinario⁵⁹.

BIBLIOGRAFÍA

⁵⁶ En este sentido las SSTs de 11 de junio de 1.983, RJ 1983\2998; 20 de octubre de 1986; 13 de noviembre de 1986, RJ 1986\6338; 27 de septiembre de 1988, RJ 1988\7130; 23 de febrero de 1990, RJ 1990\1215; 16 de noviembre de 2009, RJ 2009\775; o las SSTSJ del País Vasco de 15 de febrero de 2011, AS 2011\950; Andalucía de 5 de julio de 2011, AS 2011\2698; y País Vasco de 19 de octubre de 2004, AS 2004\3615.

⁵⁷ STS de 14 de diciembre de 2011, RJ 2012\3496.

⁵⁸ DEL REY GUANTER, S. y SERRANO OLIVARES, R.: *op. cit.*, página 363.

⁵⁹ Sobre la cuestión vid. GORELLI HERNANDEZ, J.: “La configuración de los pactos extintivos sobre rendimiento mínimo y su relación con el despido disciplinario por disminución de rendimiento”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* n.º 123 (2004), página 411.

AGUILERA IZQUIERDO, R. **Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia.** Thomson Reuters Aranzadi, 1997.

ALFONSO MELLADO, C.L. La disminución del rendimiento como causa de despido disciplinario. Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral, nº 80, 1997.

ALVAREZ DE LA ROSA, M. Suspensión y extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo y por causas consignadas en el contrato. Civitas. **Revista Española de Derecho del Trabajo**, n.º 100, 2000.

ALZAGA RUIZ, I. La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de trabajo normal o pactado. AA.VV., **El despido disciplinario.** Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea. Ediciones Cinca: Madrid, 2009.

CAMARA BOTIA, A.. El carácter «culpable» del incumplimiento del trabajador en el despido disciplinario. AA.VV., coordinados por J. Gárate Castro. **Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario.** Universidad de Santiago de Compostela: Santiago de Compostela, 1997.

GARCIA FERNANDEZ, M.: El rendimiento debido en la relación de trabajo. Civitas. **Revista Española de Derecho del Trabajo.** n.º 3, 1980.

GARATE CASTRO, J. El rendimiento en la prestación de trabajo, Civitas: Madrid, 1984.

GARCIA MURCIA, J.: “Falta de diligencia y transgresión de la buena fe contractual (I)”. Actualidad Laboral, n.º 24, 1990.

GARATE CASTRO, J. La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado. AA.VV., Estudios sobre el despido disciplinario. ACARL: Madrid, segunda edición, 1992

GORELLI HERNANDEZ, Juan G. La configuración de los pactos extintivos sobre rendimiento mínimo y su relación con el despido disciplinario por disminución de rendimiento. **Revista Española de Derecho del Trabajo** n.º 123, 2004.

GORELLI HERNANDEZ, J. y GOMEZ ALVAREZ, T. El despido disciplinario. **Difusión Jurídica.** Madrid, 2008

ORTIZ LALLANA, M.C. Causas, forma y efectos del despido disciplinario. Civitas. **Revista Española de Derecho del Trabajo** n.º 100, Tomo 2, 2000.

SANTIAGO REDONDO, K.M.: **La extinción consensual de la relación laboral (Un estudio sobre la delimitación de los tipos, su causalidad y calificación)**, Lex Nova: Valladolid, 2000

SERRANO OLIVARES, R. Extinción del contrato de trabajo y autonomía individual: a propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1996 y de 15 de enero de 1997. **Actualidad Laboral** n.º , 1998

VILLALBA SANCHEZ, A. **La condición resolutoria consignada en el contrato de trabajo.** Editorial Comares: Granada, 2018.

A REFORMA SINDICAL NO BRASIL: REDENÇÃO OU CAOS?¹

REFORM OF TRADE UNIONS SYSTEM IN BRAZIL: SALVATION OR CHAOS?

Guilherme Guimarães Feliciano²
Paulo Roberto Lemgruber Ebert³

RESUMO: O presente artigo analisa criticamente as principais proposições legislativas destinadas a promover a reorganização da estrutura sindical brasileira, sinalizando para as alternativas de modernização e democratização que podem alinhar o Brasil com os modelos em voga nas democracias mais consolidadas. Tais modelos fundam-se nos corolários (i) da pluralidade sindical com maior representatividade, (ii) da ampla tutela contra as práticas antissindicais, (iii) da autonomia sindical, (iv) do fomento à negociação coletiva e (v) da instituição das representações de trabalhadores nos locais de trabalho. Fora dessa hipótese, corre-se o risco de provocar a implosão do sistema como resultado da pulverização de entidades pouco representativas, da estagnação financeira, da perda de força na contraposição aos desígnios empresariais e da legitimação da intervenção patronal na ação sindical.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma sindical. Liberdade sindical. Custeio sindical. Sindicalismo. Sindicatos brasileiros.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breve síntese das recentes medidas e propostas de reformulação sindical. 3. As origens históricas da estrutura sindical brasileira e sua configuração na Constituição Federal de 1988. 4. A liberdade sindical plena e seus elementos conformadores. 5. O problema do custeio sindical e suas soluções no contexto da liberdade sindical plena e na sistemática sindical brasileira. 6. Considerações finais: a reestruturação da organização sindical brasileira, a liberdade sindical plena e o papel da hermenêutica constitucional. 7. Referências.

ABSTRACT: This article analyses critically the main legislative projects in order to promote the reform of the Brazilian trade unions system, indicating alternatives of modernization and democracy that be able to align Brazil with the models in use in the main democracies more consolidated. These models are based in guidelines such as (i) plurality joined by the major representation, (ii) huge protection against unfair labor practices, (iii) trade unions freedom of action and internal organization, (iv) reinforcement of the collective bargaining and (v) freedom to create representative bodies in the workplace level. Out of this hypothesis, there is the risk of the entire trade unions system could be collapsed by the spreading of unrepresentative and weak entities, by the financial stagnation, by the weakness in collective bargaining and by the legitimation of unfair labor practices.

KEYWORDS: Reform of trade unions system. Freedom of trade unions association. Costs of trade unions. Trade unionism. Brazilian trade unions.

¹ Artigo recebido em: 28/01/2020.

Artigo aprovado em: 23/03/2020 e 27/03/2020.

² Professor Associado II do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté – SP. Coordenador da Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito e Processo do Trabalho da Universidade de Taubaté. Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho no biênio 2013-2015.

³ Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília. Professor Universitário. Advogado.

RDRST, Brasília, Volume V, n. 3, 2019, p 112-147, Set-Dez/2019

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Synthesis of the trade unionism reform proposals in discussion. 3. The Brazilian trade unionism historical origins and its configuration in the Federal Constitution. 4. The full freedom of trade unions association and its main guidelines. 5. How to finance trade unions in a full freedom of trade unions association model and in the Brazilian system. 6. Final considerations: rebuilding the Brazilian trade union system under the full freedom of trade union association and the role of constitutional hermeneutics. 7. References.

1 INTRODUÇÃO

As críticas à estrutura sindical brasileira não configuram exatamente um fenômeno recente, haja vista que a divergência entre seus elementos, ainda fortemente calcados na doutrina corporativista, e os cânones da liberdade sindical já são há muito conhecidos e apontados. Na aurora do nosso atual hiato democrático, a Constituição Federal de 1988 já preservava em seu âmago os quatro pilares do modelo corporativista e intervencionista inaugurado pela Consolidação das Leis do Trabalho, sob a inspiração fascista da *Carta del Lavoro* de Benito Mussolini: (i) a unicidade sindical por base territorial; (ii) a representatividade por categorias (ficção legal até hoje plasmada no art. 511 da CLT); (iii) o poder normativo da Justiça do Trabalho (redesenhado quinze anos depois, com a Emenda Constitucional n.º 45/2004, para se assemelhar a uma arbitragem pública); e (iv) o financiamento sindical por contribuições obrigatórias (que se subsumiam, inclusive, à *fattispecie* do art. 3.º do CTN – i.e., eram *tributos*, respaldados pelo art. 149 da CRFB –, até o advento da Lei n.º 13.467/2017). E, de fato, acumularam-se por quase três décadas as reflexões acadêmicas e políticas em torno da baixa representatividade dos sindicatos pátrios, tributária da unicidade por base territorial e do financiamento compulsório, sem que, todavia, pudessem desencadear quaisquer mudanças sensíveis no modelo sindical celetário. ao menos até recentemente.

Não obstante, tais críticas se intensificam em maior ou menor medida a depender do momento político, social e econômico vivenciado pelo país, tendendo a recrudescer especialmente nos períodos de crise. Foi exatamente essa dinâmica que ocasionou, a partir de 2017, no contexto mais amplo das propostas que culminaram com a chamada “Reforma Trabalhista” (Lei n.º 13.467/2017), um intenso debate a respeito do modelo sindical brasileiro, com especial ênfase no financiamento das entidades, em sua função negocial, em seu âmbito de representatividade e em seus mecanismos de atuação.

Ao contrário do que se passou em ocasiões pretéritas – e especialmente durante as discussões concernentes à tentativa pregressa de “reforma sindical”, que se tentou construir, sob o mandato de Luís Inácio Lula da Silva, com a anuência das centrais sindical (e, diga-se, sem qualquer êxito) –, este é um momento crítico, se não periclitante, para o próprio debate e

para as suas possíveis veredas. Com efeito, vivencia-se uma frenética atividade propositiva voltada para a reformulação da estrutura sindical, não exatamente com vista a aprimorá-la em superação aos problemas congênicos do sistema até então vigente (*i.e.*, no sentido da superação dos restolhos corporativistas), mas sim no intuito de colocar em xeque suas vigas mestras – a despeito de seus defeitos ou virtudes, mas apenas pelo ímpeto das “mudanças” –, sem possibilitar a visualização clara do que será posto em seu lugar.

Nessa ensanxa, malgrado a opacidade com que se molda o futuro da estrutura sindical pátria, os próceres de sua célere e radical reformulação asseguram que as medidas propostas sob a mesma matriz liberal da Reforma Trabalhista culminarão com a modernização do sistema de relações coletivas e com a democratização dos vínculos entre os trabalhadores representados e suas entidades representantes, em linha com os ordenamentos mais avançados sobre o tema. Até este momento, entretanto, não foi o que se viu: bastaram as alterações já introduzidas pela Lei n.º 13.467/2017, subtraindo abruptamente a obrigatoriedade das contribuições sindicais (o que decerto havia de ser feito, mas com zonas e fases de transição), subsequentemente chanceladas pelo Supremo Tribunal Federal (v. ADI n.º 5794-DF e conexas), para que o resultado palpável, em finais de 2019, fosse a redução de aproximadamente 1,5 milhão de trabalhadores sindicalizados, em relação aos patamares de 2016 (quando aproximadamente 16% da mão-de-obra formal estavam associados a entidades sindicais; em 2018, todavia, o contingente de sindicalizados caiu em quase 12%)⁴. Apesar disto, seguir-se-ão doravante as mesmas diretrizes?

Como se vê, é imperioso lançar um olhar crítico profundo sobre as tantas proposições de reforma sindical que pululam mês a mês, tendo por lentes de apoio, inexoravelmente, (a) a configuração histórica da organização sindical brasileira, com os vícios e virtudes a ela inerentes, (b) os fundamentos subministrados pelo Direito Internacional do Trabalho – e, em particular, pelas Convenções n.º 87, 98, 135 e 154, da OIT, engendrando o que doravante designaremos como liberdade sindical plena (em contraponto à liberdade sindical mitigada instalada no Brasil a partir de 5/10/1988, *ex vi* dos incisos I a VIII do art. 8.º da CRFB) – e (c) as experiências exitosas hauridas do direito comparado. Eis a senda segura quando se quer antever configurações eficientes para o nosso modelo de representatividade sindical, como ainda para a própria estrutura sindical brasileira; ou, ainda, quando se deseja avaliar se o porvir sinalizado por algumas das propostas legislativas (ou pré-legislativas) em curso será capaz de

⁴ V., por todos, “Brasil perde 1,5 milhão de sindicalizados após reforma trabalhista”. **Folha de S. Paulo**, 18/12/2019 (Caderno “Mercado”). Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/12>. Acesso em 22/12/2019.

consumar a tão propalada “modernização” e “democratização”, ou se precipitará, ao revés, um cenário potencial de entropia sindical. Eis, afinal, o que interessa discutir nas linhas a seguir: mercê das inegáveis inconsistências do modelo sindical brasileiro, há veredas que poderão oferecer redenção; outras provavelmente trarão o caos. Quais os parâmetros cognitivos para separar o joio do trigo?

Voilà.

2 BREVE SÍNTESE DAS RECENTES MEDIDAS E PROPOSTAS DE REFORMULAÇÃO SINDICAL

Já no âmbito da Lei n.º 13.467, de 13/7/2017, o legislador tratou de instituir uma série de modificações substanciais tendentes a limitar o poder de barganha e, conseqüentemente, a legítima ação dos sindicatos no exercício de seus misteres negociais, tais como (i) a instituição das representações dos trabalhadores nas empresas sem a totalidade das garantias a elas inerentes e sem a paridade de tratamento com as representações sindicais nas empresas (arts. 510-A a 510-D da CLT); (ii) a eliminação da ultratividade das cláusulas normativas (art. 614, § 3.º, da CLT); (iii) a supressão da exigência de explicitação das contrapartidas recíprocas nos instrumentos negociais (art. 611, § 2.º, da CLT); (iv) a prevalência em absoluto dos acordos coletivos sobre as convenções coletivas de trabalho (art. 620 da CLT) e, sob tais condições já por si só desfavoráveis, (v) a sistemática do negociado sobre o legislado (arts. 611-A e 611-B da CLT).

Para além disso, a Reforma Trabalhista veiculada pela Lei n.º 13.467/2017 encerrou com a compulsoriedade no desconto da contribuição sindical em relação à totalidade das categorias representadas pelos sindicatos (art. 578 e seguintes), passando a exigir a autorização prévia e expressa dos trabalhadores para que o recolhimento em folha pudesse ocorrer, sem estabelecer quaisquer mecanismos de transição ou de regressividade nos percentuais até sua completa eliminação.

Na sequência da Reforma Trabalhista, as proposições surgidas após a promulgação da Lei n.º 13.467/2017 passaram a atacar as questões concernentes (i) à unicidade sindical; (ii) ao âmbito territorial e representativo de atuação das entidades sindicais; (iii) ao registro destas últimas nos órgãos públicos; (iv) à estruturação do sistema confederativo e (iv) à formulação, por instâncias alheias à estrutura estatal, das regras pertinentes ao custeio, às eleições, à representatividade, ao mandato, à transparência, dentre outras.

Os temas em apreço vêm sendo discutidos em duas frentes distintas, a saber: (i) no Congresso Nacional e (ii) no âmbito do Grupo de Altos Estudos Trabalhistas – GAET, instituído junto ao Ministério da Economia, que tem dentre seus grupos, um dedicado exclusivamente à temática da liberdade sindical.

No Congresso Nacional, a temática vem sendo discutida no bojo da Proposta de Emenda Constitucional n.º 196/2019, de relatoria do Deputado Marcelo Ramos (PL-SP), que sucedeu as anteriores PECs n.º 161/2019 e n.º 171/2019. Em apertada síntese, a proposição em apreço (i) elimina a unicidade sindical e instaura, em seu lugar, o sistema da pluralidade; (ii) acaba com o registro sindical nas instâncias federais e o substitui pelo simples cadastro dos atos constitutivos em cartório; (iii) estabelece os setores econômicos e os ramos de atividades como âmbitos de organização a serem observados pelas categorias econômicas e profissionais e reafirma o município como base territorial mínima e (iv) integra expressamente as centrais sindicais no sistema confederativo.

Além disso, a PEC n.º 196/2019 busca instituir o Conselho Nacional de Organização Sindical – CNOS, formado paritariamente por representantes dos trabalhadores designados pelas Centrais Sindicais e por representantes dos empregadores indicados pelas Confederações patronais. Nos termos da proposição, o colegiado em referência ficará responsável (i) pela formulação dos critérios e aferição da representatividade; (ii) pela definição das formas e das fontes de custeio sindical; (iii) pela instituição de mecanismos de mediação, arbitragem e resolução de conflitos intersindicais e pelo estabelecimento dos âmbitos de realização das negociações coletivas.

Por fim, a PEC n.º 196/2019 estabelece uma série de regras de transição, no sentido de assegurar às entidades pré-constituídas a manutenção de suas prerrogativas por até dez anos a contar da promulgação da futura Emenda Constitucional, caso aquelas mantenham um percentual mínimo de filiação, para além de estabelecer prazo para a regulamentação dos requisitos de representatividade por parte do CNOS.

Paralelamente à análise dos temas propostos no bojo da PEC n.º 196/2019, discutiu-se (e ainda se discute), inclusive no âmbito do GAET, medidas alternativas tais como (i) a eliminação da unicidade sindical e da base mínima municipal, com a possibilidade de instituição dos sindicatos por empresas; (ii) a restrição da negociação coletiva apenas aos associados da entidade signatária e (iii) a instituição da contribuição assistencial, com o desconto de todos os integrantes da categoria, após a celebração de instrumentos normativos e (iv) o retorno da

contribuição sindical compulsória, sob nova denominação, nos moldes existentes anteriormente à Lei n.º 13.467/2017.

A síntese ora formulada, a abranger as medidas já implementadas e aquelas em vias de discussão propostas nos últimos três anos, deixa claro que a reestruturação ora ventilada contempla o maior conjunto de alterações na organização sindical brasileira desde a legislação editada a partir da década de 1930. Resta saber, contudo, se ela efetivamente promove o alinhamento da sistemática pátria com princípio da liberdade sindical ou se ela o encaminha para o cadafalso.

3 AS ORIGENS HISTÓRICAS DA ESTRUTURA SINDICAL BRASILEIRA E SUA CONFIGURAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A evolução da estrutura sindical brasileira é marcada por uma série de condicionantes sociológicas e normativas que a conferiu notas muito particulares em comparação com os demais ordenamentos jurídicos. Tais peculiaridades decorrem, em parte, do viés autoritário e personalista a marcar o exercício do poder e a gestão da coisa pública pelos governantes desde o período colonial e, em parte, da industrialização tardia do País e das sucessivas convulsões políticas e sociais que marcam a trajetória histórica pátria.

Nas primeiras décadas do Século XIX, quando a Europa ocidental vivenciava em plenitude os progressos da Revolução Industrial e as contradições do liberalismo e do individualismo, o Brasil, recém emancipado do jugo colonial, mantinha uma economia ainda fortemente baseada no extrativismo de matérias primas, no latifúndio, na agricultura e na pecuária, cuja movimentação dependia de mão-de-obra escrava que, por sua vez, se encontrava submetida a relações de absoluto servilismo e dependência dos proprietários das terras. Nesse contexto, inexistiam as mínimas condições para o surgimento espontâneo de coalizões entre trabalhadores⁵.

Com a chegada dos imigrantes europeus – muitos deles partidários de ideologias anarquistas e socialistas amplamente difundidas em seus países de origem - e com seu emprego nas incipientes atividades industriais, comerciais e de serviços que passaram a surgir nos polos urbanos, especialmente em São Paulo e no Rio de Janeiro, foram constituídas as primeiras ligas operárias⁶.

⁵ PRADO JÚNIOR. Caio. **História Econômica do Brasil**. 51ª reimpressão. São Paulo: Brasiliense, 2011. p. 143.

⁶ TOLEDO. Edilene. **Anarquismo e Sindicalismo Revolucionário**. Trabalhadores e militantes em São Paulo na primeira República. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004. p. 67-69.

Paralelamente a isto, o ideário do liberalismo econômico e da autonomia privada – com significativo atraso em relação à Europa - encontrava amplo espaço para influenciar a organização da sociedade na recém nascida República, vindo a Constituição de 1891 e, posteriormente, o Código Civil de 1916, refletirem exatamente tal espírito, principalmente na definição dos direitos individuais e na abstenção do Estado em intervir na organização econômica, o que, na prática, redundou na subsistência do polo patronal como o fixador unilateral das condições de trabalho e na exploração generalizada da mão-de-obra mediante o pagamento de salários vis sob jornadas de trabalho extenuantes⁷.

Nesse contexto, as ligas operárias criadas sob o influxo das ideologias trazidas pelos imigrantes empregados nas atividades urbanas fizeram eclodir uma série de greves que culminaram, em janeiro de 1907, com o advento da Lei n.º 1.641 (alinhada de Lei Afonso Gordo), a versar, justamente, sobre a expulsão de estrangeiros nocivos à segurança nacional e à tranquilidade pública. Naquele mesmo mês e ano, foi editado o Decreto n.º 1.637, cujo teor facultou aos trabalhadores de profissões similares ou conexas do meio urbano a fundação de entidades sindicais para o estudo e a defesa de seus interesses comuns (art. 1.º), a filiação às entidades de sua escolha (art. 5.º), para além de assegurar a estas últimas a formação de organizações de nível superior (art. 4.º)⁸.

Em que pese o teor aparentemente democrático da norma em referência, seu art. 8.º limitava o direito de representação das categorias àquelas entidades que fossem constituídas no intuito de obter a harmonia entre os trabalhadores e os empregadores. Com tal disposição, o legislador brasileiro demonstrava de forma nítida sua preferência por sindicatos de cunho conciliatório e, ao mesmo tempo, dóceis aos desígnios estatais, imbuído na crença de que a atividade reivindicatória de tais organizações prejudicava sobremaneira o equilíbrio das relações sociais, baseadas na liberdade contratual e na igualdade meramente formal, para além de comprometer a ordem pública, a paz social.

Já sob o influxo do movimento de 1930, o novo governo revolucionário lançou mão de instrumentos de planificação do mercado, tendo por intuito o condicionamento da economia e

⁷ SIMÃO. Azis. **Sindicato e Estado**. São Paulo: Dominus, 1966. p. 63.

⁸ É importante destacar, para fins históricos, que em 6 de janeiro de 1903, foi editado o Decreto n.º 979, tendo por objeto a organização dos profissionais da agricultura e das indústrias rurais em sindicatos.

A despeito da denominação de “sindicato” utilizada pelo decreto, o fato é que as associações ali mencionadas não almejavam a representação dos interesses profissionais dos trabalhadores do campo, sendo, ao revés, entidades formadas para o auxílio mútuo de seus integrantes e para a defesa dos interesses corporativos dos proprietários de terras e das empresas agrárias.

Pode-se dizer, portanto, que os “sindicatos” mencionados no Decreto n.º 979/1903 se aproximavam mais de associações de proprietários rurais e de cooperativas agrícolas do que de entidades voltadas para a defesa dos interesses dos trabalhadores na agricultura em contraposição aos desígnios patronais.

da produção aos desígnios estatais e a instituição de mecanismos de controle dos conflitos sociais que já vinham se intensificando nas três primeiras décadas do século XX, principalmente no meio urbano.

Nesse particular, o Governo Federal passou a priorizar a intervenção normativa nas relações entre o capital e o trabalho, no intuito de minar os movimentos obreiros surgidos de forma espontânea no meio urbano e de, conseqüentemente, dispor de uma maior margem de atuação para moldar, segundo seus desígnios, os novos atores sociais que estavam surgindo nesse novo estágio do desenvolvimento econômico nacional⁹.

No que diz respeito às relações individuais de trabalho, a atividade legislativa foi pautada pela edição de normas que estabeleceram, de maneira detalhada, as condições mais relevantes para prestação do labor. Paralelamente a isto, as relações coletivas foram objeto de regulamentação nitidamente plasmada no ideário corporativista, caracterizado pela confusão entre os interesses oficiais e os desígnios das categorias econômicas e profissionais no fito de evitar que os conflitos sociais pudessem obstar a consecução dos propósitos do Estado em torno da regulação da produção¹⁰.

Tal concepção de estrutura social veio a servir de inspiração para a incipiente legislação sindical brasileira, surgida no início dos anos 1930 (Decretos n.º 19.770/31 e n.º 22.132/32), logo após a Revolução que destituiu do Poder as oligarquias rurais. Para além disso, a adoção dos postulados corporativistas entre nós foi em muito influenciada pela crença difundida, principalmente, por Oliveira Viana, de que a índole eminentemente individualista e antigregária do povo brasileiro recomendava a atuação do Estado na formação e atuação das entidades profissionais¹¹.

Imbuído de tal intuito, o Decreto n.º 19.770, de 19/3/1931 determinou expressamente em seu artigo 1.º, que a defesa dos “interesses de ordem econômica, jurídica, higiênica e cultural” far-se-ia “por intermédio do Ministério do Trabalho”. A referida legislação condicionava, ainda, a constituição das entidades sindicais à aprovação de seus estatutos por aquele órgão administrativo e deixava expresso que tais entes associativos configuravam órgãos de colaboração com o Estado.

⁹ SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Direito do Trabalho & Democracia**. Apontamentos e pareceres. São Paulo: LTr, 1996. p. 190-192.

¹⁰ COTRIM NETO, A.B. **Doutrina e Formação do Corporativismo**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F.º. Editor, 1938. p. 169-170.

¹¹ VIANA, Francisco José de Oliveira. **Instituições Políticas Brasileiras**. Brasília: Senado Federal, 1999. p. 140-142.

Com o advento do Estado Novo, em 1937, e a outorga da nova Constituição Federal nesse mesmo ano, a instituição do corporativismo como ideologia norteadora da organização sindical pátria foi reforçada. A propósito, o art. 138 da novel Carta Política deixava assente que “somente (...) o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participam da categoria de produção para que foi constituído”.

Sob tal regime, o sindicato único assumira, definitivamente, o papel de ente de direito público responsável pela coordenação das categorias econômicas e obreiras sob a orientação dos desígnios oficiais. Nesse sistema, em que tais organizações se vinculavam visceralmente à estrutura estatal e representavam toda uma categoria profissional ou econômica em uma dada base territorial, seu financiamento não dependia necessariamente da associação dos trabalhadores ou das empresas aos quadros da entidade, de modo que esta última detinha a prerrogativa de lhes impor contribuições, na dicção do art. 138 da Constituição Federal de 1937, vindo tal permissivo a originar, anos mais tarde, o imposto sindical previsto nos arts. 578 e seguintes da CLT¹².

Mesmo após a derrocada do Estado Novo e de suas instituições autoritárias, a moldura corporativista traçada nesse período histórico permaneceu determinando a estrutura sindical brasileira. Tal situação decorreu, em certa medida, do fato de ter prevalecido na Assembleia Constituinte de 1946 o peso das bancadas do PSD e do PTB - partidos ligados à ideologia getulista – em detrimento das propostas alavancadas pelo PCB e pela UDN, a defenderem a ampla liberdade sindical e a desvinculação entre o Estado e os Sindicatos¹³.

Com a eclosão do Regime Militar a partir de 1964, a refundação da vetusta estrutura sindical brasileira sob a égide da pluralidade sindical e da independência das organizações constituídas autonomamente por trabalhadores e empregadores, com o consequente afastamento do Estado em tal seara foi definitivamente varrida da pauta de prioridades do novo regime.

Pelo contrário, a organização sindical traçada no Título V da Consolidação das Leis do Trabalho – a possibilitar o controle direto das entidades pelo Governo Federal – ia ao encontro dos interesses oficiais, pois ao oferecer amplos mecanismos de intervenção, o referido diploma legal possibilitava ao Estado verificar constantemente as tendências ideológicas seguidas pelas entidades, bem como a eventual aproximação de seus membros com teses de esquerda. Assim,

¹² VIANNA. Luiz Werneck. **Liberalismo e Sindicato no Brasil**. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989. p. 123.

¹³ NOGUEIRA. Octaciano. **Doutrina Constitucional Brasileira**. (Constituição de 1946). Tomo III. Brasília: Senado Federal, 2006. p. 349-352.

as Constituições de 1967 e 1969 não inovaram significativamente em relação ao tema, mantendo-se praticamente intacta a estrutura herdada do Estado Novo¹⁴.

No entanto, a despeito do alinhamento com os desígnios estatais e dos défices de democracia interna e de participação direta das categorias nos assuntos cotidianos das entidades, não se pode negar que os sindicatos formados sob a estrutura plasmada a partir da década de 1930 contribuíram, na condição de protagonistas, para uma série de avanços sociais logrados nos textos legislativos e nas negociações coletivas setoriais, que reverteram positivamente para as condições de vida e de trabalho de suas respectivas categorias profissionais¹⁵.

Não obstante, o fim do Regime Militar e a implantação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88, aliados ao advento do chamado Novo Sindicalismo, abriram caminho para a rediscussão do modelo sindical brasileiro. À ocasião, a corrente capitaneada pelo PT defendia a pluralidade e a aproximação com o modelo plasmado na Convenção n.º 87 da OIT, enquanto os parlamentares do chamado “centrão” e do bloco socialista (principalmente PCB e PC do B), batiam-se pela manutenção da unicidade e da contribuição compulsória¹⁶.

Como resultado, obteve-se um modelo híbrido, que assegura, ao mesmo tempo, o monopólio por base territorial, a contribuição compulsória e a livre organização e atuação das entidades, sem a ingerência do Estado. Em outras palavras, a organização sindical pátria na Constituição de 1988 acabou por mesclar elementos eminentemente corporativistas com diretrizes pluralistas e democráticas, representadas, no primeiro caso, pela unicidade e, no último, pela dissociação entre sindicatos e Governo.

Tal sistemática mista, ao manter a unicidade sindical sem o enquadramento outrora existente, possibilitou às categorias profissionais e econômicas a definição autônoma dos interesses a serem por elas defendidos e, com isso, potencializou a dissociação e o desmembramento de bases territoriais e coletividades mais específicas em relação àquelas mais amplas, nos termos do art. 571 da CLT. O resultado prático de tal modelo é representado pela

¹⁴ ERICKSON. Kenneth Paul. Cecília. **Sindicalismo no Processo Político no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1979. p. 208-209.

¹⁵ A propósito, Maurício Godinho Delgado observa que: “Com todos os obstáculos e restrições apresentados, as entidades sindicais (ou, pelo menos, parte delas) conseguiram atingir alguns objetivos históricos do sindicalismo no mundo ocidental, isto é, elevar as condições de contratação e gestão da força de trabalho no mundo socioeconômico, propiciando, ademais, patamares mais elevados de cidadania política, econômica, social, institucional e jurídica na História do Brasil. Basta se comparar, afinal, esse período de 58 anos com o período histórico precedente a 1930.” DELGADO. Maurício Godinho. **Sindicalismo e Sindicatos no Brasil: da Democratização Promovida pela Constituição da República à Crise e Desinstitucionalização Emergentes**. In: **Revista Magister de Direito do Trabalho**. n.º 91. jul-ago. p. 68-95. 2019.

¹⁶ LOURENÇO FILHO. Ricardo Machado. **A Liberdade Sindical: percursos e desafios na história constitucional brasileira**. São Paulo: LTr, 2011. p. 81-100.

fundação de dezenas de milhares de novas entidades sindicais protagonizada por chapas derrotadas nas eleições da “entidade-mãe”, sem qualquer respaldo por parte da categoria por elas abrangida e motivada, precipuamente, pelo recolhimento das contribuições compulsórias¹⁷.

Por outro lado, o reconhecimento da autonomia sindical com relação aos desígnios do Estado possibilitou aos sindicatos, às federações e às confederações já empenhadas historicamente no cumprimento de suas missões institucionais, que se organizassem de maneira independente, se fortalecessem no plano institucional e se capacitassem ainda mais na defesa dos interesses de suas respectivas categorias, tanto no âmbito das negociações coletivas, quanto nos embates com os empregadores e com os agentes públicos.

A despeito da consolidação do sistema sindical híbrido plasmado na Constituição Federal de 1988, com seus méritos e defeitos, a reforma de suas estruturas com o intuito de promover o alinhamento ao modelo que chamaremos de liberdade sindical plena delineado nas Convenções n.º 87, 98, 135 e 154, da OIT sempre esteve na pauta dos debates travados nas três últimas décadas, não apenas entre os estudiosos da área, como também no plano das estruturas oficiais de poder.

E foi justamente sob a bandeira da “modernização” do sistema sindical brasileiro e da “democratização” da relação entre as coletividades representadas e seus representantes sindicais, com a pretensão de alinhamento ao modelo da liberdade sindical plena, que as propostas de reestruturação iniciadas com a Reforma Trabalhista em 2017 (Lei n.º 13.467/2017) e sequenciadas com os projetos e anteprojetos em discussão no âmbito do Congresso Nacional e do Grupo de Altos Estudos do Trabalho vêm promovendo o desmonte gradual, porém acelerado, da estrutura a ter como viga mestra o art. 8º da Constituição Federal de 1988.

Porém, estariam, de fato, tais propostas efetivamente alinhadas com o modelo de liberdade sindical plena consagrado nas sobreditas convenções da OIT e nas principais democracias do mundo ocidental? Antes mesmo de se buscar respostas a tal indagação é preciso conhecer os elementos conformadores do paradigma a servir de justificativa para as proposições formuladas à sociedade e para as substanciais alterações nelas contidas.

4 A LIBERDADE SINDICAL PLENA E SEUS ELEMENTOS CONFORMADORES

¹⁷ EBERT. Paulo Roberto Lemgruber. **O art. 187 do Código Civil e a Criação Abusiva de Entidades Sindicais de Trabalhadores**. São Paulo: Suplemento Trabalhista LTr n.º 103. Outubro/2009.

A liberdade sindical plena pressuposta pelas Convenções n.º 87, 98, 135 e 154, da OIT, e reproduzida nos ordenamentos das principais democracias industrializadas teve por antecedente histórico o modelo de relações sociais difundido pela doutrina liberal-burguesa e, mais precisamente, o impacto de tal ideário na produção de bens e serviços, aliado às consideráveis modificações tecnológicas verificadas no período, alterações estas que configuraram a Primeira Revolução Industrial.

Com efeito, o arcabouço jurídico plasmado nos valores liberais individualistas e contratualistas da burguesia permitia a fixação de salários e jornadas laborais aviltantes desempenhadas sob condições insalubres e perigosas, à luz daquela mesma abstração ideológica a apregoar que patrões e obreiros detinham o mesmo grau de autonomia privada para pactuar a prestação de um serviço e sua correspondente contraprestação. Nesse contexto, os trabalhadores tomaram a iniciativa de se organizar coletivamente com vistas à consecução de seus interesses comuns, em um primeiro momento, com as sociedades de auxílio e resistência, cooperativas e caixas de benefícios de caráter mutualista e, posteriormente, com os sindicatos propriamente ditos¹⁸.

Tais movimentos advindos dos trabalhadores, no entanto, provocaram severa reação por parte dos poderes constituídos de então que, embasados na ideologia liberal e no combate às estruturas do Antigo Regime, viam na associação privada uma ameaça ao interesse coletivo, por entender que a reunião de indivíduos em torno de interesses de classe propiciava a interferência destes grupos na atuação do Estado e, em última medida, poderia vir a gerar uma casta detentora de privilégios corporativos. Assim, as primeiras entidades destinadas à defesa dos interesses obreiros sofreram fortíssima repressão e seus integrantes não raro eram enquadrados nos crimes de conspiração e sedição¹⁹.

Não obstante tal situação, as organizações obreiras recrudesceram as lutas por melhores condições de trabalho e após severos embates com os empregadores e com os governos de então, lograram deles extrair a tolerância em relação à sua existência. Contudo, os empregadores remanesciam em uma posição de preponderância em relação aos trabalhadores, pois continuavam a contar, a seu favor, com a faculdade de livre resolução contratual em sua plenitude e com a possibilidade de manter a regularidade de suas atividades empresariais a despeito das reivindicações obreiras²⁰.

¹⁸ LEFRANC. George. **Le Syndicalisme dans le Monde**. Paris: PUF, 1958. p.21-22.

¹⁹ BARBAGELATA. Héctor-Hugo. **Curso sobre La Evolución del Pensamiento Juslaboralista**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009. p.98.

²⁰ PELLING. Henry. **A History of the British Trade Unionism**. 3ª ed. Harmondsworth: Penguin Books, 1976. p. 32.

Diante disso, os trabalhadores constataram que apenas o advento de garantias tendentes a promover o reconhecimento legal de suas associações e a assegurar sua ação coletiva como efetivo contrapoder aos desígnios empresariais seria capaz de dotá-los de força para impor a efetiva observância das leis protetivas nos mais diversos locais de trabalho e para obter, através da negociação direta com os patrões, condições laborais mais favoráveis.

De fato, sendo a empresa uma coletividade em si mesma, formada por um corpo diretivo e por seus meios de produção, somente um outro organismo transindividual reuniria forças para negociar as reivindicações obreiras em igualdade de condições com o patronato. A consciência dos trabalhadores em torno dessa situação conduziu-os a empunhar a bandeira da liberdade sindical plena, a preconizar o reconhecimento formal de suas associações permanentes por parte do Estado, bem assim as garantias de negociação coletiva e de greve como instrumentos legítimos de ação²¹.

Assim, a luta dos trabalhadores em torno da liberdade sindical levada a cabo na segunda metade do século XIX conduziu ao reconhecimento efetivo das entidades obreiras como associações dotadas de personalidade jurídica de direito privado e, principalmente, como organismos detentores da prerrogativa de estabelecer, em nome dos empregados, condições de trabalho diretamente com os empregadores. Passou-se, a partir de então, da mera tolerância ao reconhecimento e, nesse contexto, foram promulgados os primeiros diplomas domésticos que consagraram, efetivamente, tais garantias àquelas entidades, com destaque para o *Trade Unions Act*, editado na Inglaterra em 1871 e para a *Lei Waldeck-Rousseau*, na França, em 1884²².

Pode-se afirmar, portanto, que a primeira versão da liberdade sindical consagrada nas legislações domésticas teve por conteúdo (i) o reconhecimento pelo Estado da personalidade jurídica efetiva às entidades constituídas pelos trabalhadores na defesa de seus interesses coletivos e (ii) a investidura, em tais organizações, do poder de negociar com os empregadores, em pé de igualdade, os termos gerais da contratação da força de trabalho. Tais enunciados foram reafirmados nos textos elementares da Organização Internacional do Trabalho na condição de princípios estruturantes, tanto no Tratado de Versalhes (1919), quanto na Constituição do referido organismo internacional (1919) e na Declaração da Filadélfia (1944)²³.

Encerrada a Segunda Guerra Mundial, a OIT deu sequência às iniciativas que tiveram início ainda na década de 1920 com vistas à elaboração de uma minuta de convenção sobre o

²¹ DE LA CUEVA, Mario. **El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo**. Tomo. II. 14.ª ed. México: Porrúa, 2006. p. 207-225.

²² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. 6.ª Edição. São Paulo: LTr, 2009. p. 72.

²³ SUPIOT, Alain. **El Espíritu de Filadelfia**. La justicia social frente al mercado total. Barcelona: Península, 2011. p. 12-25.

direito à liberdade sindical e seus corolários. Os estudos do organismo nesse sentido foram respaldados, em grande medida, não só pelas aprofundadas investigações formuladas nos dois decênios anteriores em torno das tendências gerais verificadas nas legislações domésticas, como também pela aprovação, em 1946, da Resolução do México, na qual os países americanos membros da OIT lograram estabelecer as pautas elementares do franco associativismo²⁴.

Assim, ao cabo da Conferência Internacional do Trabalho de 1948, a OIT aprovou sua 87.^a Convenção, cujo teor viria a condensar, de modo objetivo e sucinto, o escopo tuitivo básico do direito à liberdade sindical presente nas legislações dos países democráticos, a abranger os aspectos individuais, coletivos, positivos e negativos do franco associativismo.

Em seus seis artigos iniciais, tem-se os contornos elementares do direito em referência, que podem ser sintetizados na seguinte sentença:

a liberdade sindical compreende a faculdade dos trabalhadores e dos empregadores de criar entidades sindicais sem autorização do Estado, bem como de aderir ou não aderir a tais organizações, sendo assegurado a estas últimas, de seu turno, ampla autonomia para a organização interna, para a ação externa e para a constituição de entre de grau superior, dentro dos limites estabelecidos pelos ordenamentos internos para a generalidade das associações.

No entanto, a ampla faculdade de criação de entidades sindicais assegurada em termos gerais pela Convenção n.º 87 da OIT possibilitou, nos países signatários, a coexistência de diversas entidades representativas de uma dada categoria em uma mesma base territorial. A solução para tal contradição, típica do sistema da pluralidade sindical, passou pela instituição da figura dos sindicatos mais representativos, concedendo-se às entidades dotadas de maior adesão dos membros de um determinado grupamento profissional em comparação com suas congêneres, certas prerrogativas de atuação e de negociação junto aos órgãos estatais e aos empregadores²⁵.

Tal solução encontrada no âmbito dos ordenamentos domésticos acabou sendo reconhecida pela OIT, no âmbito de seu Comitê de Liberdade Sindical, como uma fórmula apta a assegurar, ao mesmo tempo, o direito à livre constituição de entidades representativas em um regime de pluralidade sindical e a unidade de ação na defesa dos interesses comuns à categoria (Verbetes n.º 309, 312, 314 e 827)²⁶.

²⁴ VON POTOBSKY. Geraldo; DE LA CRUZ. Héctor Bartolomei. **La Organización Internacional del Trabajo**. Buenos Aires: Astrea, 1990. p. 220-221.

²⁵ GRAU. Antonio Baylos. **Sindicalismo y derecho sindical**. 3.^a Edición. Albacete: Bomarzo, 2006, p. 18-19.

²⁶ OIT. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **La libertad sindical**. Recopilación de las decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. 5.^a ed. Ginebra: OIT, 2006, p. 70-179.

Imediatamente após a promulgação da Convenção n.º 87, a constatação em torno da necessidade de mecanismos efetivos contra a dilapidação recíproca da liberdade sindical por parte dos atores sociais que a titularizam ficara evidente e já no ano seguinte (1949), a tutela contra os atos antissindicais e o fomento à negociação coletiva foram inseridas na ordem do dia da Conferência Internacional do Trabalho, cujo desfecho culminou com a aprovação da 98.ª Convenção da OIT.

A leitura dos quatro artigos iniciais da Convenção n.º 98 da OIT, destinados à tutela da organização autônoma das organizações obreiras e patronais, dos atos antissindicais e do fomento à negociação coletiva, demonstra de modo palmar que as medidas ali constantes tiveram por escopo a complementação do direito à liberdade sindical consagrado em termos elementares na Convenção n.º 87, pois este último em seu aspecto individual compreende, para além da faculdade de criação, filiação e desfiliação de entidades representativas, a garantia contra a implementação de toda e qualquer medida patronal destinada a prejudicar um trabalhador por sua filiação sindical²⁷.

De igual modo, a Convenção n.º 98 da OIT complementou a Convenção n.º 87 para estabelecer que o direito à liberdade sindical em seu aspecto coletivo não se basta com a proteção das entidades obreiras e patronais em face da ingerência governamental, mas também com sua tutela diante da interferência de umas nas outras, sem o que não haverá de se falar nem de autonomia e tampouco de independência, que são as condições elementares para o exercício escorreito dos poderes representativos titularizados por aquelas organizações²⁸.

Alguns anos mais tarde, com o advento da Convenção n.º 135 da OIT, a tutela contra as práticas antissindicais concebidas na Convenção n.º 98 foi estendida para o âmbito conformado pelas representações sindicais e não-sindicais de trabalhadores nos locais de trabalho. Nesse diapasão, tanto os indivíduos a integrá-las, quando as próprias representações foram protegidas das interferências indevidas dos empregadores e delas próprias em seu funcionamento.

Tal tutela ampliada pela Convenção n.º 135 da OIT se justifica na medida em que o local de trabalho configura, a par das mesas de negociação, uma das arenas onde os interesses dos trabalhadores e dos empregadores entram em conflito e onde, por isso mesmo, se faz necessária a presença de mecanismos voltados para a composição justa e equilibrada de tais desígnios, mesmo porque os fatores de divergência a se materializarem nesse espaço dizem respeito,

²⁷ URIARTE. Oscar Ermida. **A Proteção Contra os Atos Anti-sindicais**. São Paulo: LTr, 1989. p. 19-21.

²⁸ URIARTE. Oscar Ermida. **Sindicatos en Libertad Sindical**. 2.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1999. p. 60.

justamente, aos aspectos cotidianos e mais candentes a afetarem as relações entre aqueles atores sociais²⁹.

Para além disso, a Convenção n.º 98 da OIT deu o primeiro passo no sentido de consagrar a negociação coletiva como uma expressão do exercício legítimo e autónomo da liberdade sindical por parte dos sindicatos obreiros e patronais e como uma garantia imprescindível para a plena fruição do franco associativismo pelas referidas entidades, o que veio a ser aprofundado, efetivamente, com o advento da Convenção n.º 154, em 1981.

Nesse sentido, a Convenção n.º 154 da OIT definiu a negociação coletiva como toda e qualquer tratativa entabulada entre as entidades obreiras e as empresas com o fim de “fixar as condições de trabalho e emprego”, “regular as relações entre trabalhadores e empregadores” ou estabelecer pautas para as relações entre as entidades patronais e obreiras, bem como entre estas últimas e as empresas, impondo aos Estados signatários, outrossim, a adoção de medidas tendentes a promover a progressiva extensão do direito em referência ao maior número possível de categorias de trabalhadores e empregadores e a remoção das disposições de direito interno e das estruturas burocráticas tendentes a obstar ou a dificultar a livre pactuação entre os atores coletivos.

Subjaz à Convenção n.º 154 da OIT claramente a ideia de que as situações vivenciadas no seio da empresa ou de um conjunto de empregadores a impactarem, de algum modo, nas relações laborais, deverão ser resolvidas por intermédio de negociação coletiva a contar com a imprescindível participação da representação obreira, sob pena de desconfiguração do próprio intuito igualitário que permeia a instituição do direito sindical³⁰.

Ao cabo da narrativa ora formulada, pode-se afirmar que o texto das Convenções n.º 87, 98, 135 e 154, da OIT, enfeixa em seus enunciados a evolução histórica que configura o direito à liberdade sindical plena formado (i) por seu aspecto individual, a compreender o direito conferido aos trabalhadores e aos empregadores à criação de entidades sindicais, bem assim as faculdades de livre filiação, participação e desfiliação titularizadas pelos obreiros e pelos empresários e pela proteção de tais atores contra os atos antissindicais e (ii) por seu aspecto coletivo, a abranger os direitos à livre organização e administração, bem como as garantias de ação sindical, de filiação a outras organizações representativas nacionais e internacionais e,

²⁹ KATZ. Harry Charles; KOCHAN. Thomas. **An Introduction to Collective Bargaining and Industrial Relations**. 3ª ed. New York: Mc Graw Hill, 2003, p. 12.

³⁰ DE LA CUEVA. Mario. **El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo**. Tomo II. 14.ª ed. México: Porrúa, 2006. p. 225.

ainda, de tutela contra a interferência governamental em seus assuntos internos e contra a ingerência recíproca das entidades de trabalhadores e empregadores umas nas outras.

Logo, o conteúdo do direito à liberdade sindical plena, nos moldes ora concebidos com respaldo nas Convenções n.º 87, 98, 135 e 154, da OIT, tem por elementos conformadores (i) a pluralidade sindical, matizada pela figura do sindicato mais representativo; (ii) a autonomia sindical de administração, organização e ação em face do Estado e das contrapartes; (iii) a instauração da negociação coletiva nos assuntos de interesse coletivo dos atores sociais; (iv) a capilaridade, visando a permitir a livre organização dos trabalhadores nos locais de trabalho, seja por intermédio de seus sindicatos, ou por meio de instâncias não-sindicais; e (v) a proteção das entidades, dos dirigentes e dos trabalhadores em geral contra as práticas antissindicais.

Diga-se, enfim, que, desses cinco elementos, o Brasil carece de adequada institucionalidade quanto ao primeiro – na medida em que a própria Constituição estatuiu a unicidade sindical no inciso II do art. 8.º – e quanto ao último. A matéria das condutas antissindicais, com efeito, jamais foi tratada com seriedade na legislação brasileira, o que bem se ilustra na comparação com outros países, em que os atos antissindicais desafiam inclusive repressão penal específica; assim, *e.g.*, na Itália (v. Lei n.º 300, de 20 de maio de 1970, e subsequentes), na Espanha (Código Penal, art. 315), na França (*Code du Travail*, art. L.481-2 – o chamado “*délit d’entrave*”), em Portugal (v. Decreto-lei n.º 215-B/1975 e subsequentes) e nos Estados Unidos da América (v., *e.g.*, o art. 186 da Lei *Taft-Hartley*). Estamos tratando, como se vê, de países com franca tradição liberal, mais ou menos longeva, nos campos jurídico e econômico; e, nada obstante, a tutela jurídica à capacidade sindical de atuação não restou minada pelo legislador.

No Brasil, pode-se vislumbrar um soslaio de tutela penal da liberdade sindical no art. 199 do Código Penal³¹; e, de resto, pouco ou nada há, inclusive no âmbito administrativo (= Direito Administrativo sancionador). E a resistência ao avanço institucional é indubitavelmente política, na medida em que já se elaboraram, em diversas instâncias e fóruns, anteprojetos valiosos para o incremento da tutela jurídica contra as condutas antissindicais. Cite-se, por todos, o anteprojeto apresentado pelas principais centrais sindicais brasileiras (a Central Única dos Trabalhadores, a Força Sindical, a Confederação Geral dos Trabalhadores do Brasil, a Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil, a Nova Central Sindical dos Trabalhadores e a

³¹ V., por todos, SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. LIMA, Firmino Alves. Repressão Penal dos Atos Antissindicais. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. n. 37, Campinas, p.81-82, 2010.

União Geral dos Trabalhadores), em colaboração com o extinto Ministério do Trabalho, no dia 5 de agosto de 2013. Nos termos da respectiva justificativa,

[e]m um esforço de regulamentação do texto da Constituição, as Centrais Sindicais, em conjunto com o Ministério do Trabalho, oferecem este anteprojeto de Lei que dispõe sobre a proteção das atividades sindicais dos trabalhadores/as e pune as práticas antissindicais, das sutis às mais graves, tão comuns e frequentemente utilizadas nas relações de trabalho e que são o grande obstáculo para o pleno desenvolvimento nacional, já que impedem, ou dificultam, o direito fundamental à organização sindical, que tem como escopo a constante vigilância pelo trabalho decente e a distribuição mais equitativa da renda.

O anteprojeto procura contemplar as recomendações dos órgãos internacionais e inspira-se nos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil e que pendem de aplicação prática por falta de regulamentação.

O objetivo do anteprojeto é singelo: garantir a autonomia sindical, observar os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos no mundo do trabalho e sensibilizar os empregadores a respeitar as normas internacionais do trabalho.

Assim, submetemos o anteprojeto à elevada apreciação do Poder Legislativo, para que possamos dotar o Brasil de legislação moderna e adequada à proteção das atividades sindicais.

Vale reproduzir, ademais, o inteiro teor da proposta:

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1.º Esta lei estabelece mecanismos de proteção às atividades dos sindicatos, dos dirigentes sindicais e dos trabalhadores e trabalhadoras, no exercício de suas prerrogativas constitucionais, legais ou estatutárias, observada a finalidade dos atos na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive no âmbito judicial, extrajudicial ou administrativo.

Parágrafo único. Os titulares dos direitos sindicais de efetiva representação e representatividade são instituições permanentes e indispensáveis à manutenção do Estado Democrático e de Direito.

CAPÍTULO II DAS PRÁTICAS ANTISSINDICAIS

Art. 2.º Sem prejuízo de outras hipóteses previstas nesta ou em outra lei, tratado ou convenção internacional, configura prática antissindical todo e qualquer ato ou conduta que vise prejudicar, restringir, impedir, limitar ou frustrar o legítimo exercício dos deveres, faculdades e prerrogativas dos titulares dos direitos sindicais na defesa dos interesses individuais ou coletivos dos representados e em sua defesa na qualidade de instituição, praticados pelas empresas, pelos sindicatos da categoria econômica e pelo poder público.

Seção I

Das práticas antissindicais pelo empregador

Art. 3.º Para os efeitos desta lei é considerado empregador toda pessoa física ou jurídica, de direito privado ou público, economia mista, autarquia, consórcios empresariais, fundações, associações, cooperativas, entidades filantrópicas, entidades sem fins lucrativos — individuais ou coletivas, que admitem trabalhadores/as como empregados, assalariada e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 4.º Para os efeitos desta lei é considerado trabalhador/a toda pessoa física que disponha do seu tempo para a realização de atividades físicas e/ou intelectuais para um ou mais empregadores especificados no artigo 3º desta lei, incluindo servidores/as públicos, rurais, silvícolas, mineiros/as, autônomos/mas, ambulantes, vendedores/as de porta-em-porta, avulsos/as, empreendedores/as individuais, empregados/as domésticos, pescadores/as, pequenos/as agricultores/as, terceirizados/as,

cooperativados/as, informalizados/as, trabalhadores/as em domicílio, entre outros.

Art. 5.º São consideradas práticas antissindicais originárias do empregador/a:

I – manter ou condicionar o emprego à desfiliação ou a não filiação sindical;

II – manter ou condicionar o emprego à filiação sindical, ressalvadas as condições previstas em Lei, Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho;

III – manter ou promover organizações de trabalhadores/as com recursos financeiros próprios ou de outra espécie;

IV – despedir ou discriminar o trabalhador/a por causa da filiação ou da afinidade sindical;

V – despedir, punir disciplinarmente ou discriminar trabalhador/a em razão de participação em greve, atuação em entidade sindical ou em regular representação sindical dos/as trabalhadores/as nos locais de trabalho;

VI – favorecer ou desfavorecer o/a trabalhador/a financeiramente, em avaliações de desempenho, progressão funcional e ascensão ou rebaixamento profissional dentro da empresa em virtude de sua filiação a sindicato, participação em greve, atuação em entidade sindical ou em regular representação sindical dos trabalhadores/as nos locais de trabalho;

VII – induzir o/a trabalhador/a a requerer sua exclusão de processo judicial instaurado por entidade sindical em defesa de direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos dos trabalhadores/as;

VIII – incluir o nome do/a trabalhador/a, em razão de atuação sindical, em listas que venham a dificultar o acesso a posto de trabalho ou para qualquer preterição funcional atual ou futura;

IX – transferir o/a trabalhador/a, em razão de atuação sindical, de seu local de trabalho para localidades mais distantes da sede do sindicato ou onde devam se desenvolver atividades sindicais regulares;

X – contratar trabalhadores/as substitutos/as apenas no intuito de prejudicar ou impedir o movimento grevista e seus efeitos;

XI – constranger o/a trabalhador/a a comparecer ao trabalho ou instituir prêmios ou bonificações com o objetivo de frustrar ou dificultar o exercício do direito de greve;

XII – impedir, dificultar, simular ou fraudar o desconto em folha de pagamento de contribuições em favor da entidade sindical laboral, aprovadas em suas assembleias;

XIII – proceder ao fechamento total ou parcial do estabelecimento ou a transferência do estabelecimento empresarial para outra localidade para frustrar a negociação coletiva ou frustrar direitos dos trabalhadores/as;

XIV – declarar de forma fraudulenta a quebra, falência, liquidação, concordata ou reabertura de nova empresa como meio de frustrar a negociação coletiva ou frustrar direitos dos trabalhadores/as;

XV – celebrar acordo coletivo com sindicato de categoria profissional diverso a da correspondente à atividade preponderante do/a empregador/a, com o intuito de prejudicar a entidade sindical ou de diminuir direitos e vantagens diretas e indiretas, presentes e futuras, dos/as trabalhadores/as representados/as;

XVI – celebrar acordo judicial com sindicato profissional diverso daquele que representa a categoria, que vise à diminuição presente ou futura dos direitos e conquistas dos/as trabalhadores/as, sem a participação destes/as;

XVII – recusar-se injustificada e ou reiteradamente a negociar com o sindicato da categoria profissional;

XVIII – interferir, ou tentar interferir direta ou indiretamente, induzindo ou coagindo seus/suas empregados/as, em eleições ou assembleias do sindicato da categoria profissional;

XIX – descumprir as cláusulas referentes aos trabalhadores/as e ao sindicato da categoria profissional estabelecidas nos acordos e convenções coletivas;

XX – negar reconhecimento ao mandato do/a dirigente sindical, legitimamente eleito/a e empossado/a, segundo os cargos previstos no Estatuto Social da entidade;

XXI – negar o acesso do/a dirigente sindical, quando previamente avisado, às dependências da empresa, para se reunir com os/as empregados/as no trato de assuntos do interesse destes/as;

XXII – incentivar ou fornecer qualquer meio de assessoramento transporte ou equipamento para que os trabalhadores/as diligenciem perante os sindicatos a fim de se oporem às fontes de custeio sindical;

XXIII – induzir o/a trabalhador/a a denunciar cláusulas da convenção ou acordo coletivo de trabalho;
XXIV – o/a empregador/a utilizar o interdito proibitório ou qualquer medida semelhante durante a negociação coletiva ou greve;
XXV – dispensa arbitrária coletiva sem prévia negociação com a entidade sindical;
XXVI – transferência, demissão ou perseguição de representante eleito/a para a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA);
XXVII – transferir de função ou de local de trabalho o/a dirigente sindical ou trabalhador/a, em razão de sua atuação sindical, de forma que possa constrangê-lo/a ou impedi-lo/a de exercer sua atividade sindical junto aos trabalhadores/as da sua base;
XXVIII – demitir ou perseguir candidato/a e/ou dirigente sindical eleito/a para qualquer cargo ou função dentro do quadro da diretoria da entidade, segundo seus estatutos sociais.

Seção II

Das práticas antissindiais pelo sindicato da categoria econômica

Art. 6.º Para efeitos desta lei, será considerado sindicato da categoria econômica toda associação de empregadores/as com solidariedade de interesses dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas.

Art. 7.º São consideradas práticas antissindiais originárias do sindicato da categoria econômica:

I – incluir o nome do/a trabalhador/a, em razão de atuação sindical, em listas que venham a dificultar o acesso a posto de trabalho ou para qualquer preterição funcional atual ou futura de forma direta ou indireta;

II – celebrar convenção coletiva com sindicato de categoria profissional diversa da correspondente à atividade preponderante da empresa com o intuito de prejudicar a entidade sindical ou de diminuir direitos e vantagens diretas e indiretas, presentes e futuras, dos/as trabalhadores/as representados/as;

III – celebrar acordo judicial com sindicato profissional diverso daquele que representa a categoria;

IV – interferir ou tentar interferir direta ou indiretamente, em eleições ou assembleias do sindicato da categoria profissional;

V – prestar auxílio na constituição de sindicatos ou associações profissionais de trabalhadores/as influenciadas por empregador, sindicato ou associação de empregadores/as, com o objetivo de sujeitar esses sindicatos ou associações ao controle de empregadores/as ou de suas organizações;

Parágrafo único. As organizações de trabalhadores/as e de empregadores/as gozarão de proteção contra atos de ingerência umas nas outras quer na sua constituição, funcionamento ou administração.

Art. 8.º Também são consideradas práticas antissindiais aquelas contrárias à ética nas relações coletivas de trabalho e que turbam a concretização da boa-fé objetiva ou denotam infundada recusa à participação na negociação coletiva.

§ 1.º Para os fins deste artigo, considera-se boa-fé o dever de:

I – participar da negociação coletiva quando regularmente requerida;

II – formular e responder a propostas e contrapropostas que visem a promover o diálogo entre os atores coletivos;

III – prestar informações no prazo e com o detalhamento necessário à eficácia da negociação;

IV – preservar o sigilo das informações que forem prestadas com esse caráter;

V – zelar pelo efetivo cumprimento das convenções e/ou acordos coletivos firmados entre as partes.

§ 2.º Os/as empregadores/as podem abrir mão da negociação coletiva direta em prol do sindicato patronal, sem configurar prática antissindical.

Seção III

Das práticas antissindiais pelos agentes públicos

Art. 9.º São considerados como Poder Público: a unidade de atuação integrante da Administração Direta e da estrutura da Administração Indireta, bem como todos os órgãos e repartições que compõem o Executivo, Legislativo e o Judiciário da Federação, Estados, Distrito Federal e Municípios, o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União.

Art. 10 São consideradas práticas antissindiais originárias do Poder Público, além

daquelas expressas no Art. 5º, no que couber:

I – interpretar restritivamente os dispositivos legais que cuidam das prerrogativas do sindicato;

II – desconsiderar as deliberações dos/as trabalhadores/as ou empregadores/as em assembleias regularmente convocadas na forma de seus estatutos;

III – favorecer diretamente os interesses dos/as empregadores/as, adotando políticas desfavoráveis à organização dos/as trabalhadores/as;

IV – violar a liberdade sindical realizando atos de ingerência nas entidades sindicais;

V – desestimular a participação dos/as trabalhadores/as nos sindicatos;

VI – elaborar atos administrativos ou propor ações judiciais que visem à anulação de quaisquer cláusulas de convenções ou acordos coletivos que foram celebrados nos termos da lei;

VII – a despedida arbitrária, suspensão, aplicação injusta de sanções, alterações de tarefas e de horário, rebaixamento, extinção do posto de trabalho, redução do salário do/a associado/a ou do/a dirigente sindical, membro de comissão ou, simplesmente, porta-voz de grupo;

VIII – fomento de sindicatos comprometidos com os interesses de administrações públicas e dominados ou influenciados por este;

IX – o isolamento ou congelamento funcional dos/as funcionários/as;

X – procedimentos que venham desestimular, limitar ou punir ao direito de greve e práticas que favoreçam trabalhadores/as que não participam de greve;

XI – ameaças, coação, represália e outras práticas por atividades sindicais ou de reivindicação coletiva;

XII – recusa de negociação coletiva;

XIII – inviabilizar ou dificultar a criação de entidades sindicais;

XIV – impedir ou criar obstáculos ao desempenho da atividade sindical que pressupõe: ingresso e deslocamento nas repartições públicas, comunicação de fatos do interesse dos/as trabalhadores/as, recebimento das contribuições devidas à entidade, informações da administração necessárias ao desempenho da atividade sindical;

XV – embaraçar ou procrastinar a liberação de dirigente sindical para desempenho do mandato;

XVI – limitar o direito de assembleia ou interdição à participação de dirigentes e trabalhadores/as nessas atividades.

§ 1.º Os atos previstos neste artigo abrangem os praticados por todos os agentes públicos;

§ 2.º No exercício da atividade-fim, o/a agente público que age negligentemente, de forma ímproba, com abuso de poder, prevaricação ou desvio de finalidade, em prejuízo das atividades sindicais, se sujeita às sanções de natureza disciplinar e/ou criminal, ainda que o ato por ele/a praticado não possa ser revisto ou desconstituído por nenhuma outra instância.

CAPÍTULO III DISPOSIÇÕES FINAIS

Seção I

Das consequências das práticas antissindicais e desrespeito às atividades sindicais

Art. 11 As práticas antissindicais e aquelas que desrespeitam as atividades sindicais são nulas de pleno direito e assim deverão ser consideradas.

§ 1.º Ainda que a declaração de nulidade do ato antissindical possibilite o retorno à situação anterior, os/as prejudicados/as pela prática antissindical poderão pleitear a reparação por perdas e danos, inclusive pelo não alcance de vantagens econômicas normalmente pleiteadas.

§ 2.º Fica estipulada que na ocorrência comprovada de qualquer prática antissindical ou contra as atividades sindicais será devida ao/a trabalhador/a ou entidade prejudicada multa mínima no valor equivalente a 10 (dez) pisos salariais da respectiva categoria profissional.

Art. 12 A pessoa jurídica de Direito Privado ou Público responde objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem às vítimas, ou a terceiros, por prática antissindical, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

§ 1.º Comprovada a ocorrência de prática antissindical, há presunção de dano moral ao/a trabalhador/a ou entidade prejudicada em razão da responsabilidade objetiva

prevista neste artigo.

§ 2.º A presunção de dano moral ao/a trabalhador/a ou entidade prejudicada, decorrente da responsabilidade objetiva imputada à pessoa jurídica, não exclui o dever de indenização dos danos materiais sofridos;

§ 3.º Para fins desta lei é considerada proibida a prática antissindical pelo/a agente público, valendo-se de cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, e enseja demissão nos termos do art. 132, XIII c/c art. 117, IX, da Lei 8112/90;

§ 4.º Os/as agentes públicos que utilizarem-se de práticas antissindiais, judicialmente comprovadas, serão demitidos/as de seus cargos, além de serem responsabilizados/as economicamente, conforme previsto no parágrafo segundo deste artigo;

§ 5.º Durante a greve, sem prejuízo das ações listadas nesta lei, são consideradas práticas antissindiais:

I – promover despedida de trabalhadores/as que participarem de greve;

II – confeccionar lista de trabalhadores/as que participarem de greve;

III – promover a transferência de dirigentes ou militantes sindicais;

IV – reter os salários dos/as não grevistas como meio de pressão indireta sobre a greve;

V – aplicar sanção econômica que implique a inviabilidade da ação de entidade sindical dos/as trabalhadores/as;

VI – determinar número mínimo de trabalhadores/as em atividade durante o período de greve em atividades não consideradas essenciais pela legislação.

Art. 13 Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos oriundos da aplicação da presente Lei.

Art. 14 Para os fins da presente Lei, o termo "sindicato" compreende toda e qualquer organização do sistema sindical, inclusive as centrais sindicais.

Art. 15 Esta Lei entra em vigor no prazo de noventa dias, a partir da data de sua publicação.

Como se vê, o texto enverga uma proposta amadurecida e garantista, a merecer apenas alguns reparos, sob a lógica hesseniana da concordância prática (*“praktischer Konkordanz”*)³², sempre bem-vinda em temas de alta polêmica. Assim, p. ex., suponha-se que, em uma decisão judicial, sob o devido contraditório, determinado juiz compreenda que uma assembleia geral do sindicato não possa autorizar o desconto em folha de uma contribuição sindical estatuída para toda a categoria profissional (como tem entendido, aliás, o Supremo Tribunal Federal; veja-se, p. ex., as decisões dos Ministros Carmen Lúcia e Luís Roberto Barroso nas Reclamações n.º 34.889 e n.º 35.540, respectivamente³³); estaria, em tese, incorrendo na conduta antissindical

³² V. HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 4. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 1970. pp.28-29. *In verbis*: “In engem Zusammenhang damit [Prinzip der Einheit der Verfassung] steht das Prinzip *praktischer Konkordanz*: verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter müssen in der verfassungsrechtlichen Problemlösung einander so zugeordnet werden, daß jedes von ihnen Wirklichkeit gewinnt. Wo Kollisionen entstehen, darf nicht in von ihnen in vorschneller “Güterabwägung” oder gar abstracter “Wertabwägung” eines auf Kosten des anderen realisiert werden. Vielmehr stellt das Prinzip der Einheit der Verfassung die Aufgabe einer Optimierung: *beiden* Gütern müssen Grenzen gezogen werden, damit *beide* zu optimaler Wirksamkeit gelangen können”.

³³ No último caso, confira-se (ementa):

“DIREITO CONSTITUCIONAL E DO TRABALHO. MEDIDA CAUTELAR EM RECLAMAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. AUTORIZAÇÃO DO EMPREGADO. 1. Aparentemente, viola a autoridade da decisão do STF na ADI 5.794, red. p/ acórdão Min. Luiz Fux, decisão que afirma que a autorização prévia e expressa de empregado para cobrança de contribuição sindical pode ser substituída por aprovação de assembleia

prevista no art. 10, II, do texto proposto, caso em vigor? E, nesse caso, estaria sujeito à demissão do cargo, consoante art. 12, § 4.º, do mesmo texto? A se entender assim, estaríamos criando, por via oblíqua, delito civil de hermenêutica em detrimento da Magistratura nacional, tisonando sua independência técnica; e, mais, far-se-ia tábula rasa da garantia constitucional da vitaliciedade (CRFB, art. 95, I), que existe justamente para permitir que magistrados julguem contra os interesses mais poderosos. Ainda que se discorde do mérito da decisão – e discordamos, como se dirá adiante –, é certo que a autoridade judiciária não pode ser responsabilizada civil, penal e/ou administrativamente por decidir conforme seu livre convencimento motivado. Há, portanto, ajustes a fazer.

Para mais, todavia, entendemos que a aprovação do texto acima – ou de algum texto próximo – representaria um notório avanço no cenário sindical brasileiro. Nada obstante, o Congresso Nacional tem ignorado esse e tantos outros projetos.

5 O PROBLEMA DO CUSTEIO SINDICAL E SUAS SOLUÇÕES NO CONTEXTO DA LIBERDADE SINDICAL PLENA E NA SISTEMÁTICA SINDICAL BRASILEIRA

As convenções da OIT que consagraram o princípio da liberdade sindical em sua dimensão plena não estabelecem regras especificamente voltadas para o custeio das estruturas representativas de trabalhadores e de empregadores. A única diretriz a pautar claramente o tema consiste na autonomia sindical, prevista na Convenção n.º 98, que impõe, como visto, a organização das entidades sindicais sem interferências indevidas das contrapartes negociais e do Estado.

Nesse sentido, o Comitê de Liberdade Sindical da OIT vem resguardando fortemente a autonomia financeira das entidades sindicais, de modo a rechaçar, inclusive, a própria fixação legal das taxas a serem descontadas das categorias obreiras em prol de suas entidades representativas, sob o entendimento de que tal cotização deve ser estabelecida pelos próprios organismos (Verbetes n.º 466, 468, 469, 473 e 481)³⁴.

Por essa lógica, em plena consonância com as diretrizes emanadas da Convenção n.º 98 da OIT, a definição dos meios de financiamento das entidades sindicais constitui matéria

geral de sindicato. 2. Medida cautelar deferida” (STF, MC-Rel 35.540-RJ, CLARO S.A. v. Juiz do trabalho da 48.ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, Min. LUÍS ROBERTO BARROSO, j. 25/6/2019).

³⁴ OIT. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **La libertad sindical**. Recopilación de las decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. 5ª Edición. Ginebra: OIT, 2006, p. 103.

estritamente relacionada à esfera de autonomia financeira destas últimas, sendo vedado ao Estado e às empresas se imiscuírem em tal assunto.

E, de fato, os sistemas plasmados no modelo da liberdade sindical plena têm por fontes exclusivas de custeio as mensalidades descontadas dos associados e as contribuições recolhidas de toda a categoria contemplada pelos acordos firmados pelas entidades representativas ao cabo das negociações coletivas, a chamada contribuição negocial ou assistencial. Sobre esta última, convém observar que o Comitê de Liberdade Sindical da OIT a reconhece como legítima, desde que sua previsão conste dos acordos ou convenções coletivas firmadas pelas organizações obreira e patronal.

No que diz respeito ao recolhimento das contribuições fixadas pelos sindicatos, o Comitê de Liberdade Sindical da OIT adverte expressamente em seu Verbete n.º 475 que os ordenamentos jurídicos dos países signatários deveriam assegurar o desconto nominal em folha das mensalidades e das contribuições assistenciais (ou negociais), justamente a fim de evitar prejuízos financeiros desproporcionais às entidades sindicais³⁵.

Se no modelo da liberdade sindical plena as fontes de custeio sindical são estabelecidas pelas próprias entidades e pelos acordos coletivos por elas firmadas, não se admitindo qualquer atividade estatal nesse desiderato, na sistemática brasileira, a intervenção do Poder Público em tal assunto sempre consistiu em regra, desde a moldagem da estrutura representativa pátria na década de 1940.

Pela lógica inerente ao sistema pátrio, uma vez que as entidades sindicais constituíam organismos detentores de uma função pública correspondente à harmonização das classes sociais, cuja atuação transcendia o interesse de seus associados e ocorria em nome de toda a categoria, seu custeio deveria ser promovido por esta última, mediante o desconto compulsório de um valor sobre os salários. Desse modo, estabeleceu-se nos arts. 578 e seguintes da CLT o chamado imposto sindical, também chamado de contribuição sindical, que pelos seis decênios seguintes viria a consistir na principal fonte de receitas de todo o sistema confederativo.

Dada a intensa pressão exercida pelas entidades sindicais durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88, a contribuição compulsória prevista nos arts. 578 e seguintes da CLT foi resguardada pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 8.º, IV. Ao lado desta última, o custeio dos sindicatos, federações e confederações ocorria, na sistemática pátria, por intermédio (i) das mensalidades dos sócios fixadas nos estatutos das respectivas entidades; (ii) da contribuição confederativa destinada ao financiamento dos entes de segundo grau e (iii) da

³⁵ *Idem*, p. 104.

contribuição assistencial ou negocial, prevista para cobrir as despesas decorrentes das campanhas salariais e das negociações que antecediam os convenções e os acordos coletivos.

Em tal contexto, o Supremo Tribunal Federal sacramentou o entendimento de que apenas a contribuição sindical prevista nos arts. 578 e seguintes da CLT poderia ser descontada compulsoriamente de toda a categoria representada, independentemente de sua filiação aos quadros das entidades, de modo que as demais fontes de custeio sindical (quais sejam, as mensalidades, a contribuição confederativa e a contribuição assistencial) somente poderiam ser cobradas dos associados³⁶.

No entanto, com o advento da Lei n.º 13.467, de 13/7/2017 (Reforma Trabalhista) os sobreditos dispositivos legais foram substancialmente alterados, no sentido de se suprimir o desconto compulsório em folha da contribuição sindical e de se exigir a autorização expressa dos trabalhadores para seu recolhimento. A partir daí as organizações sindicais pátrias passaram a vivenciar, salvo pontuais exceções, grave crise financeira, restando, em muitos casos, impossibilitadas de desempenhar as funções representativas e assistenciais que remanesciam a elas impostas pelo art. 8.º, III, da Constituição Federal e pelo art. 513 da CLT³⁷.

Instado a se manifestar sobre a constitucionalidade das alterações carreadas pela Reforma Trabalhista nesse particular, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.794/DF em 29/6/2018, consagrou a tese no sentido de que o fim da compulsoriedade no desconto da contribuição sindical não se mostraria contrário à Constituição Federal, pois estaria em linha com o princípio da liberdade sindical em sua acepção individual (art. 8.º, V, da Carta Magna), a possibilitar aos trabalhadores o direito de decidir se serão ou não filiados a uma determinada entidade sindical e, nesse ínterim, se contribuirão ou não com estas últimas³⁸.

A despeito da formalização de tal entendimento, o Supremo Tribunal Federal não apreciou, à ocasião, a questão concernente à possibilidade (ou não) de que a autorização para o desconto em folha da contribuição sindical prevista nos arts. 578 e seguintes da CLT pudesse

³⁶ Vide, a título exemplificativo:

BRASIL: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL N.º 1.018.459/PR. RELATOR: Ministro Gilmar Mendes. Plenário. DJ: 10/3/2017;
BRASIL: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 461.451/SP. RELATOR: Ministro Eros Grau. 2.ª Turma. DJ: 5/5/2006;
BRASIL: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 224.885/RS. RELATORA: Ministra Ellen Gracie. 2.ª Turma. DJ: 6/8/2004.

³⁷ V., p. ex., <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,sindicatos-perdem-90-da-contribuicao-sindical-no-1-ano-da-reforma-trabalhista,70002743950>. Acesso em 12/12/2019.

³⁸ BRASIL: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 5.794/DF. RELATOR: Ministro Edson Fachin. Plenário. DJ: 22/4/2019.

ser obtida mediante deliberação em sede de assembleia geral, na medida em que esta última representa, justamente, a instância onde a vontade coletiva da categoria se manifesta³⁹.

Paralelamente a isto, também não houve manifestação, por parte do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.794/DF, a respeito da possibilidade de desconto da contribuição assistencial (ou negocial) de toda a categoria, como decorrência da assinatura de convenção ou de acordo coletivo, após o advento da Lei n.º 13.467/2017 (Reforma Trabalhista).

No que diz respeito à obtenção de autorização dos integrantes da categoria para o desconto da contribuição prevista nos arts. 578 e seguintes da CLT, convém observar, nesse ponto específico, que a matéria em apreço se encontra totalmente albergada pelo princípio da autonomia sindical, consagrada no art. 8.º da CLT e que compreende, na dicção de Evaristo de Moraes Filho, “a liberdade do sindicato de autodeterminar-se, de autogovernar-se, de elaborar seus próprios estatutos, de administrar-se e dirigir-se independentemente”⁴⁰.

De fato, não cabe ao Estado, por qualquer um de seus ramos (inclusive o Poder Legislativo), impor às entidades sindicais um procedimento específico com vistas a obter, de suas respectivas categorias, a manifestação a respeito da autorização ou não para o desconto em folha da contribuição sindical. São os sindicatos, portanto, no exercício da autonomia financeira e organizativa resguardada pelo art. 8.º, I, da Constituição Federal, que detêm a prerrogativa para estabelecer tais mecanismos.

Já no que concerne ao desconto da contribuição assistencial de toda a categoria, mediante previsão expressa no instrumento decorrente do processo negocial prévio (convenção ou acordo coletivo), é mister observar que tal expediente - cuja validade é referendada, conforme visto, pelo Comitê de Liberdade Sindical da OIT – tem por função, justamente, custear as despesas assumidas pelas entidades sindicais no desempenho das atividades que antecederam a assinatura daquelas avenças com a contraparte.

E uma vez que a totalidade da categoria representada pelo sindicato signatário (e não apenas seus filiados) é contemplada no instrumento resultante do processo negocial, deve ela arcar com os custos de tal empreitada, como decorrência do próprio direito à negociação coletiva consagrado nos arts. 7.º, XXVI, e 8.º, VI, da Constituição Federal.

Não por outra razão, o Tribunal Superior do Trabalho, ao homologar os Pedidos de Mediação Pré-Processuais (PMPP) n.º 1000356-60.2017.5.00.0000 e n.º 1000191-

³⁹ AROUCA, José Carlos. **Curso Básico de Direito Sindical**. São Paulo: LTr, 2006, p. 60.

⁴⁰ MORAES FILHO, Evaristo de. **O Problema do Sindicato Único no Brasil**. Rio de Janeiro: Alfa-Ômega, 1978, p. 147.

78.2018.05.00.0000, chancelou a validade das cláusulas das Convenções Coletivas de Trabalho das categorias dos aeroviários (âmbito nacional) e dos ferroviários dos Estados do Maranhão, Pará e Tocantins que previam o desconto da contribuição assistencial de toda a categoria, a depender de aprovação em assembleia geral.

Nesse mesmo sentido, a Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical – CONALIS, do Ministério Público do Trabalho, por intermédio de sua Nota Técnica n.º 02, de 26/10/2018, reconheceu a possibilidade de fixação da contribuição assistencial a ser descontada da totalidade da categoria contemplada pelos instrumentos normativos firmados por seus respectivos sindicatos, desde que autorizada por assembleia geral⁴¹.

Para tanto, a CONALIS observou, na sobredita Nota Técnica, que “nas seis oportunidades em que o legislador (na Lei nº 13.467/2017) recorreu ao requisito da prévia e expressa autorização, em nenhuma delas se apura as expressões individual ou coletiva (CLT, arts. 578, 579, 582, 583, 602, 611-B, XXVI)”, razão pela qual o aval da categoria para o desconto da contribuição negocial poderia ocorrer em sede de assembleia geral⁴².

Não obstante, alguns Ministros do Supremo Federal Tribunal, na análise de pedidos de medidas cautelares em reclamações ajuizadas em face de decisões judiciais que cancelaram o recolhimento em folha das contribuições sindical e assistencial aprovadas em assembleia geral, vem afastando o desconto de tais parcelas em relação aos trabalhadores não-associados, por entender que as decisões impugnadas teriam malferido a autoridade do acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.794/DF⁴³.

Em que pese o advento de tais decisões monocráticas, cumpre observar que a prolação destas últimas ocorreu em um contexto de análise perfunctória dos argumentos carreados pelas partes, como sói ocorrer nas medidas cautelares em geral. De fato, a leitura dos julgados em referência indica que a questão acerca da possibilidade quanto à fixação das sobreditas contribuições para a totalidade da categoria em sede de assembleia geral e de norma coletiva (no caso da contribuição assistencial), não foi apreciada, de maneira aprofundada, à luz dos

⁴¹ BRASIL: COORDENADORIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DA LIBERDADE SINDICAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Nota Técnica n.º 02, de 26 de outubro de 2018. Contribuição estabelecida em convenção ou acordo coletivo de trabalho. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/mpt-publica-nota-afronta-reforma.pdf>. Acesso em 11/12/2019.

⁴² *Idem*.

⁴³ Vide, nesse sentido:

BRASIL: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO N.º 36.933/SP. RELATOR: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 30/9/2019;

BRASIL: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO N.º 36.174/RJ. RELATORA: Ministra Carmen Lúcia. DJ: 14/8/2019;

BRASIL: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO N.º 35.540/RJ. RELATOR: Ministro Roberto Barroso. DJ: 28/6/2019.

princípios da autonomia sindical e da negociação coletiva, à luz de seus respectivos conteúdos institucionais subjacentes aos arts. 7.º, XXVI, e 8.º, I, VI, da Constituição Federal, bem como às Convenções n.º 98 e 154, da OIT, o que deverá ocorrer quando da apreciação do mérito das reclamações.

Além disso, a leitura das decisões monocráticas em apreço revela que estas últimas tiveram por fundamento a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmada anteriormente à edição da Lei n.º 13.467/2017, a consagrar o entendimento segundo o qual apenas a contribuição sindical prevista na redação originária dos arts. 578 e seguintes poderia ser descontada compulsoriamente de toda a categoria, em razão de seu caráter tributário que não se fazia presente nas demais espécies contributivas (mensalidades, contribuição assistencial e contribuição confederativa).

Nos referidos precedentes, tal como nas recentes medidas cautelares concedidas em sede de reclamação constitucional, as questões concernentes (i) à legitimidade da assembleia geral para fixar contribuições a serem descontadas de toda a categoria à luz do princípio da autonomia sindical e (ii) à possibilidade de fixação de contribuição assistencial em normas coletivas com vistas a custear as atividades desempenhadas pelas entidades sindicais previamente a estas últimas não foram analisadas, havendo, portanto, espaço para que o Supremo Tribunal Federal aprecie o tema sob o contexto inaugurado com a edição da Lei n.º 13.467/2017. Não por outra razão, aliás, denota-se uma curiosa “insegurança” na linguagem de alguns dos arestos assim lançados (o que, a nosso ver, não é algo acidental; revelam, ao revés, que o Excelso Pretório ainda deverá amadurecer seu entendimento acerca da matéria)⁴⁴.

Independentemente do caminho a ser trilhado pelo Supremo Tribunal Federal na temática ora tratada, o fato é que a eliminação da compulsoriedade quanto ao recolhimento da contribuição sindical pela Lei n.º 13.467/2017, malgrado suas intenções voltadas ao enfraquecimento das respectivas entidades e os prejuízos ocasionados a tais entidades e às categorias por elas representadas, aproximou a estrutura sindical brasileira, ao menos no que tange ao custeio, do modelo de liberdade sindical plena consagrado nas Convenções da OIT e nos ordenamentos jurídicos das principais democracias ocidentais.

Sendo assim, o reconhecimento das normas coletivas e da assembleia geral como as instâncias definidoras, por excelência, da autorização para o desconto das contribuições fixadas para o custeio das atividades regulares das entidades sindicais, em decorrência dos primados da

⁴⁴ Assim, *e.g.*, na MC-RCI n.º 35.540/RJ, o Ministro BARROSO abre a ementa da decisão monocrática com o advérbio “aparentemente”, o que é decerto incomum na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *V., supra*, a transcrição na nota n.º 32.

autonomia sindical e da negociação coletiva, é medida que não só se afigura plenamente coerente com o sistema da liberdade sindical plena, como também se compatibiliza com o teor das Convenções n.º 98 e 154 da OIT.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS: A REESTRUTURAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO SINDICAL BRASILEIRA, A LIBERDADE SINDICAL PLENA E O PAPEL DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A leitura do art. 8.º da Constituição Federal denota a forte presença de elementos corporativistas na base da organização sindical pátria, com destaque para o quadripé de inspiração fascista: a unicidade sindical por base territorial, a representatividade por categorias (ficção legal até hoje plasmada no art. 511 da CLT); (iii) o poder normativo da Justiça do Trabalho (redesenhado quinze anos depois, com a Emenda Constitucional n.º 45/2004, para se assemelhar a uma arbitragem pública); e (iv) o financiamento sindical por contribuições obrigatórias (que se subsumiam, inclusive, à. Nada obstante, esse modelo tem recentemente sofrido severos golpes, alguns desproporcionais – a exemplo da Lei n.º 13.467/2017 –, ao tempo em que outros ardis se pronunciam.

As deficiências do atual modelo são evidentes e incontestáveis. Não se pode negar que a vinculação essencial ou mesmo circunstancial entre os sindicatos e o Estado, aliada à compulsoriedade de representação pela entidade detentora do registro sindical em sua respectiva base, por um lado, e à captação financeira imune a riscos e defecções (ante a obrigatoriedade das contribuições sindicais, inclusive entre trabalhadores não associados), por outro, conduziu não apenas à baixíssima filiação das categorias aos quadros sindicais, como também à ausência de identidade e empatia entre representantes e representados. Além disso, a possibilidade de dissociação e de desmembramento, alimentada por dissensos políticos, pela artificialidade dos conceitos de categoria (CLT, art. 511, §§1.º a 3.º) e pela indefectível condição de recolhimento compulsório das contribuições sindicais, ensejou a hiperproliferação de entidades sindicais inoperantes e carentes de reconhecimento social perante as coletividades profissionais pretensamente abrangidas, especialmente após a Constituição Federal de 1988. Com isso, a regra da unicidade sindical (CRFB, art. 8.º, II) mergulhou em uma “desuetudo” dissimulada: configurou-se, na prática, um distorcido quadro de pluralidades na unicidade, a reboque da criatividade política e do intervencionismo judicial, resultando em um cenário de quase dezessete mil sindicatos (profissionais e patronais).

Pois bem. Em que pesem tais circunstâncias, e bem assim a sua gravidade, a ruptura com esse modelo quase secular não poderia ser pautada pela singela implosão das estruturas atualmente existentes, sem os cuidados de um faseamento propositivo e a segurança da concepção aperfeiçoada de um novo modelo, que lhe tomasse paulatinamente o lugar, entabulando e coordenando elementos inovadores – e, entre eles, novos conceitos, novos princípios, novas regras e novos institutos – capazes de superar os vícios defeitos inerentes ao modelo celetário piramidal e imóvel. Um novo modelo que, todavia, não deite raízes em projetos políticos de redução do papel socioeconômico dos sindicatos; ao contrário, só será virtuoso se tiver idoneidade para prover o fortalecimento do contrapoder sindical em relação aos interesses empresariais e ao próprio intervencionismo estatal ilegítimo. Eis aí, afinal, o núcleo essencial do direito fundamental à liberdade sindical (ou, na expressão constitucional alemã – GG, art. 19, 2 –, o seu irredutível “*Wesensgehalt*”), na base da respectiva consolidação conceitual, ao longo do século XIX, e ainda hoje o seu *Leitmotiv* constitutivo.

Dáí derivará inexoravelmente, sob as luzes da melhor hermenêutica constitucional, a compreensão de que não será genuína liberdade sindical, para os efeitos da Convenção n.º 87 da OIT, uma liberdade sindical qualquer, senão a que assegure às entidades sindicais *razoável* capacidade de resistência ao poder econômico e meios bastantes de proteção contra a cooptação e o constrangimento estatal. Sem tais predicamentos, haverá mero arremedo discursivo, malferindo-se uma garantia constitucional pressuposta em qualquer democracia – a assim denominada garantia de conteúdo essencial (“*Wesensgehaltgarantie*”) – e desnaturando-se a liberdade sindical, em sua essência e historicidade, ainda que textualmente positivada.

Ainda nessa linha, poder-se-á afirmar que qualquer proposta de reestruturação do modelo sindical brasileiro que busque no princípio da liberdade sindical a sua justificativa, como têm vociferado os arautos da “modernização” trabalhista, necessariamente deverá observar o conteúdo institucional ínsito àquela liberdade – e, logo, a sua “*Wesensgehalt*” –, acedendo aos conteúdos que integram as Convenções n.º 87 (notadamente), 98, 135 e 154, da OIT.

Desse modo, para que as referidas propostas estejam em linha com a liberdade sindical em sua forma plena, nos moldes ora descritos, é preciso, em primeiro lugar, que a inserção do modelo da pluralidade sindical seja construído paulatinamente, sob balizas seguras, acompanhado da concessão constitucional ou legal, às entidades sindicais, de prerrogativas proporcionais aos seus respectivos percentuais de representatividade, tal como ocorre nos sistemas embasados no critério do sindicato mais representativo. É imperioso, enfim, que os

critérios de representatividade sejam definidos de modo claro e objetivo pelo ordenamento jurídico, sem possibilidade de interferência estatal (CRFB, art. 8º, I), e sigam sendo aferidos periodicamente por autoridade idônea.

Paralelamente a isso, afigura-se imprescindível a previsão, por parte da legislação, de mecanismos objetivos e eficazes voltados para a coibição das práticas antissindicais, na linha do que preconiza a Convenção n.º 98 da OIT. Tal sistema deve ser concebido de forma tal que proteja não apenas as entidades sindicais e seus dirigentes, quanto às interferências externas nos assuntos de sua alçada, como também a totalidade dos trabalhadores com relação (i) à escolha dos sindicatos a que pretendem se filiar e; (ii) ao envolvimento das atividades organizadas por esses últimos. O Brasil se ressentente, há mais de cinquenta anos, de uma legislação específica para a prevenção e a repressão das condutas antissindicais, que arranque da Convenção n.º 98 e dê concreção ao princípio da autonomia sindical. Há, de resto, bons textos disponíveis – como, p.ex., o anteprojeto elaborado pelas centrais sindicais (CGTB, CTB, CUT, Força Sindical, NCST e UGT) em maio de 2013 –, que poderiam perfeitamente ser convertidos em lei pelo Congresso Nacional, com reparos pontuais (nesse caso, p.ex., em relação ao que possam ser condutas antissindicais praticadas pelo Poder Judiciário, para harmonizar o texto com a garantia do pleno acesso à justiça e a independência técnica da Magistratura nacional).

Tal proteção não pode se limitar à singela imposição de penalidades pecuniárias aos infratores, tal como previsto no art. 543, § 6.º, da CLT (na redação do art. 28 da Medida Provisória n.º 905, de 13/11/2019). Deve, para além disso, albergar mecanismos para a efetiva reversão de todo e qualquer ato patronal ou estatal tendente a prejudicar um trabalhador em decorrência de sua filiação (ou não filiação) a determinada entidade sindical, ou em razão de sua própria militância sindical, tais como as despedidas arbitrárias, as transferências, os rebaixamentos, as preterições etc., sem prejuízo da reparação dos danos materiais e extrapatrimoniais daí decorrentes.

De outro turno, um sistema plasmado na liberdade sindical plena não pode prescindir de estabelecer a obrigatoriedade de instauração da negociação coletiva em todo e qualquer assunto que diga respeito aos interesses comuns à categoria profissional e à sua contraparte econômica, na linha do que preconiza a Convenção n.º 154 da OIT. Esse mesmo sistema deve velar pela observância dos cânones da boa-fé, subjetiva e objetiva (*ut CC*, arts. 421 e 422), por parte dos respectivos atores sociais, tanto nos trâmites negociais como no seu resultado final –

contratos, convenções e acordos coletivos –, colimando a manutenção do efetivo equilíbrio de forças entre patrões e empregados.

Para mais, uma vez que a negociação coletiva protagonizada pelos sindicatos beneficiará a totalidade de seus representados, poderão as contrapartes, no legítimo exercício da autonomia negocial, acordar a fixação de uma contribuição assistencial a ser descontada dos referidos trabalhadores, mediante referendo ulterior da assembleia geral, a ser repartida entre as entidades obreiras na proporção de sua representatividade, tal como chancelado pelo Comitê de Liberdade Sindical da OIT.

Por fim, qualquer proposta de reestruturação da organização sindical pátria deve assegurar aos trabalhadores o direito de se organizarem, no âmbito das empresas, por intermédio de representações unitárias (*e.g.*, delegados de fábrica) e coletivas, sindicais ou não sindicais (*e.g.*, comissões de representação dos trabalhadores na empresa), que deverão gozar das mesmas proteções, a teor da Convenção n.º 135 da OIT (que abre ensanchas, portanto ao sistema de “dupla representação”). A Lei n.º 13.467/2017 inovou nesse particular, regulando o art. 11 da Constituição e concedendo aos membros da comissão de representantes dos empregados uma garantia de emprego similar à do dirigente sindical (CLT, art. 510-D, § 3.º). Pecou gravemente, entretanto, ao elastecer as suas funções para além da hipótese constitucional (v. CLT, art. 510-B), ensejando o possível comprometimento da atuação sindical (ao arrepio do art. 5.º da Convenção n.º 135).

Em arremate, é curial entender que não haverá “modernização” ou “democratização” das estruturas sindicais brasileiras se as principais pautas internacionais do Direito Coletivo do Trabalho – pluralidade sindical com critérios de representatividade, proteção efetiva contra os atos antissindicais, autonomia sindical plena, fomento à negociação coletiva, financiamento justo e tutela das representações sindicais e não sindicais nos locais de trabalho – não estiverem efetivamente asseguradas. A se buscarem revisões legislativas sem compromisso com os *standards* internacionais de proteção da atividade sindical, não haverá qualquer “redenção” para o modelo sindical brasileiro; haverá, ao revés, a médio e longo prazos, um cenário incontornável de *caos*, com fenômenos como (i) a pulverização de entidades sindicais, concorrentes entre si e desprovidas de representatividade ou de recursos financeiros bastantes para o desempenho de suas funções institucionais; (ii) a legitimação dos chamados “sindicatos amarelos” (as “*yellow unions*”, que, na tradição norte-americana, eram os sindicatos controlados ou cooptados pelas empresas); (iii) a legitimação das práticas patronais antissindicais, na linha do “*union shop*”, do “*preferencial shop*” e do “*closed shop*”, compelindo os trabalhadores a aderirem – ou não

aderirem – a uma determinada entidade; (iv) a paulatina interferência do Estado na organização sindical; e (v) o desequilíbrio de forças entre as contrapartes da negociação coletiva, em medida muito distante do que preconiza o princípio da liberdade sindical.

Afinal, quando se ensaia reformar o próprio art. 8.º da Constituição, eis a inadiável escolha diante de nós: ceder aos ímpetus liberais que animam a política econômica nacional e potencializar a negociação coletiva, ao mesmo tempo em que se enfraquece o sindicato (e o que resulta disso – como, aliás, reconheceu a CEACR da OIT, nos relatórios preliminares de 2018 e 2019 – é uma negociação coletiva “às avessas”, contrária às Convenções n.º 98, 151 e 154, da OIT, e à sua própria finalidade, que é a de melhorar a condição social do trabalhador); ou infletir a trajetória e recepcionar vigorosamente as balizas universais para a proteção e a promoção da liberdade sindical.

Em condições de normalidade, não seria uma escolha difícil. Não se pode pretender em uma genuína democracia, que, a bem da “pacificação social”, os sindicatos percam seu poder de mobilização, porque o mundo do trabalho é naturalmente conflitivo: é preciso aceitá-lo desse modo, como de fato é, e permitir que patrões e empregados equacionem seus impasses em condições de paridade de armas. Eliminar o conflito das relações coletivas é, a rigor, desnaturá-la. Valha-nos Drummond⁴⁵:

Pai: macromolécula; / mãe: tubo de ensaio, / e, *per omnia secula*, / livre, papagaio, / sem memória e sexo, / feliz, por que não? / pois rompeu o nexo / da velha Criação, / eis que o homem feito / em laboratório / sem qualquer defeito / como no antigório, / acabou com o Homem. / Bem feito.

7 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Carlos Drummond de. **Versiprosa**. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora. 1967.

AROUCA, José Carlos. **Curso Básico de Direito Sindical**. São Paulo: LTr, 2006.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. **Curso sobre la Evolución del Pensamiento Juslaboralista**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009.

BAYLOS GRAU, Antonio. **Sindicalismo y Derecho Sindical**. 3.ª Edición. Albacete: Bomarzo, 2006.

BRASIL: COORDENADORIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DA LIBERDADE SINDICAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Nota Técnica n.º 02, de 26 de outubro de 2018. **Contribuição estabelecida em convenção ou acordo coletivo de**

⁴⁵ ANDRADE, Carlos Drummond de. *Versiprosa*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora. 1967.

trabalho. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/mpt-publica-nota-afronta-reforma.pdf>.

BRASIL: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 5.794/DF. RELATOR: Ministro Edson Fachin. Plenário. DJ: 22/4/2019.

BRASIL: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL N.º 1.018.459/PR. RELATOR: Ministro Gilmar Mendes. Plenário. DJ: 10/3/2017.

BRASIL: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 461.451/SP. RELATOR: Ministro Eros Grau. 2.ª Turma. DJ: 5/5/2006.

BRASIL: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 224.885/RS. RELATORA: Ministra Ellen Gracie. 2.ª Turma. DJ: 6/8/2004.

BRASIL: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO N.º 36.933/SP. RELATOR: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 30/9/2019.

BRASIL: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO N.º 36.174/RJ. RELATORA: Ministra Carmen Lúcia. DJ: 14/8/2019.

BRASIL: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO N.º 35.540/RJ. RELATOR: MINISTRO ROBERTO BARROSO. DJ: 28/6/2019.

CHIARELLI, Carlos Alberto. **O Trabalho e o Sindicato: evolução e desafios.** São Paulo: UCS/LTr, 2005.

COTRIM NETO, A. B. **Doutrina e Formação do Corporativismo.** Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F.º. Editor, 1938.

DE LA CUEVA, Mario. **El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo.** 14.ª ed. Tomo. II. México: Porrúa, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho.** 3.ª ed. São Paulo: LTr, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. Sindicalismo e Sindicatos no Brasil: da democratização promovida pela Constituição da República à crise e desinstitucionalização emergentes. *In: Revista Magister de Direito do Trabalho.* n.º 91, jul-ago. p. 68-95, 2019.

EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. O art. 187 do Código Civil e a Criação Abusiva de Entidades Sindicais de Trabalhadores. **Suplemento Trabalhista.** n.º 103. out-2019.

EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. **Sindicato mais Representativo e Mutação Constitucional**. São Paulo: LTr, 2007.

ERICKSON, Kenneth Paul. **Sindicalismo no Processo Político no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1979.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso Crítico de Direito do Trabalho: teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2015.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Por um processo realmente efetivo: inflexões do “due process of law” na tutela processual de direitos humanos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2016.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Et al.. **Comentários à Lei da Reforma Trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional**. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2018.

GARCIA, Diego. **Brasil perde 1,5 milhão de sindicalizados após reforma trabalhista** – Folha de S. Paulo – 18/12/2019 – Caderno Mercado. Disponível em:

FOLHA DE SÃO PAULO. São Paulo: Grupo Folha. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/12/brasil-perde-15-milhao-de-sindicalizados-apos-reforma-trabalhista.shtml?utm_source=folha&utm_medium=site&utm_campaign=topicos. Acesso em 22/12/2019.

HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 4. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 1970.

KATZ, Harry Charles; KOCHAN, Thomas. **An Introduction to Collective Bargaining and Industrial Relations**. 3^a ed. New York: Mc Graw Hill, 2003.

LEFRANC, George. **Le Syndicalisme dans le Monde**. Paris: PUF, 1958.

LOURENÇO FILHO, Ricardo Machado. **A Liberdade Sindical: percursos e desafios na história constitucional brasileira**. São Paulo: LTr, 2011.

MARTINEZ, Luciano. A Convenção nº 98 da OIT e os Direitos de Sindicalização e de Negociação Coletiva. In: MARANHÃO. Ney; TUPINAMBÁ. Pedro Tourinho. **Direito internacional do trabalho**. São Paulo: LTr. p. 131-147. 2019.

MORAES FILHO, Evaristo de. **O Problema do Sindicato Único no Brasil**. Rio de Janeiro: Alfa-Ômega, 1978.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. 6.^a ed. São Paulo: LTr, 2009.

NOGUEIRA, Octaciano. **Doutrina Constitucional Brasileira: Constituição de 1946**. Tomo III. Brasília: Senado Federal, 2006.

PELLING, Henry. **A History of the British Trade Unionism**. 3.^a ed. Harmondsworth: Penguin Books, 1976.

PRADO JÚNIOR, Caio. **História Econômica do Brasil**. 51.^a reimpressão. São Paulo: Brasiliense, 2011.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. LIMA, Firmino Alves. Repressão Penal dos Atos Antissindicais. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15^a Região**. Campinas, n.º 37, p.67-84, 2010.

SILVA, Cleide. **Sindicatos perdem 90% da contribuição sindical no 1º ano da reforma trabalhista** – O Estado de São Paulo – 05/05/2019 – Economia & Negócios. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,sindicatos-perdem-90-da-contribuicao-sindical-no-1-ano-da-reforma-trabalhista,70002743950>, Acesso em 12/12/2019.

SIMÃO, Azis. **Sindicato e Estado**. São Paulo: Dominus, 1966.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Direito do Trabalho & Democracia**. Aparentamentos e Pareceres. São Paulo: LTr, 1996.

SUPIOT, Alain. Trad: TERRÉ, Jordi. **El Espíritu de Filadelfia**. La justicia social frente al mercado total. Barcelona: Península, 2011.

TOLEDO, Edilene. **Anarquismo e Sindicalismo Revolucionário**. Trabalhadores e militantes em São Paulo na primeira República. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

OIT. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **La Libertad Sindical**. Recopilación de las decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. 5.^a ed. Ginebra: OIT, 2006.

URIARTE, Oscar Ermida. **Sindicatos en Libertad Sindical**. 2.^a ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1999.

URIARTE, Oscar Ermida. **A Proteção Contra os Atos Anti-sindicais**. São Paulo: LTr, 1989.

VIANA, Francisco José de Oliveira. **Instituições Políticas Brasileiras**. Brasília: Senado Federal, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck. **Liberalismo e Sindicato no Brasil**. 3.^a Edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

VON POTOBOSKY, Geraldo; DE LA CRUZ, Héctor Bartolomei. **La organización internacional del trabajo**. Buenos Aires: Astrea, 1990.

CUESTIONES RELATIVAS AL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO Y MATERIAL DEL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL¹

MATTERS CONCERNING THE SUBJECTIVE AND MATERIAL SCOPE OF APPLICATION OF THE MULTILATERAL IBERO- AMERICAN SOCIAL SECURITY AGREEMENT

Esperanza Macarena Sierra Benítez²

RESUMEN: Este artículo aborda el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social y, a partir de su génesis, antecedentes y estado actual de situación, y comparándolo con el Reglamento de Coordinación de la Seguridad Social de la Unión Europea, tiene como objetivo verificar el alcance de la aplicación subjetiva y material del CMISS. Como resultado final, se concluyó que el CIMSS y el Reglamento 883/2004 son instrumentos de coordinación de seguridad social que garantizan el ejercicio de la libre circulación de trabajadores, y el ámbito de aplicación subjetivo del CMISS es bastante amplio y no está condicionado al requisito de la nacionalidad, mientras que el alcance material es más restringido que el del Reglamento comunitario, sólo abarca las prestaciones económicas más importantes y necesitadas de la existencia de normas de protección: las prestaciones económicas de invalidez, de vejez, supervivencia, accidentes de trabajo y de enfermedad profesional.

PALABRAS CLAVE: Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social; Reglamentos de Coordinación de la Seguridad Social de la Unión Europea; Ámbito de aplicación subjetivo; Ámbito de aplicación material.

SUMARIO: 1. Génesis del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. 1.1. Antecedentes y otros instrumentos existentes que han influido en el contenido del CMISS. Especial referencia a los Reglamentos de Coordinación de la Seguridad Social de la Unión Europea. 1.2. El estado actual de situación del CMISS. 2. El ámbito de aplicación subjetivo. 3. El ámbito de aplicación material. 3.1. La excepción de los regímenes contributivos de seguridad social especiales incluidos en el Anexo I. 3.2. La excepción a las prestaciones económicas establecidas en el Anexo II. 3.3. La no aplicación a los regímenes no contributivos, a la asistencia social y a los regímenes de prestaciones a favor de las víctimas de guerra o de sus consecuencias. 3.4. La ampliación del ámbito objetivo del Convenio a prestaciones o regímenes excluidos en principio (Anexo III). 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

ABSTRACT: This article addresses the Multilateral Ibero-American Social Security Agreement and, based on its genesis, background and current state of affairs, and comparing it with the European Union's Social Security Coordination Regulations, aims to verify the subjective and material scope of application of the MIASSA. As a final result, it was concluded that the MIASSA and Regulation 883/2004 are social security coordination instruments that guarantee the exercise of free movement of workers, and the subjective scope of the MIASSA is quite broad and is not conditioned by the requirement of nationality, while the material scope is more restricted than that of the Community Regulation, it only covers the most important economic benefits needed by the existence of protection standards: the economic benefits of invalidity, old age, survival, accidents at work and of occupational disease.

KEYWORDS: The Multilateral Ibero-American Social Security Agreement; European Union's Social Security

¹Artigo enviado em: 25/11/2019.

Artigo aprovado em: 04/03/2020 e 23/03/2020.

Publicado en GARRIDO PÉREZ, E.; SÁNCHEZ- RODAS NAVARRO, C. (coords.), **Protección Social en España, en la Unión Europea y en el derecho internacional**, Laborum, Murcia, 2017, pp. 83 a 97.

² Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

RDRST, Brasília, Volume V, n. 3, 2019, p 148-168, Set-Dez/2019

Coordination Regulations; The subjective scope of application; The material scope of application.

SUMMARY: 1. *Genesis of the Ibero-American Multilateral Social Security Agreement.* 1.1. *Background and other existing instruments that have influenced the CMISS' content. Special reference to the Social Security Coordination Regulations of the European Union.* 1.2. *The CMISS' current state of affairs.* 2. *The subjective scope of application.* 3. *The material scope of application.* 3.1. *The special social security contributory regimes' exception included in Annex I.* 3.2. *The exception to the economic benefits established in Annex II.* 3.3. *Non-application to non-contributory regimes, social assistance and benefit regimes in favor of war victims or their consequences.* 3.4. *The extension of the objective scope of the Convention to benefits or regimes excluded in principle (Annex III).* 4. *Conclusions.* 5. *Bibliography.*

1 GÉNESIS DEL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (en adelante CMISS) “es una norma de carácter internacional, acordada por varios Estados para la coordinación de sus legislaciones nacionales en materia de pensiones, como garantía de la seguridad económica en la vejez, la incapacidad o muerte de las personas que, en razón del trabajo por cuenta ajena o de la actividad independiente, se han desplazado a dos o más estados miembros, acreditando en los mismos períodos de cotización, de seguro o de empleo”³. En este sentido, como se ha afirmado “constituye la culminación de una antigua aspiración en el seno de la Comunidad Iberoamericana que, desde sus orígenes, ha estado estrechamente ligado a la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS)”⁴. La OISS es un organismo internacional que tiene como finalidad promover el bienestar económico y social de los países iberoamericanos y de todos aquellos que se vinculan por el idioma español y portugués mediante la coordinación, intercambio y aprovechamiento de sus experiencias mutuas en Seguridad Social y, en general, en el ámbito de la protección social⁵. Para llevar a cabo sus objetivos tiene asignadas entre otras funciones la de promover la adopción de normas internacionales de Seguridad Social que faciliten la coordinación entre los sistemas y favorezcan la internacionalización del Derecho de

3 OISS: El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, en http://www.oiss.org/IMG/pdf/GUIA_CONVENIO_MULTILATERAL_IBEROAMERICANO_DE_SEGURIDAD_SOCIAL-OCTUBRE_2013-2.pdf.

4 JACOB SÁNCHEZ, F.M. La génesis del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, **e-Revista Internacional de la Protección Social**, vol. 1, núm. 2, 2016, p. 2.

5 La labor de esta institución es sumamente importante dado que como afirma ARELLANO ORTIZ, P. La informalidad en América Latina: revisión del concepto y experiencias, **eRevista Internacional de la Protección Social**, Vol. 1, núm. 1, 2016, pp. 101 a 112, la región latinoamericana es uno de los lugares en donde la legislación laboral y la seguridad social se encuentran más desarrolladas, aunque el estado del empleo es uno de los más precarios.

la Seguridad Social, y la de convocar y organizar el Congreso Iberoamericano de Seguridad Social, de acuerdo con el gobierno del país en que haya de celebrarse y fijar los temas que hayan de ser objeto de sus deliberaciones⁶. En el I Congreso Iberoamericano de Seguridad Social (Barcelona, 1950) se creó una Secretaría de apoyo a ulteriores congresos denominada *Comisión Iberoamericana de Seguridad Social*. Sin embargo, no es hasta el II Congreso Iberoamericano de Seguridad Social (Lima, 1954), momento en que se aprueba la Carta Constitucional de la OISS, cuando comienza su funcionamiento con la finalidad de dar respuesta a las necesidades existentes en el ámbito de la Seguridad Social y brindar la más estrecha y eficaz colaboración a las instituciones que la integran⁷. Entre los programas de impulso de la Seguridad Social en Iberoamérica que la OISS está llevando constan unos proyectos tan importantes como el del CMISS, adoptado por unanimidad en la XVII Cumbre Iberoamericana de jefes de Estado y de Gobierno (Santiago de Chile, 2007), y suscrito por quince países (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela). El CMISS es el primer instrumento internacional en el ámbito iberoamericano “que protege los derechos de los trabajadores migrantes, sus familias y trabajadores de multinacionales en materia de prestaciones económicas, mediante la coordinación de legislaciones nacionales en materia de pensiones, como garantía de la seguridad económica en la vejez, la incapacidad o muerte, protegidos bajo los esquemas de Seguridad Social de los diferentes Estados Iberoamericanos”⁸. Este Convenio elabora un texto de acuerdo con la Convención Internacional para la protección de todos los trabajadores migrantes y de sus familias con la finalidad de que los trabajadores puedan gozar, en sus países de origen, de los beneficios generados con su trabajo en los países receptores⁹ conforme a los principios y Derechos Fundamentales de la Declaración de la OIT. De este modo se pretende garantizar que todo migrante goce, conforme al ordenamiento jurídico de cada Estado, de la observancia plena de las leyes laborales que le son aplicables.

No obstante, el proyecto de CMISS no sólo fue planteado por la OISS sino que también fue un proyecto acogido por la XV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno (Salamanca, 2005). En esta edición se crea la Secretaría General Iberoamericana (SEGIB) y se le encarga la preparación y convocatoria de un Encuentro Iberoamericano, que debe celebrarse

6 <http://www.oiss.org/Funciones.html> (última visita 07/05/2017).

7 Según consta literalmente en su página web en <http://www.oiss.org/Que-es-la-OISS.html> (última visita 07.05.2017).

8 En <http://www.oiss.org/Que-servicios-ofrece.html> (última visita 07/05/2017).

9 Véase **Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana**, XVI Cumbre Iberoamericana (Montevideo 2008).

antes de la próxima cumbre y que, en coordinación con la OISS y con el apoyo de las agencias especializadas del sistema de las Naciones Unidas, apoye el proceso de preparación y suscripción de un Convenio Iberoamericano de Seguridad Social (Declaración de Salamanca)¹⁰. El origen del CMISS se debe por lo tanto a la celebración de la V Conferencia de Ministros y Máximos responsables de Seguridad Social de los países de Iberoamérica celebrada en Segovia, y en los acuerdos de las Cumbres Iberoamericanas de Jefes de Estado y de Gobierno de 2005 (Salamanca) y 2006 (Montevideo), respectivamente¹¹. En la V Conferencia se fijaron los criterios y principios básicos que deberán ser contemplados y regulados en el proyecto de Convenio, como son: 1) la igualdad de trato; 2) la inclusión en el campo personal de aplicación a los trabajadores dependientes e independientes; 3) la inclusión en el campo de aplicación material de las prestaciones de Seguridad Social por vejez, invalidez, supervivencia y otras prestaciones económicas que pudieran derivarse de situaciones similares; 4) la unicidad en la determinación de la legislación aplicable, estableciendo como regla general el sometimiento a la legislación nacional del país en que se realiza la actividad laboral; 5) la garantía de los derechos en curso de adquisición; 6) la garantía de los derechos adquiridos; 7) la exportación de prestaciones; 8) la colaboración administrativa y técnica entre las instituciones; 9) el mantenimiento de los convenios bilaterales y multilaterales existentes, cuando sean más favorable al trabajador; y 10) la posibilidad de ampliar progresivamente el ámbito material, en función de la experiencia en su aplicación¹². En definitiva, el texto fue elaborado por la OISS y la SEGIB en la VI Conferencia de Ministros y Máximas Autoridades de Seguridad Social (Iquique, 2007) y aprobado por unanimidad. Con posterioridad el texto se elevó a la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno (Santiago de Chile, 2007), donde fue ratificado de manera definitiva por unanimidad¹³. A partir de ese momento se inicia por la OISS la elaboración del Acuerdo de Aplicación del Convenio aprobado en la VII Conferencia de Ministros y Máximos Responsables de Seguridad Social en Lisboa, 2009, que finalmente se aprueba en la XIX Cumbre Iberoamericana (Estoril, 2009) conforme a la misma metodología

10 Declaración de Salamanca, XV Cumbre Iberoamericana en <http://segib.org/wp-content/uploads/Declaracion%20de%20Salamanca.pdf> (última visita 07/05/2017).

11 Desde 2005 ha obtenido el reconocimiento en todas las Cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno EN RIAÑO BARÓN, G.M. La OISS y sus principales programas, Seminario Iberoamericano sobre Constitucionalización de la Seguridad Social (Cartagena de Indias-Colombia-2015) http://www.oiss.org/IMG/pdf/Gina_Magnolia_Riano-Nuevos_programas_de_la_OISS-OISS.pdf (última visita 07/05/2017).

12 JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, A. Antecedentes, proceso de elaboración, significado y contenido general, en GONZÁLEZ ORTEGA, S. (Coord.) **El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 31.

13 En http://www1.seg-social.es/ActivaInternet/BuenasPracticas/REV_031542 (última visita 07/05/2017). También en JACOB SÁNCHEZ, F.M., obra cit, p. 5, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. Aproximación a la coordinación de Regímenes de Seguridad Social en el Reglamento 883/2004 y en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, *eRevista Internacional de la Seguridad Social*, Vol. I, núm. 1. p. 4.

seguida en la elaboración del CMISS¹⁴. Es decir, previa a la XIX Cumbre Iberoamericana que aprueba la elaboración del Convenio de aplicación, se celebra la VII Conferencia de Ministros y Máximos Responsables de la Seguridad Social (Lisboa, 2009) donde se aprueba la redacción definitiva de la elaboración del convenio de aplicación¹⁵.

1.1.ANTECEDENTES Y OTROS INSTRUMENTOS EXISTENTES QUE HAN INFLUIDO EN EL CONTENIDO DEL CMISS. ESPECIAL REFERENCIA A LOS REGLAMENTOS DE COORDINACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

Se ha señalado como primer antecedente del CMISS un acuerdo suscrito en Quito (Ecuador) en 1978: el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social, que realmente necesita para su entrada en vigor no sólo el acuerdo entre dos países, sino también un acuerdo de aplicación complementario¹⁶. En este sentido, no se trata propiamente de un Convenio multilateral, sino más bien un acuerdo marco donde un país suscribe sus convenios de seguridad social con otros países iberoamericanos mediante este mecanismo¹⁷. El Convenio no se puede invocar de forma directa, dado que la norma aplicable en el derecho interno es el acuerdo administrativo que, con naturaleza de Protocolo de Menor Rango, regula la realidad concreta¹⁸. En la actualidad, al menos en materia de pensiones, este convenio ha dejado de estar vigente con la entrada en vigor del CMISS, aunque tuvo su operatividad en países como Uruguay, Argentina y Panamá que, con base en la suscripción de este Convenio Iberoamericano de Seguridad Social en Quito, sustituyeron sus convenios bilaterales en materia de pensiones con otros países del entorno iberoamericano por el Acuerdo de aplicación del Convenio Multilateral

14 Es decir, previamente a la XV Cumbre Iberoamericana se celebró la V Conferencia Iberoamericana de Ministros y Máximos Responsables de la Seguridad Social para elaborar el CIMSS así como los criterios y principios básicos contemplados en el proyecto de Convenio. Posteriormente, la XV Cumbre aprueba su elaboración conforme con la V Conferencia de Ministros.

15 La OISS preparó cinco borradores, que fueron remitidos a autoridades y técnicos de todos los países para que aportaran sus observaciones y sugerencias. En este caso, se celebraron dos reuniones técnicas para avanzar y precisar los términos del Acuerdo. En unas de las reuniones técnicas (Chile, 5 y 6 marzo 2009) se cierra el acuerdo a nivel técnico para elevar, a través de la SEGIB y la OISS, el Proyecto de Acuerdo de Aplicación del CMISS a una próxima Conferencia Iberoamericana de Ministros/Máximos Responsables de Seguridad Social para su consideración y, en su caso, aprobación (VII Conferencia, en JACOB SÁNCHEZ, F.M. La génesis del convenio multilateral iberoamericano de seguridad social, obra cit., pp. 9 y 10.

16 Ratificado por España el 16 de febrero de 1979 (BOE 17 de agosto de 1982, núm. 196).

17 JACOB SÁNCHEZ, F.M. La génesis del convenio multilateral iberoamericano de seguridad social, obra cit., p. 4.

18 SANTOS BASSO, O. El convenio Iberoamericano de Seguridad Social y sus pautas de aplicación, **Revista Jurídica de Seguridad Social**, 19 de octubre, 2004 (Costa Rica), en <http://www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridical1/03-ENSAYO2.html>.

Iberoamericano de Seguridad Social¹⁹. Junto al Convenio de Quito están los más de 50 convenios bilaterales entre países de la Comunidad Iberoamericana y el Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del Mercosur²⁰. Este último convenio se firmó entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay aunque establece la incorporación de aquellos que se adhieran al Tratado de Asunción (art. 19). Tiene como objeto establecer las normas básicas obligatorias y principios aplicables por los Estados Partes al otorgamiento de prestaciones. Este instrumento carece de algunos de los beneficios contemplados en el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social como, por ejemplo, la totalización de períodos de carencia²¹, su reglamento “no agrega elementos sustanciales al Acuerdo”, y además “no determina con claridad la asignaciones computables a tener en cuenta por cada Estado, en los casos de totalización y prorrateo”²². En relación a la Decisión 583, Instrumento Andino de Seguridad Social pendiente de reglamentación y por lo tanto sin vigencia alguna, posiblemente se vuelva innecesario a corto plazo, dado que Bolivia, Ecuador y Perú son parte del CMISS y Colombia está próxima a serlo, por lo que todos los países miembros de las Comunidad Andina estarían incluidos en el convenio²³.

A pesar de estos antecedentes, en la elaboración tanto del texto definitivo del CMISS como del Convenio de Aplicación tuvo lugar, como se ha afirmado, un proceso muy participativo de elaboración de propuestas, de análisis y negociación que con la colaboración de los gobiernos e instituciones de la Seguridad Social de los países afectados dio lugar a la redacción del texto definitivo tras la elaboración de varias propuestas. Tanto en estos borradores como en el texto definitivo se tuvo en cuenta el contenido de los acuerdos que hemos señalado más arriba, y el de los Reglamentos Europeos sobre coordinación de los sistemas de seguridad social²⁴. Al respecto, se ha afirmado que la redacción de los reglamentos europeos tienen una

19 Convenios bilaterales de Uruguay con Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, Paraguay y Venezuela e, igualmente, Argentina con Colombia y Panamá con España en OEA y CISS: **Análisis de convenios bilaterales y multilaterales de seguridad social en materia de pensiones**, México, 2015, p. 25. No obstante, en la Memoria Secretaría General del XVI Congreso Iberoamericano de Seguridad Social, p. 4, se dice que “sigue siendo de utilidad para la suscripción de convenios bilaterales”, en http://www.oiss.org/IMG/pdf/MEMORIA_SECRETARIA_GENERAL.pdf.

20 El primer beneficio se otorgó a un ciudadano paraguayo al permitir el Acuerdo la complementación de los aportes realizados en dos países suscriptores (2006), en <http://www.oiss.org/Acuerdo-Multilateral-de-Seguridad.html>.

21 GRZETICH LONG, A. La integración del MERCOSUR en materia de seguridad social, **IUSlabor** 3/2005, p. 7.

22 GRZETICH LONG, A. La integración del MERCOSUR en materia de seguridad social (y II): El «Reglamento administrativo para la aplicación del Acuerdo Multilateral», **IUSlabor**, 4/2005, p. 3.

23 OISS: XVI Congreso Iberoamericano de Seguridad Social, Memoria Secretaría General, p. 4, en http://www.oiss.org/IMG/pdf/MEMORIA_SECRETARIA_GENERAL.pdf.

24 JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, A. Antecedentes, proceso de elaboración, significado y contenido general, obra cit., p. 32. **IUSlabor** 4/2005, p. 3. En relación con la actualización de este convenio, vid. MARTÍNEZ CHAS, J. La nueva declaración sociolaboral del Mercosur, **Revista Derecho Social y Empresa**, núm. 4/2016, pp. 157 a 175.

clara influencia en la del CIMSS puesto que se tratan de instrumentos internacionales que tienen como finalidad facilitar la libre circulación de trabajadores en el seno de la Comunidad Iberoamericana²⁵. No obstante, existen notables diferencias, por ejemplo, en relación con los Reglamentos Comunitarios de Seguridad Social que se elaboran en el seno de una organización internacional, la Unión Europea (en adelante UE) que cuenta con un sistema de fuentes del Derecho propio y singular. El Reglamento 883/2004 de la UE es una norma de Derecho derivado cuya aplicación no necesita del requisito de la ratificación y firma del Acuerdo de Aplicación (2009), como la del CMISS, sino que se aplica directamente en los Estados Miembros. Por otro lado, no cuenta con un órgano jurisdiccional, como el Tribunal de Justicia de la UE encargado de interpretar la legislación de la UE para garantizar su aplicación en todos los Estados Miembros y de los litigios que se le planteen por gobiernos nacionales, instituciones europeas y, en determinadas circunstancias, los particulares, empresas y organizaciones que entiendan que sus derechos son vulnerados por una institución de la UE. Por lo tanto, serán los propios tribunales de cada Estado parte los competentes para entender la aplicación del Convenio²⁶. El convenio se remite a la negociación de los Estados Parte para la solución de la controversia relacionada con la interpretación o aplicación del convenio en un plazo de cuatro meses que, en caso de que la controversia interpretativa sea general y afecte a todos los Estados parte, se puede trasladar al Comité Técnico Administrativo (arts. 23 y 24 CMISS). En caso de que no haya negociación se recurre a un Comisión de arbitraje nombrada conforme el procedimiento previsto en el propio convenio cuya decisión será definitiva e inapelable (art. 28 CMISS), por lo que, la actuación de este órgano técnico y especializado resulta imprescindible para la interpretación del CIMSS y del Acuerdo de aplicación²⁷. El problema que plantea este mecanismo es que los acuerdos alcanzados o el propio laudo sólo vinculan a las Administraciones a las que afecta la controversia, pero no a los tribunales nacionales que serán, en última instancia, los que tendrán que interpretar el Convenio ante las reclamaciones de los migrantes²⁸. En el caso de que se no se haya acudido al arbitraje “por falta de voluntad de los Estados para constituir la Comisión, o en que el conflicto haya quedado sin resolución al

25 SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. Aproximación a la coordinación de Regímenes de Seguridad Social en el Reglamento 883/2004 y en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, obra cit., p. 4.

26 SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. Aproximación a la coordinación de regímenes de seguridad social en el Reglamento 883/2004 y en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, obra cit., p. 5. Entre otras, en España STS 23 de diciembre de 2002 (RJ/ 2472); STSJ Aragón de 18 de marzo 2016 (JUR 2016/85420), STSJ Madrid, 17 de febrero 2015 (JUR 2015/88747.)

27 PANIZO ROBLES, J.A. Artículos 23 y 24. Comité Técnico Administrativo, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. II, núm. 1 2017, p. 16.

28 CARRASCOSA BERMEJO, D. Artículo 12, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. II, núm. 1, p. 40 y ss.

impugnarse la validez de la decisión”, se ha defendido la posibilidad de que las partes acudan a la Corte Internacional de Justicia, cuya competencia se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de la Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes (art. 36.1 del Estatuto de la Corte) ²⁹.

Por último, el CMISS fue ratificado por España el 12 de febrero de 2010 y publicado, junto con el Acuerdo de aplicación (2009) en el BOE de 8 de enero de 2011, núm. 7, entrando en vigor el 1 de mayo de 2011 y estructurándose en 35 artículos con 6 títulos y 5 anexos.

1.2 EL ESTADO ACTUAL DE SITUACIÓN DEL CMISS

El Convenio es un instrumento internacional abierto a la adhesión de todos los Estados que forman parte de la Comunidad Iberoamericana, que para su aplicación está sujeto a la ratificación, aceptación o aprobación una vez que dichos instrumentos sean depositados en la Secretaría General Iberoamericana de la OISS. No obstante, para que produzca efectos entre los Estados es necesario también que suscriban el Acuerdo de Aplicación (art. 30 y 31). En la actualidad, de los 15 Estados firmantes 12 lo han ratificado, pero sólo ha entrado en vigor en 11 países³⁰. Las dos últimas incorporaciones han sido las de Argentina y Perú, lo que ha requerido la actualización de los Anexos del Acuerdo de aplicación del CMISS, octubre de 2016³¹. Con estas incorporaciones el Convenio se sitúa “como segundo instrumento de este tipo, a nivel mundial, por número de países y población protegida, sólo por detrás de los Reglamentos de la Unión Europea y también en el único que abarca países de dos continentes, América y Europa”. Respecto a Colombia y Costa Rica, que son los otros firmantes del CMISS, el primero ha presentado al Parlamento el correspondiente proyecto de ley para su ratificación y el segundo está “próximo a hacerlo”³².

29 ARENAS VIRUEZ, M. Los mecanismos de solución de los conflictos de interpretación y aplicación del convenio y del AACMISS en GONZÁLEZ ORTEGA, S. **El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social**, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 234. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (Anexo a la carta de la ONU. Adopción 26 de junio de 1945 (DO 17 de octubre de 1945).
















30 Lo han firmado Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. No lo han ratificado (ni firmado el Acuerdo de aplicación) Colombia, Costa Rica, República Dominicana y Venezuela, aunque este último país lo ratificó.

31 Véanse en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. 2, núm. 1, 2017, MONSALVE CUÉLLAR, M.E. Anexo I. Regímenes excluidos, pp. 131 a 140; FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B. Anexo II. Convenios suscritos entre Estados parte del Convenio; pp. 141 a 153; OCCHI ORSARIA, N.A. Anexo III. Convenios suscritos entre Estados parte del Convenio, pp. 154 a 161; OCCHI ORSARIA, N.A. Anexo IV. Convenios bilaterales o multilaterales; y LOZANO BARÓN, W. A. Anexo V. Excepciones a la legislación aplicable, pp. 170 a 176. http://www.oiss.org/IMG/pdf/ANEXOS_ACUERDO_APLICACION_actualizacion_24_de_octubre_2016.pdf.

32 OISS: “XVI Congreso Iberoamericano de Seguridad Social. Memoria Secretaría General”, obra cit., p. 4.

En el siguiente cuadro se muestra el estado del Convenio en los países firmantes, si éstos lo han ratificado, y donde está ya plenamente operativo.

(Artículos 29, 30, 31.2 CMISS y 33.3 AA)

PAISES QUE LO HAN FIRMADO	FECHA FIRMA CONVENIO	FECHA RATIFICACION	FECHA DEPOSITO INSTRUMENTO RATIFICACION EN LA SEGIB-OISS	FECHA SUSCRIPCIÓN ACUERDO APLICACION	APLICACIÓN EFECTIVA CONVENIO	POBLACION (1)
 Argentina	10/11/ 2007	09/06/2010	31/05/2016	31/05/2016	1/08/2016	42.980.026
 Bolivia	10/11/ 2007	08/11/2010	02/02/2011	18/04/2011	01/05/2011	10.027.254
 Brasil	10/11/ 2007	30/10/2009	11/12/2009	19/05/2011	19/05/2011	201.000.000
 Chile	10/11/ 2007	18/11/2009	30/11/2009	01/09/2011	01/09/2011	16.572.475
 Colombia	26/11/2008					
 Costa Rica	10/11/ 2007					
 Ecuador	07/04/ 2008	31/08/2009	04/11/2009	20/06/2011	20/06/2011	14.067.000
 El Salvador	10/11/ 2007	29/05/2008	04/09/2008	17/11/2012	17/11/2012	6.251.495
 España	10/11/ 2007	05/02/2010	12/02/2010	13/10/2010	01/05/2011	46.507.760
 Paraguay	10/11/ 2007	15/12/2010	09/02/2011	28/10/2011	28/10/2011	6.672.631
 Perú	10/11/ 2007	12/09/2013	30/01/2014	20/10/2016	20/10/2016	31.915.789
 Portugal	10/11/ 2007	27/10/2010	22/12/2010	19/03/2013	21/07/2014	10.561.614
 República Dominicana	07/10/2011					
 Uruguay	10/11/ 2007	24/05/2011	26/07/2011	26/07/2011	01/10/2011	3.286.314
 Venezuela	10/11/ 2007	16/02/2009**				

(1) Según la Oficina de Información Diplomática 2012.

Fuente OISS (mayo 2017)

En definitiva, comprobamos que el estado actual del CMISS se encuentra en una fase de expansión muy importante, puesto que abarca a una de las poblaciones del mundo con más movimientos migratorios³³. El CMISS es un instrumento jurídico que tiene plena aplicación en todos aquellos casos en que no existan convenios bilaterales o multilaterales de seguridad social vigentes entre los Estados Parte, salvo en aquellos casos en que existan convenios bilaterales o multilaterales, en cuyo caso se aplicarían las disposiciones que resulten más favorables al beneficiario. Cada Estado Parte informará a la Secretaría General Iberoamericana, a través del Secretariado de la OISS, de los convenios bilaterales y multilaterales que están vigentes entre ellos, la cual procederá a registrarlos en el Anexo IV del Convenio. Una vez vigente el CMISS,

33 JACOB SÁNCHEZ, F. M. La génesis del convenio multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, obra cit., p. 4. Sobre la evolución de los movimientos migratorios a lo largo de la historia y, en especial, las relaciones entre España y América Latina en los últimos 50 años”, en LEÓN GUERRERO, M^a M.; PASTOR MARTÍNEZ, M.; MARTÍNEZ HERNANDO, M.C. Movimientos migratorios, interculturalidad y educación, *Naveg@merica. Revista electrónica de la Asociación de Americanistas*, 2012, núm. 8, pp. 1 a 19, en <https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/36758/1/150101-561871-1-PB.pdf>

los Estados Parte de los convenios bilaterales y multilaterales inscritos en el Anexo IV determinarán las disposiciones más favorables de los mismos y lo comunicarán al Secretario General de la OISS (art. 8 CMISS)³⁴.

2 EL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

El art. 2 del CMISS contempla que el convenio se aplicará a las personas que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o varios Estados parte, así como a sus familiares beneficiarios y derechohabientes. Esta regulación del ámbito personal se contempla en parecidos términos a la del Reglamento 883/2004 de la UE dado, que este instrumento alude también a las personas pero especificando que “sean nacionales de uno de los Estados miembros y a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros, que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supérstites”³⁵. En este sentido, si comparamos ambas regulaciones la influencia del Reglamento Comunitario es tan evidente como las diferencias entre ambos instrumentos porque si el CMISS “no atiende a la condición de nacionalidad para fijar quiénes pueden quedar incluidos en su ámbito de aplicación, pueden verse implicados nacionales de terceros países que, como tales Estados, no están obligados ni por el CMISS ni por los Reglamentos Comunitarios”³⁶. Así mismo la acepción recogida en el art. 2 del CMISS respecto al término “persona” tiene escasa entidad si atendemos a lo contemplado en el Acuerdo de Aplicación del CMISS, que al emplear el término trabajador nos está indicando que “la aplicación del Convenio Multilateral va a estar condicionada al hecho de ostentar o haberlo ostentado la condición de trabajador por cuenta ajena, por cuenta propia o funcionario” o el familiar o derechohabiente de los anteriores³⁷. Si tenemos en cuenta el ámbito espacial en que se extiende el Convenio, los movimientos migratorios no sólo afectan a los países iberoamericanos sino también a Portugal y España, países de la UE que en los últimos años han sido los principales destinos de la emigración latinoamericana hacia Europa, y por lo tanto se

34 Al respecto, RUBIO VELASCO, M^a F. Artículo 8. Relaciones entre el presente convenio y otros instrumentos de coordinación de seguridad social, *eRevista Internacional de la Protección Social*, Vol. 1, núm. 2, 2016, pp. 85 a 95.

35 Véase SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. Aproximación a la coordinación de Regímenes de Seguridad Social en el Reglamento 883/2004 y en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, obra cit., pp. 7 y 8.

36 BARCELÓN COBEDO, S. Los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación del convenio multilateral iberoamericano de seguridad social, en GONZÁLEZ ORTEGA, S. **El convenio multilateral Iberoamericano de Seguridad Social**, obra cit., pp. 74 y 75.

37 LÓPEZ DÍAZ, E.; MARTÍN JIMÉNEZ, R. Artículo 2. Campo de aplicación personal, *eRevista Internacional de la Protección Social*, Vol. 1, núm. 2, 2016, p. 27.

“refuerza la coordinación en materia de Seguridad Social entre Iberoamérica y la UE, lo que facilitará a los trabajadores iberoamericanos el reconocimiento de los períodos cotizados en otros estados miembros de la Unión”³⁸. Si seguimos atendiendo al ámbito espacial tanto del CMISS como del Reglamento Comunitario, que son dos normas de coordinación de seguridad social de movimientos migratorios, el punto distinto no sólo se encuentra en el requisito de la nacionalidad sino también en el del aseguramiento³⁹. En relación con el requisito de la nacionalidad el Derecho de la Unión Europea como organización internacional supranacional consagró el derecho de la ciudadanía de la Unión (nacionales de los Estados Miembros) en el Tratado de Maastricht de 1992 y, más tarde, mediante la promulgación del R, 1231/2010 se amplía a los nacionales de terceros países residentes en el territorio de la UE⁴⁰, por lo que el ámbito de aplicación del Reglamento cubre tanto a los *ciudadanos de la Unión Europea* como a los *ciudadanos en la Unión*. En este caso la ampliación del ámbito de aplicación a los residentes en el territorio de la UE sólo comprende a aquéllos que se encuentren en el territorio de la Unión conforme a los requisitos de autorización para residir y/o trabajar que exige la legislación de extranjería. En este último supuesto habría plena coincidencia en el ámbito del CMISS, porque las personas que también se encuentran en situación irregular están excluidas del ámbito de aplicación por razones obvias al no tener cubiertas las obligaciones de alta y cotización y, por lo tanto, no estar incluidos en el campo de aplicación del sistema de seguridad social⁴¹. En este sentido, los inconvenientes previos del requisito de la nacionalidad se sustancian conforme a la actual regulación del art. 48 del TFUE que contempla el principio de libre circulación de trabajadores y la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad. En definitiva, el contenido del art. 2 del Convenio no hace referencia ni al status profesional de los sujetos protegidos ni al elemento de la nacionalidad pero ello no es obstáculo para que el ámbito de aplicación abarque no sólo a los nacionales de los Estados parte, sino también a los extranjeros nacionales de terceros estados, refugiados y apátridas que estén o hayan estado sometidos a la legislación de Seguridad Social de uno o algunos de los Estados

38 LÓPEZ DÍAZ, E.; MARTÍN JIMÉNEZ, R. Artículo 2. Campo de aplicación personal, obra cit., p- 31.

39 VALDUEZA BLANCO, M.D. Ámbito espacial y temporal del convenio iberoamericano de seguridad social en GONZÁLEZ ORTEGA, S. **El convenio multilateral iberoamericano de Seguridad Social**, obra cit., p. 141.

40 El art. 2.2 del actual Reglamento 334/2004 establece que “Asimismo se aplica también “a los supérstites de las personas que hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, cualquiera que sea la nacionalidad de tales personas, cuando dichos supérstites sean nacionales de uno de los Estados miembros o apátridas o refugiados que residan en uno de los Estados miembros”. En SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.” Aproximación a la coordinación de regímenes de seguridad social en el Reglamento 883/2004 y en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, obra cit., p. 9, la legalidad de la residencia es una condición previa a la aplicación del Reglamento 1231/2010.

41 VALDUEZA BLANCO, M.D. Ámbito espacial y temporal del convenio iberoamericano de seguridad social, obra cit., pp. 142 a 147.

Parte. En definitiva, “la supuesta cláusula de nacionalidad no entra en juego para la aplicación del Convenio pero sí para que los sujetos protegidos tengan la condición de migrantes en situación regular o legal”⁴². Como bien ha afirmado la doctrina “la nacionalidad no es un requisito inexcusable para aplicar las reglas de coordinación existentes en la Unión Europea, como tampoco lo es para ser incluido en el ámbito de aplicación” del CMISS⁴³. Por otro lado, es necesario poner en relación este art. 2 del Convenio con el del art. 3, dado que como vamos a ver la protección afecta sólo a las pensiones contributivas o profesionales y, teniendo en cuenta el nivel de cobertura que plantea, “sólo los que sean o hayan sido trabajadores, dependientes o autónomos, podrán quedar afectados por lo dispuesto en el CMISS; y por extensión, sus familiares y derechohabientes cuando se trata de prestaciones por muerte y supervivencia”⁴⁴.

3 EL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL

El CMISS se aplica a toda la legislación relativa a las ramas de seguridad social relacionadas con las prestaciones económicas de invalidez, vejez, supervivencia y las derivadas de accidente de trabajo y de enfermedad profesional (art. 3.1). Por lo tanto, el ámbito de aplicación material sólo comprende las prestaciones contributivas de Seguridad Social de contenido económico pero sin incluir las prestaciones en especie, que indudablemente tienen repercusión económica, como la asistencia sanitaria, la prestación farmacéutica y los servicios sociales. Al respecto, cabe señalar que el ámbito de aplicación material tiene un alcance limitado porque las prestaciones protegidas sólo alcanzan a las pensiones⁴⁵. Por este motivo parece inevitable la comparación con el ámbito de aplicación material del Reglamento Comunitario 883/2004⁴⁶, mucho más extenso que el del CMISS porque incluye tanto las

42 LÓPEZ DÍAZ, E. Artículo 2. Campo de aplicación, *eRevista Internacional de la Protección Social*, obra cit., p. 27.

43 SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. Aproximación a la coordinación de regímenes de seguridad social en el reglamento 883/2004 y en el convenio multilateral iberoamericano de seguridad social, obra cit., p. 9.

44 BARCELÓN COBEDO, S. Los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación del convenio multilateral iberoamericano de seguridad social, obra cit., p. 77. Igualmente, sólo comprende las prestaciones profesionales, una previsión que justifica que la tutela únicamente está pensada para quienes ostenten la condición de trabajadores y no la condición de ciudadanos (p. 85).

45 BARCELÓN COBEDO, S. Los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación del convenio multilateral iberoamericano de seguridad social, obra cit., p. 84.

46 El art. 3.1 “ El presente Reglamento se aplicará a toda la legislación relativa a las ramas de seguridad social relacionadas con: a) las prestaciones de enfermedad, b) las prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas; c) las prestaciones de invalidez, d) las prestaciones de vejez, e) las prestaciones de supervivencia, f) las prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional, g) los subsidios de defunción, h) las prestaciones de desempleo, i) las prestaciones de jubilación, j) las prestaciones familiares.

prestaciones contributivas como las no contributivas y la aplicación de prestaciones de seguridad social de contenido económico y en especie⁴⁷. Es decir, cubre generalmente las prestaciones de carácter vitalicio que exigen para su reconocimiento que el solicitante tenga cubierto el cumplimiento de largas carreras de seguro, por lo que se excluyen las prestaciones destinadas a cubrir situaciones de necesidad de carácter transitorio que exigen cortas carreras de seguro: subsidios por desempleo, maternidad y paternidad y la incapacidad temporal, puesto que el art. 3.1 del Convenio menciona únicamente la invalidez, que es una contingencia de naturaleza permanente⁴⁸. Prueba del carácter restrictivo del contenido material del Convenio la tenemos en el art. 13 del CMISS, que sólo contempla las reglas para la determinación de la cuantía de las prestaciones por vejez, invalidez y supervivencia⁴⁹.

En relación a las prestaciones médicas previstas en las legislaciones de los Estados Parte, el CMISS las excluye expresamente sin perjuicio que dos o más Estados Parte del Convenio extiendan su aplicación mediante acuerdos bilaterales o multilaterales, debiéndose inscribir los efectos de esta extensión en el Anexo III, que afectará únicamente a los Estados que los hayan suscrito, sin que surtan efectos para los demás Estados Parte (art. 3.5)⁵⁰. Al respecto, el Anexo III del Convenio no parece incluir ninguna excepción a la exclusión de las prestaciones médicas previstas del CMIS. Sin embargo, como ha advertido la doctrina, esto no debe inducir a pensar que en Iberoamérica no existe coordinación legislativa sobre las prestaciones médicas. El art. 8 del Convenio no sólo establece que el Convenio no deroga convenios internacionales anteriores, sino que también son prevalentes al Convenio si resultan más favorables para los migrantes. En la actualidad “existen sistemas de seguridad social de los Estados signatarios que se entrelazan legalmente para exceder la cobertura de prestaciones económicas”, como el Acuerdo del Mercosur o el Convenio de Quito, “aunque el último limitado a sus consecuentes convenios bilaterales, inclusive, heterogéneos en relación a las prestaciones médicas: España-Panamá; Uruguay-Portugal Uruguay-Venezuela”⁵¹. En España tenemos que tener presente la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en

47 SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. Aproximación a la coordinación de regímenes de seguridad social en el reglamento 883/2004 y en el convenio multilateral iberoamericano de seguridad social, obra cit., p. 9. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. Artículo 3. Campo material, *eRevista Internacional de la Protección Social*, Vol. 1, núm. 2, 2016, pp. 35 a 37.

48 BARCELÓN COBEDO, S. Los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación del convenio multilateral iberoamericano de seguridad social, obra cit., p.86.

49 LÓPEZ INSUA, B.M. Artículo 13. Determinación de las prestaciones, *eRevista Internacional de la Protección Social*, Vol. 1, núm.1, 2016, pp. 154 a 156.

50 El CMISS no recoge un concepto claro de qué se debe entender por prestaciones económicas, por lo que “habrá que pensarse que se refiere no sólo a las sanitarias generales sino también las de carácter rehabilitador y de recuperación”, en BARCELÓN COBEDO, S. Los ámbitos objetivo y subjetivo del convenio multilateral iberoamericano de seguridad social, obra cit., p. 92.

51 OCCHI ORSARIA, N.A. Anexo III. Convenios suscritos entre Estados Parte del Convenio, obra cit., p. 161.

España y su integración social, cuyo art. 14.1 contempla que “los extranjeros tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles”⁵². Conforme a esta regulación hay que tener en cuenta que el TC ha declarado que “el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria será determinado y podrá ser limitado por las normas correspondientes. El legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España y, por ello, exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales (...)”⁵³ por lo que es una cobertura que sólo se extiende a los extranjeros legales”. La exclusión de las prestaciones médicas del campo de aplicación material del Convenio no es la única, puesto que las excusiones pueden venir contempladas expresamente en el Anexo II o en el Anexo I respecto a los regímenes especiales de seguridad social teniendo en cuenta la exclusión general de las prestaciones no contributivas y de asistencia social como hemos indicado más arriba. En general “las prestaciones médicas/farmacéuticas son las que más problemas plantean de cara a su coordinación” por lo que hay que entender como paradigmática la opción escogida por el CMISS, ya que aunque las excluye deja autonomía a los Estados para su inclusión bilateral, estableciendo así un modelo que permite su desarrollo futuro⁵⁴.

3.1 LA EXCEPCIÓN DE LOS REGÍMENES CONTRIBUTIVOS DE SEGURIDAD SOCIAL ESPECIALES INCLUIDOS EN EL ANEXO I

En virtud del art. 3.2 el convenio se aplicará a los regímenes contributivos de seguridad social, generales y especiales. Si bien es cierto que estos segundos podrán ser excluidos cuando se incluyan en el Anexo I, por tratarse de prestaciones a las que no se les van a aplicar las reglas del Convenio Multilaterales, como se ha contemplado respecto a Argentina, Chile, Ecuador, España y Portugal⁵⁵. En el caso español se ha excluido los regímenes de funcionarios civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y de la Administración de Justicia. Esta exclusión del

52 SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. Artículo 3. Campo de aplicación material, obra cit., p. 9.

53 STC 139/2016, de 21 de julio (BOE 15 de agosto de 2016, núm. 196).

54 OISS: El Reglamento 883/04 y El Convenio Iberoamericano de Seguridad Social. Encuentros en el camino, p. 24 en http://www.oiss.org/IMG/pdf/oiss_junio_zufiaur_docx_hot_24_junio_ULTIMA-2.pdf.

55 En Argentina (personal del Servicio Exterior de la nación; investigadores científicos, personal docente, poder judicial y magistrados), Chile (regímenes provisionales de las Fuerzas Armadas y Carabineros, administrativos por la Caja de Previsión de la Defensa Nacional y la Dirección de previsión de Carabineros de Chile), Ecuador (Régimen Especial del Seguro campesino); España (Regímenes especiales de los Funcionarios Civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y de la Administración de Justicia), Portugal (todos los regímenes no incluidos en el sistema providencial de seguridad social portugués y en el sistema de seguridad social público).

CMISS no se corresponde con la inclusión en el campo de aplicación personal del Reglamento 883/2004 que sí le es de aplicación⁵⁶. Estas exclusiones de regímenes especiales de Seguridad Social, que por sus especiales características podrían dificultar su aplicabilidad, han contribuido a agilizar el proceso de tramitación de ratificación y firma del convenio y posterior aplicación del CMISS⁵⁷. En definitiva, se trata de una excepción constitutiva que de no mencionarse expresamente el régimen especial en el Anexo I, “habrá que entenderse que está incluido en el campo de aplicación del CMISS”⁵⁸.

3.2 LA EXCEPCIÓN A LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS ESTABLECIDAS EN EL ANEXO II

El CMISS contempla la posibilidad de que los Estados parte excluyan determinadas prestaciones económicas de su campo de aplicación material, pero para ello establece que se deberá hacer constar en el Anexo II siempre que no se trate de las señaladas en el propio convenio en su art. 3.1. Los países que se han acogido a esta exclusión son Argentina, Brasil, Ecuador, España y Paraguay⁵⁹. En general estas menciones resultarían innecesarias, porque se trata de materia que no está incluida en el contenido material del Convenio. Salvo en el caso español, en el que de no establecerse la exclusión del subsidio por defunción, cabría incluirlo en el ámbito material de aplicación del Convenio “ya que se trata de una prestación (tipo indemnización) derivada de una contingencia protegida por el Convenio (la muerte y la de supervivencia)”⁶⁰. La prestación del auxilio por defunción, aunque es una prestación económica por supervivencia, no es ninguna de las prestaciones económicas por supervivencia principales (viudedad, orfandad y subsidio a favor de familiares) “sino una prestación económica de pago único y cuantía teóricamente indeterminada pero con un límite máximo ridículo (...)”⁶¹. Por último, cabe tener en cuenta que según el CMISS se consideran prestaciones económicas “la prestación pecuniaria, pensión, renta, subsidio o indemnización previstas por las legislaciones

56 SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. Aproximación a la coordinación de regímenes de seguridad social en el Reglamento 883/2004 y en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, obra cit., p. 4.

57 MONSALVE CUÉLLAR, M.E. Anexo I. Regímenes a los que no se aplica el Convenio Multilateral *eRevista Internacional de la Protección Social*, Vol. 2, núm. 1, 2017, p. 140.

58 BARCELÓN COBEDO, S. Los ámbitos de aplicación objetivo y subjetivo de aplicación del convenio multilateral iberoamericano de seguridad social, obra cit., p. 94.

59 Argentina (la asistencia sanitaria, las prestaciones monetarias de enfermedad, las prestaciones de desempleo y las prestaciones familiares); Brasil (aposentadoria por tempo de contribuição); Ecuador (subsídios económicos por enfermedad y maternidad del Seguro Obligatorio del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social).

60 BARCELÓN COBEDO, S. Los ámbitos de aplicación objetivo y subjetivo de aplicación del convenio multilateral iberoamericano de seguridad social, obra cit., p. 94.

61 FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B. Anexo II. Prestaciones a las que no se aplican las reglas del Convenio Multilateral, *eRevista Internacional de la Protección Social*, vol. 2, núm. 1, 2017, p. 144.

mencionadas en el art. 3 CMISS, incluido todo complemento, suplemento o revalorización (art. 1.1.m) conforme al significado que les atribuya la legislación aplicable” (art. 1.2). En este sentido nos puede resultar justificada, por ejemplo, la exclusión de las prestaciones económicas y contributivas en el Anexo II, que contempla dos modalidades de prestaciones económicas de vejez de países como Brasil y Paraguay “puesto que se trata de dos modalidades de pensión de jubilación muy *sui generis* y no de la pensión de jubilación prototípica”⁶².

3.3 LA NO APLICACIÓN A LOS REGÍMENES NO CONTRIBUTIVOS, A LA ASISTENCIA SOCIAL Y A LOS REGÍMENES DE PRESTACIONES A FAVOR DE LAS VÍCTIMAS DE GUERRA O DE SUS CONSECUENCIAS

El art. 3.4 del CMISS contempla la no aplicación a los regímenes no contributivos, a la asistencia social y a los regímenes de prestaciones a favor de las víctimas de guerra o de sus consecuencias. El CMISS tiene un ámbito de aplicación más reducido que el Reglamento 883/2004 que, como hemos indicado más arriba, cubre tanto las prestaciones contributivas que sí son exportables y que permiten a un trabajador que haya obtenido un derecho a prestación en un Estado Parte a percibir las aunque resida en otro Estado Parte; y las prestaciones especiales no contributivas, que no son exportables. El elemento que diferencia unas y otras prestaciones se encuentra en la fuente de financiación, bien mediante cotizaciones directas o indirectas de los beneficiarios o asegurados (contributivas), o bien mediante recursos procedentes de los impuestos que no exigen previas aportaciones ni requisitos de afiliación⁶³. Las exclusiones del ámbito material del convenio de los regímenes no contributivos y de la asistencia social permiten delimitar con claridad que únicamente se incluyen en el ámbito material del convenio las prestaciones “financiadas esencialmente por aportaciones ó cotizaciones abonadas por motivo del desempeño de una actividad profesional y que se calculan refiriendo su cuantía precisamente a esas cotizaciones previas”⁶⁴. El problema de las prestaciones contributivas es que no sólo se financian vía aportaciones sino que también, como ha señalado la doctrina, participan de esos rasgos no contributivos “puesto que el Estado puede intervenir, como ocurre en España, a través de sus presupuestos, en la financiación de los gastos de la seguridad

62 FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B. Anexo II. Prestaciones a las que no se aplican las reglas del Convenio Multilateral, obra cit., p. 153.

63 SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. Artículo 3. Campo de aplicación, obra cit., p. 37.

64 BARCELÓN COBEDO, S. Los ámbitos de aplicación objetivo y subjetivo de aplicación del convenio multilateral iberoamericano de seguridad social, obra cit., p. 91.

social”⁶⁵. En cuanto a las prestaciones no contributivas para cuya obtención no se exige ni afiliación ni cotizaciones previas, en España puede darse el caso de que existan cotizantes que solamente tengan derecho a una prestación no contributiva si sus cotizaciones han sido insuficientes. Y, por el contrario, puede ocurrir que un trabajador tenga reconocido el derecho a la prestación contributiva sin tener que tener acreditados los períodos previos de cotización en los casos de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales⁶⁶. En cuanto a la exclusión del ámbito de aplicación material a la asistencia social el problema principal, tanto a nivel nacional como de la Unión Europea, se encuentra en la extensión del ámbito de la seguridad social y de la evolución de la asistencia social, y por lo tanto la dificultad para deslindar la frontera entre la seguridad social y la asistencia social⁶⁷. En efecto, las prestaciones de asistencia social solamente se conceden en los supuestos de carencia de recursos “lo que asimila peligrosamente la Asistencia Social de la Seguridad Social a las prestaciones no contributivas, generando así nuevas dudas interpretativas”. En este sentido, se ha señalado que “mientras que las prestaciones no contributivas se desarrollan dentro del marco de las contingencias típicas del Sistema de Seguridad Social (la jubilación, la incapacidad permanente, la protección familiar), haciendo frente a situaciones de necesidad “*contingenciales*”; por el contrario, la protección asistencial se dedica a la tutela de situaciones distintas de las contingencias típicas o tradicionales del Sistema de Seguridad Social”⁶⁸. En el caso de los Reglamentos Comunitarios, se considera que “es no contributiva y no, en cambio, asistencial (en el ámbito material, pues del R 883/2004), una prestación que otorga al potencial beneficiario un derecho incondicionado a la misma en el caso de cumplir los requisitos subjetivos y objetivos requeridos aunque, como expresión de la dificultad de establecer la diferenciación, el art. 70 del R. 883/2004 exige, para estar comprendidas dentro de su ámbito que este tipo de

65 SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. Artículo 3. Campo de aplicación material, obra cit., p. 38.

66 SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. Artículo 3. Campo de aplicación material, obra cit., p. 39. Además señala esta autora que en España existe “un vínculo entre el pago de impuestos y las pensiones, entre el número de años de residencia Legal exigidos y el nacimiento del derecho a la pensión”. En España se exige para reconocer una pensión no contributiva el requisito de la residencia en territorio nacional durante un cierto tiempo, puesto que quienes la tengan en el extranjero la pueden tener rechazada.

67 SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. Artículo 3. Campo de aplicación material, obra cit., p. 39; también en BARCELÓN COBEDO, S. Los ámbitos de aplicación objetivo y subjetivo de aplicación del convenio multilateral iberoamericano de seguridad social, obra cit., pp. 91 y 92. En España están excluidas las prestaciones familiares por aplicación del art. 70 del Reglamento. En SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. Artículo 3. Campo de aplicación material, obra cit., p. 40 según jurisprudencia reiterada “cabe afirmar que una prestación podrá considerarse como prestación de Seguridad Social en la medida en que, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, se conceda a sus beneficiarios en función de una situación legalmente definida y en la medida en que la prestación se refiera a alguno de los riesgos expresamente incluidos en el ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004”.

68 GUÍAS JURÍDICAS: Asistencia Social de la Seguridad Social, Wolters Kluwer, 2017 en http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbFljTAAAUNDM2NLtLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAdFqyVDUAAAA=WKE.

prestaciones no contributivas sean expresamente referenciadas, a iniciativa de cada Estado Miembro, en un Anexo X del propio R 88372004 (Anexo 10)⁶⁹.

Con todo ello las razones que explican esta exclusión son de índole políticas puesto que la región iberoamericana “no tiene la misma cohesión política regional que sí posee la región europea”. No obstante, la exclusión no hay que entenderla como un obstáculo sino como un avance normativo que debe evolucionar hasta su inclusión, puesto que la migración en la región latinoamericana tiene un nivel de informalidad acentuada que hay que combatir precisamente mediante esa coordinación de las prestaciones no contributivas conforme a los términos del reglamento de la Unión Europea⁷⁰.

3.4 LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO OBJETIVO DEL CONVENIO A PRESTACIONES O RÉGIMENES EXCLUIDOS EN PRINCIPIO (ANEXO III)

La inicial limitación del ámbito de aplicación material del Convenio puede tener excepciones cuando dos o más Estados Parte deciden ampliar el ámbito objetivo del Convenio a las prestaciones o regímenes que en principio están excluidas del campo de aplicación. Esta ampliación solo afectaría a los Estados que así lo hayan suscrito mediante acuerdos bilaterales o multilaterales. No obstante, esta posibilidad no ha sido asumida hasta el momento por ninguno de los Estados signatarios⁷¹.

4 CONCLUSIONES

El CIMSS y el Reglamento 883/2004 son instrumentos de coordinación de seguridad social que garantizan el ejercicio de la libre circulación de trabajadores. El ámbito subjetivo de aplicación del CMISS es bastante amplio y no está condicionado al requisito de la nacionalidad, sino al del aseguramiento. En cambio, el ámbito de aplicación material, más restringido que el del Reglamento comunitario, sólo abarca las prestaciones económicas de invalidez, de vejez, supervivencia, accidentes de trabajo y de enfermedad profesional. Sin embargo, como se ha defendido, se trata de las prestaciones económicas más importantes y necesitadas de la

69 BARCELÓN COBEDO, S. Los ámbitos de aplicación objetivo y subjetivo de aplicación del convenio multilateral iberoamericano de seguridad social, obra cit. p. 92.

70 En parecidos términos ARELLANO ORTIZ, P. Campo material de aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social: un paso a la vez..., *eRevista Internacional de la Protección Social*, Vol. 2, núm. 1, 2017, pp. 127 y ss.

71 FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B. Anexo II. Prestaciones a las que no se aplican las reglas del Convenio Multilateral, obra cit., p. 145.

existencia de normas de protección. Las limitaciones del ámbito material del CMISS no suponen a largo plazo un inconveniente para alcanzar en el futuro una mayor protección de los trabajadores migrantes (que llegue también a proteger a los trabajadores informales) sino que por el contrario, dado el éxito alcanzado frente a los antecedentes normativos, es un instrumento tan eficaz como el Reglamento comunitario de la UE para la evolución y protección integral de los trabajadores migrantes del ámbito iberoamericano. Por otro lado tanto el CMISS como los Reglamentos comunitarios de coordinación de seguridad social pueden ser la base para que las instituciones europeas y la OISS puedan avanzar en el desarrollo de la cooperación entre la UE y la OISS, con la finalidad de obtener la protección de la mejora de los trabajadores migrantes que hayan realizado prestaciones de servicios en uno y otro lado del Atlántico (convenio marco sobre legislación aplicable y sobre exportación de pensiones⁷²).

5 BIBLIOGRAFÍA

ARELLANO ORTIZ, P. Campo material de aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social: un paso a la vez..., **eRevista Internacional de la Protección Social**, Vol. 2, núm. 1, 2017.

_____. La informalidad en América Latina: revisión del concepto y experiencias, **eRevista Internacional de la Protección Social**, Vol. 1, núm. 1, 2016.

ARENAS VIRUEZ, M. Los mecanismos de solución de los conflictos de interpretación y aplicación del convenio y del AACMISS en GONZÁLEZ ORTEGA, S. **El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social**, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

BARCELÓN COBEDO, S. Los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación del convenio multilateral iberoamericano de seguridad social, en GONZÁLEZ ORTEGA, S. **El convenio multilateral Iberoamericano de Seguridad Social**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

CARRASCOSA BERMEJO, D. Artículo 28. Interpretación y aplicación del convenio, **e-Revista Internacional de la Protección Social**, Vol. II, núm. 1, p. 40 y ss.

FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B. Anexo II. Prestaciones a las que no se aplican las reglas del Convenio Multilateral, Vol. 2, núm. 1, 2017.

GRZETICH LONG, A. La integración del MERCOSUR en materia de seguridad social, **IUSlabor** 3/2005.

_____. La integración del MERCOSUR en materia de seguridad social (y II): El “Reglamento administrativo para la aplicación del Acuerdo Multilateral”, **IUSlabor**, 4/2005.

72 Véase OISS: El Reglamento 883/04 y El Convenio Iberoamericano de Seguridad Social, Encuentros en el Camino, p. 42 y 46 http://www.oiss.org/IMG/pdf/oiss_junio_zufiaur_docx_hot_24_junio_ULTIMA-2.pdf.

JACOB SÁNCHEZ, F.M. La génesis del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, **e-Revista Internacional de la Protección Social**, vol. 1, núm. 2, 2016.

JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, A. Antecedentes, proceso de elaboración, significado y contenido general, en GONZÁLEZ ORTEGA, S. (Coord.) **El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

LEÓN GUERRERO, M^a M; PASTOR MARTÍNEZ, M.; MARTÍNEZ HERNANDO, M.C. Movimientos migratorios, interculturalidad y educación, **Naveg@mérica. Revista electrónica de la Asociación de Americanistas**, 2012, núm. 8, pp. 1 a 19, en <https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/36758/1/150101-561871-1-PB.pdf>

LÓPEZ DÍAZ, E.; MARTÍN JIMÉNEZ, R. Artículo 2. Campo de aplicación personal, **eRevista Internacional de la Protección Social**, Vol. 1, núm. 2, 2016.

LÓPEZ INSUA, B.M. Artículo 13. Determinación de las prestaciones, **eRevista internacional de la protección social**, Vol. 1, núm.1, 2016.

LOZANO BARÓN, W.A. Anexo V. Excepciones a la legislación aplicable, pp. 170 a 176, http://www.oiss.org/IMG/pdf/ANEXOS_ACUERDO_APLICACION_actualizacion_24_de_octubre_2016.pdf

MARTÍNEZ CHAS, J. La nueva declaración sociolaboral del Mercosur, **Revista Derecho Social y Empresa**, núm. 4 /2016.

MONSALVE CUÉLLAR, M.E. Anexo I. Regímenes a los que no se aplica el Convenio Multilateral, **eRevista internacional de la protección social**, Vol. 2, núm. 1, 2017.

OCCHI ORSARIA, N.A. Anexo III. Convenios suscritos entre Estados Parte del Convenio, **eRevista Internacional de la Protección Social**, Vol. 2, núm. 1, 2017.

_____. Anexo IV. Convenios bilaterales o multilaterales, **e-Revista Internacional de la Protección Social**, Vol. 2, núm. 1, 2017.

OISS: El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, en http://www.oiss.org/IMG/pdf/GUIA_CONVENIO_MULTILATERAL_IBEROAMERICAN_O_DE_SEGURIDAD_SOCIAL-_OCTUBRE_2013-2.pdf.

_____. El Reglamento 883/04 y El Convenio Iberoamericano de Seguridad Social. Encuentros en el camino, en http://www.oiss.org/IMG/pdf/oiss_junio_zufiaur_docx_hot_24_junio_ULTIMA-2.pdf

PANIZO ROBLES, J.A. Artículos 23 y 24. Comité Técnico Administrativo. **e-Revista Internacional de la Protección Social**, Vol. II, núm. 1, 2017

RIANO BARÓN, G.M. La OISS y sus principales programas, Seminario Iberoamericano sobre Constitucionalización de la Seguridad Social (Cartagena de Indias-Colombia-2015), http://www.oiss.org/IMG/pdf/Gina_Magnolia_Riano-Nuevos_programas_de_la_OISS-OISS.pdf (última visita 07/05/2017).

RUBIO VELASCO, M^a F. Artículo 8. Relaciones entre el presente convenio y otros instrumentos de coordinación de seguridad social. **eRevista Internacional de la Protección Social**, Vol. 1, núm. 2, 2016.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. Aproximación a la coordinación de Regímenes de Seguridad Social en el Reglamento 883/2004 y en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, **eRevista Internacional de la Seguridad Social**, Vol. I, núm. 1, 2016.

_____. Artículo 3. Campo de aplicación, **eRevista Internacional de la Seguridad Social**, Vol. I, núm. 2, 2017.

SANTOS BASSO, O. El convenio Iberoamericano de Seguridad Social y sus pautas de aplicación, **Revista Jurídica de Seguridad Social**, 19 de octubre, 2004 (Costa Rica), en <http://www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridica11/03-ENSAYO2.html>.

VALDUEZA BLANCO, M.D. Ámbito espacial y temporal del convenio iberoamericano de seguridad social en GONZÁLEZ ORTEGA, S. **El convenio multilateral iberoamericano de Seguridad Social**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

A AMÉRICA LATINA EM DESTAQUE NO DEBATE MUNDIAL: O CASO DAS REFORMAS DA PREVIDÊNCIA DESDE 1981

LATIN AMERICA HIGHLIGHTED IN THE WORLD DEBATE: THE CASE OF PENSION REFORMS SINCE 1981

Milko Matijascic¹

Stephen J. Kay²

RESUMO: Sistemas previdenciários capitalizados com regimes financeiros de contribuição definida e contas individuais foram engendrados, inicialmente, no Chile, em 1981, e adotados, também, em outros países da América Latina e ao redor do mundo nos anos 1990, mediante as chamadas reformas previdenciárias paradigmáticas. No entanto, os altos gastos administrativos, riscos financeiros, baixa cobertura populacional e custos de transição elevados revelaram a verdadeira face dessas reformas nos anos 2000, antes mesmo da grande recessão iniciada em 2008. Muitos países reverteram o curso dessas reformas, parcial ou totalmente, gerando uma onda de reforma das reformas, sendo que países como Argentina e Bolívia lideraram esse processo. No entanto, independentemente de os sistemas de previdência serem baseados em regimes de contribuição definida ou benefícios definidos, os mercados de trabalho da maioria das economias não desenvolvidas conta com altos patamares de informalidade e emprego precário, o que dificulta muito a criação de modelos eficientes e equitativos.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma da previdência; políticas sociais na América Latina; comparações internacionais

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Reformas da previdência: o protagonismo da América Latina. 3. Os problemas enfrentados pelos países que fizeram reformas paradigmáticas. 4. Reforma das reformas e a sua tipologia. 5. Dificuldades da previdência em países não desenvolvidos. 6. Conclusão. 7. Referências.

ABSTRACT: Defined contribution pension systems (first developed in Chile in 1981) were adopted in Latin America and throughout the world in the 1990s. However, the costs, risks, coverage, and onerously high transition costs became apparent in the 2000s, even before the financial crisis. Many countries reversed course, either partially or fully, leading to a reform of the reform, with countries like Argentina and Bolivia leading the way. Regardless of whether pension systems are based on individual defined contribution accounts or defined benefits, the labor markets of most emerging market economies, with high levels of informality and precarious employment, make it a difficult challenge to create an efficient and equitable pension system.

KEYWORDS: Pension reforms; social policies in Latin American countries; international comparisons.

¹Artigo enviado em 04/02/2020.

Artigo aprovado em 03/03/2020 e 27/03/2020.

Técnico em Planejamento e Pesquisa do IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Doutor em Economia pela Universidade Estadual de Campinas. Foi Assessor Especial do Ministro da Previdência.

² Diretor do Centro das Américas do Federal Reserve Bank em Atlanta e PhD em Ciência Política pela UCLA - Universidade da Califórnia em Los Angeles nos EUA.

O presente estudo expressa pontos de vista estritamente pessoais, não representando as opiniões do IPEA ou do *Federal Reserve Bank*.

Os autores agradecem com ênfase o apoio de Carla Moreno, da Emory University em Atlanta, o apoio à coleta e organização de dados. Todos os erros e omissões são de responsabilidade exclusiva dos autores.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Pension reforms: the role of Latin America countries. 3. The problems faced by countries that have made paradigmatic reforms. 4. Reform of the reforms and their typology. 5. Social security difficulties in emerging market countries. 6. Conclusion. 7. References.

1 INTRODUÇÃO

Os países da América Latina tiveram algumas iniciativas típicas das políticas de proteção social destinadas a segmentos populacionais específicos desde os tempos da colonização e essa constatação também valeu para o primeiro centenário de história após a independência desses países. Ações continuadas e baseadas em políticas de governo passaram a se verificar a partir dos anos 1930, e, sobretudo, nos anos que sucederam a Segunda Guerra Mundial. Quase todos os estudos que se debruçaram sobre o tema revelaram o quanto havia de similitudes entre os países. No entanto, afirmar que a América Latina representou um *locus* de inovação ou um modelo em termos de políticas sociais em termos institucionais não seria verossímil, pois as experiências europeias foram as verdadeiras inspirações para o que aconteceu por aqui.

Essa característica deixou de ser verdadeira quando da implantação de reformas da previdência que tanto foram propagandeadas e debatidas mundo afora nos anos 1990. Essas reformas tiveram um profundo impacto em muitos países da América Latina como a Argentina, Bolívia, Colômbia, Costa Rica, Equador, México, Peru e Uruguai para citar apenas os de maior dimensão. Todas essas reformas se inspiraram na reforma chilena de 1981, efetuada pelo General Augusto Pinochet, quando ele comandou o país. Essas reformas substituíram os modelos tradicionais baseados na solidariedade entre gerações, por outro baseado em contribuições individuais gerido por administradoras de fundos de pensão, seguindo o que se convencionou chamar de lógica de mercado.

Com o passar do tempo, esses sistemas reformados e baseados em contribuições definidas e na capitalização individual passaram a enfrentar as dificuldades tradicionais de países da América Latina, ou seja: ambientes marcados pela precarização das relações de trabalho, mercados de capitais de dimensões reduzidas e limitações na disponibilidade de investimentos adequados a fundos de grande vulto. Os resultados verificados revelaram muitos problemas, cujo resultado mais preocupante envolveu uma deterioração das finanças públicas, devido aos custos de transição de um regime de repartição para outro de capitalização, aliado à acentuada deterioração do valor dos benefícios que resultou de baixas densidades de

contribuição aliadas a elevados custos de administração e transação. Apesar de ser considerado inovador, o modelo de reformas não levou em conta os problemas históricos mais básicos desses países do continente.

Para poder analisar esse fenômeno de forte impacto na América Latina com forte repercussão na cena mundial, o capítulo que se inicia contará com as seguintes seções:

- Reformas da previdência: o protagonismo da América Latina

Os problemas enfrentados pelos países que fizeram reformas paradigmáticas

Reforma das reformas e a sua tipologia

Dificuldades da previdência em países não desenvolvidos

Ao final será apresentada a conclusão do capítulo.

2 REFORMAS DA PREVIDÊNCIA: O PROTAGONISMO DA AMÉRICA LATINA

A compreensão das reformas requer que o analista separe a proteção dos riscos de perda da capacidade de trabalho em pilares, segundo a terminologia disseminada pelo Banco Mundial (1994) e atualizada pelo Holzmann e Hinz³ ou camadas, adotadas desde meados da década passada em estudos da OIT – Organização Internacional do Trabalho. Os pilares ou camadas se justapõem e fornecem proteção por faixas de rendimento. Quanto maior for a faixa de rendimento, mais elevado o total de pilares ou camadas que acessa um segurado. Seria possível destacar os seguintes pilares ou camadas:

- **0**, conferido ao pagamento de benefícios universal sem contrapartida contributiva ou de caráter assistencial focalizado, sempre com valores fixos (*flat rate*);

1, destinado aos rendimentos de base e incentivando a solidariedade e a fixação dos valores das aposentadorias via benefícios definidos (BD). Essa é a modalidade mais usual de previdência existente mundo afora;

2, baseado em regimes financeiros de contribuição definida (CD) e na sistemática de contas individuais, sendo, ou não, de filiação compulsória; e,

3, com regras similares ao pilar 2, mas cuja adesão é necessariamente voluntária e se destina basicamente a elevar o valor das aposentadorias.

³ HOLZMANN, R.; HINZ, R. **Old-Age Income Support in the 21st Century**: The World Bank's Perspective on Pension Systems and Reform. Washington DC: The World Bank, 2006.

A quase totalidade dos complexos previdenciários nacionais mundo afora não dispõe de todas essas modalidades de forma simultânea. A literatura classificou as experiências de reforma da previdência dos anos 1980 no Chile e seguidas por outros países nas décadas de 1990 e 2000, em duas vertentes: as paradigmáticas ou estruturais e as paramétricas ou não estruturais⁴.

Nas propostas de reformas paradigmáticas, seguindo a taxonomia de Pierson⁵, o segundo pilar possui múltiplos administradores que concorrem entre si, segundo as regras de mercado, para atrair segurados, planos de contribuições definidas e um regime de capitalização plena e individual (doravante CPI). Os benefícios têm um valor correspondente ao total de contribuições efetuado e à expectativa condicional de vida no momento da aposentadoria. O terceiro pilar opera da mesma forma que o segundo, mas as contribuições para essa faixa de rendimento são voluntárias. É importante assinalar que existe o primeiro pilar que subsidia quem contribuiu e não conseguiu atingir um piso no valor das aposentadorias e algumas experiências preveem, mediante teste de meios, a concessão de benefícios assistenciais para aliviar os efeitos da pobreza na terceira idade.

As propostas de reformas paramétricas mantêm a sistemática tradicional, prevendo a filiação compulsória a um sistema público baseado em benefícios definidos e na solidariedade entre gerações, podendo haver adesão voluntária à previdência complementar em regime financeiro de capitalização. No caso da previdência complementar, é possível, ainda, contar com recursos transferidos pelos empregadores. A reforma paramétrica modifica as condições de acesso a benefícios as alíquotas de contribuição e outras medidas similares, não alterando a lógica institucional.

O quadro 1 apresenta as características essenciais de cada tipo de reforma.

4 PIERSON, P. Coping with permanent austerity: welfare state restructuring in affluent democracies. *In*: PIERSON, P. (ed.) **The new politics of the Welfare State**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

MESA-LAGO, C. Desarrollo social, reforma del Estado y de la seguridad social, al umbral del siglo XXI. Santiago de Chile, CEPAL (Serie Políticas Sociales), 2000.

5 PIERSON, P. Coping with permanent austerity: welfare state restructuring in affluent democracies. *In*: PIERSON, P. (ed.) **The new politics of the Welfare State**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

Quadro 1 - Estrutura Previdenciária Segundo a Abordagem de Reforma

Características	PARADIGMÁTICAS	PARAMÉTRICAS
<i>Pilar de capitalização e contas individuais</i>	Compulsório para todos os trabalhadores em determinada faixa de renda	Não introduz. Pode introduzir NDC - notional defined accounts –similar ao fator previdenciário do INSS até 2016
<i>Gestão de benefícios assistenciais</i>	-Estatal. (Pode não existir) -Separado da previdência	-Estatal. Tende a existir. Pode ser separada ou conjunta.
<i>Papel do Estado após as reformas</i>	-Fiscaliza e pode gerir fundos -Regulamenta	-Fiscaliza e pode gerir fundos -Regulamenta
<i>Riscos de invalidez e morte prematura</i>	-Em separado nos pilares 2 e 3 (seguradoras) -Em conjunto no pilar 1	-Em conjunto com os demais benefícios em todas as situações
<i>Riscos de acidentes de trabalho</i>	Gestão tende a se dar com instituições específicas	-Em conjunto com os demais benefícios na maioria das situações
<i>Fontes de financiamento</i>	- Impostos pilar 1 - Descontos dos rendimentos dos segurados nos pilares 2 e 3	- Impostos e contribuições de empregados e patrões no pilar 1 -Segurados e patrões nos pilares 2 e 3
<i>Regime financeiro</i>	Repartição pilar 1 e capitalização no 2 e 3	Repartição pilar 1 e repartição ou capitalização nos demais pilares
<i>Planos de benefícios</i>	Benefícios definidos, pilares 0 e 1 e contribuições definidas em 2 e 3	Benefícios definidos, pilares 0 e 1 e benefícios ou contribuições definidas nos pilares 2 e 3
<i>Regulação</i>	Estatal, com tendências à criação de agências específicas	Estatal, geralmente exercida diretamente pelo Estado
<i>Custo de transição</i>	Pago pelo Estado	Não aplicável

Fonte: Matijascic (2002)

As reformas paradigmáticas incluem medidas de caráter paramétrico. (Quadro 2).

Quadro 2 – Mudanças nos parâmetros de aposentadoria para benefícios por idade em países selecionados*

<i>País</i>	Idade de aposentadoria		Alíquotas de contribuição		Período mínimo de contribuição	
	Antes	Depois	Antes	Depois	Antes	Depois
<i>Argentina</i>	55/60	60/65	27	27	20 anos	30 anos
<i>Chile</i>	-	60/65	18,8-20,7	10	-	10 anos (assalariados)
<i>México</i>	65	65	15,5	16,5-21	500 semanas	25 anos
<i>Colômbia</i>	55/60	57/62	8	13,5-14,5	500 semanas	1.000 semanas

Fonte: Madrid (2003).

Nota: ao apresentar dois resultados, o primeiro se refere às mulheres e o segundo aos homens.

Assim, as reformas do tipo paramétrico também integram as reformas paradigmáticas que passam a contar com a constituição de *portfólio* via CPI para fins de proteção aos riscos de envelhecimento. Não existe uma abordagem única para as reformas paradigmáticas. Segundo Mesa-Lago⁶ as reformas podem ser divididas da seguinte maneira:

1) Substitutivos. A adesão ao sistema é obrigatória. Os fundos são geridos por agências privadas, supervisionadas por uma agência governamental. Este sistema substitui completamente o sistema de repartição preexistente.

Mistos. As CPI coexistem com o sistema de repartição.

Paralelos. Há concorrência entre CPI e o sistema de repartição.

6 MESA-LAGO, C. Desarrollo social, reforma del Estado y de la seguridad social, al umbral del siglo XXI. Santiago de Chile, CEPAL (Serie Políticas Sociales), 2000.

O quadro 3 apresenta alguns sistemas de previdência da América Latina de acordo com seu tipo, ano da reforma paradigmática e população incluídas neste tipo de reforma.

Quadro 3 – Reformas paradigmáticas da previdência na América Latina: características básicas

País	Anon	Tipo	Assistance social	Populace cobra
Chile	1981	Unico	Valadao de recourses	Exclaim militares e policiais
Peru	1993	Concorrência	Nenhum	Exclui militares e policiais
Argentina	1994	Integrado	Avaliação de recursos	Exclui militares e policiais
Colômbia	1994	Concorrência	Benefício mínimo	Setor privado
Uruguai	1995	Integrado	Avaliação de recursos	Setor privado
Bolívia	1997	Único	Avaliação de recursos	Todos
México	1997	Único	Nenhum	Exclui pensões por morte e invalidez
El Salvador	1998	Único	Benefício mínimo	População nascida antes de 1962
Costa Rica	2000	Integrado	Universal	Exclui servidores públicos
República Dominicana	2003	Único	Universal	Sem restrições

Fonte: FIAP.

O perfil das reformas previdenciárias paradigmáticas não é uniforme. As abordagens foram diferenciadas de acordo com as singularidades do país e com os processos políticos característicos para produzir uma reforma. Contudo, a influência chilena foi decisiva e a maioria dos argumentos em defesa da reforma foi praticamente idêntica entre os países da América Latina, conforme apontaram Matijascic e Kay⁷.

Cabe acrescentar que as reformas paradigmáticas criaram um modelo de gestão diferentes dos sistemas públicos universais também em termos de gestão. Os fundos capitalizados costumavam ser transferidos para múltiplas administradoras de fundos de pensão (AFP daqui em diante). Em alguns países, como o Chile ou o México, apenas instituições privadas poderiam gerir as AFP. Em outros países foi permitida a presença de AFP geridas pelo setor público. No entanto, é preciso enfatizar que a gestão sempre seguiu a lógica dos mercados financeiros e de capitais⁸.

3 OS PROBLEMAS ENFRENTADOS PELOS PAÍSES QUE FIZERAM REFORMAS PARADIGMÁTICAS

As reformas paradigmáticas também tinham objetivos políticos. Os reformadores, como Jose Piñera, argumentaram que, os sistemas públicos tradicionais prejudicavam os

7 MATIJASCIC, M.; KAY S. Social security at the crossroads: Toward Effective Pension Reform In Latin America. *In International social security review* (Print), 2006.. www.issa.int.

8 Idem.

trabalhadores. Já os sistemas derivados de reformas paradigmáticas humanizariam a previdência e trariam dignidade aos trabalhadores, na condição de acionistas⁹. Segundo Piñera, os trabalhadores se identificariam com as necessidades da administração depois da adoção de CPI, eliminando os conflitos preexistentes.

O fracasso político das reformas paradigmáticas se deveu à sua falta de popularidade, pois os sindicatos de trabalhadores nunca apoiaram essa iniciativa e a insatisfação cresceu muito com o tempo. A reforma previdenciária foi um tema significativo nas eleições presidenciais chilenas de 2006, 2014 e 2018 e o processo de mudanças vem sendo ininterrupto. Em 2019 e 2020, houve distúrbios civis no Chile e a insatisfação com as aposentadorias foi uma queixa central. As chamadas reformas paradigmáticas nunca conseguiram superar os seguintes dilemas:

- Embora os planos de CD sejam baseados na escolha individual, as decisões sobre investimentos e pagamentos são difíceis. Uma decisão implica numa escolha que pode ter consequências financeiras negativas e irreversíveis. Mesmo indivíduos que conheçam o funcionamento dos mercados financeiros enfrentam dificuldades para tomar decisões tão complexas. (IOPS 2014);

Se a adoção de CPI for motivada pela afirmação de que o governo administra mal, seria ele capaz de supervisioná-las bem? Se os sistemas públicos tradicionais estão propensos à manipulação política, a supervisão da CPI seguiria essa lógica. A história recente demonstra que não há razão para acreditar que a gestão privada diminui o risco político; e,

Não importa o tipo de sistema de aposentadoria, as promessas de benefícios devem ser honradas. A reforma é um processo contínuo, sujeito a demandas políticas. Mudanças nas regras e regulamentos, mesmo a mera possibilidade de mudança, podem prejudicar a sua credibilidade.

A mudança dos padrões demográficos e do mercado de trabalho também pode impulsionar o processo de reforma. Uma maior participação feminina na força de trabalho, a economia informal e maior longevidade possuem impactos financeiros nas CPI. No caso da América Latina, as reformas paradigmáticas foram criticadas por apresentar altos custos, baixos valores de benefícios, impacto negativo de gênero e baixos níveis de cobertura. As reformas posteriores, incluindo a do Chile de 2008, procuraram enfrentar esses desafios, mas as preocupações persistem, pois, as mudanças nas condições demográficas e do mercado de trabalho exigirão novas reformas.

9 PIÑERA, J.. El Cascabel al Gato: La Batalla por la Reforma Previsional. Santiago: Editora Zig-Zag, 1992, p. 49.

A reforma da previdência via CPI prometeu reduzir os custos administrativos, ampliar a base de contribuintes e beneficiários e reduzir os custos financeiros, mas, nada disso ocorreu. Quando o Banco Mundial revisou sua posição em favor da privatização e adotou uma abordagem mais cautelosa¹⁰, representando algo significativo, já antecipado por Matijascic e Kay¹¹. As detalhadas críticas desses documentos destacaram que:

- Os custos eram elevados e concorrência muito limitada;

Taxas administrativas e custos de transação elevados contribuíram para que o valor dos benefícios fosse reduzido;

A redução das alíquotas de contribuições relativas a salários não resultou na elevação do número de contribuintes ou beneficiários;

As CPI aumentaram a desigualdade de gênero;

A expectativa que o investimento em fundos de pensão nos mercados de capitais estimularia o crescimento do PIB não ocorreu e as carteiras de fundos de pensão estão concentradas em dívidas do Estado.

As conclusões de IEG¹² fizeram duras críticas aos empréstimos do Banco Mundial para apoiar reformas paradigmáticas da previdência e seus resultados não alteraram a situação preexistente. Ao focar os mercados de trabalho e os desafios políticos, IEG concluiu que o Banco Mundial deveria:

Concentre-se em reformas paramétricas com vistas a melhorar a rede de segurança e evitar a pobreza durante a velhice;

Criar estruturas para direcionar benefícios assistenciais aos mais necessitados nos países que recebessem empréstimos do Banco Mundial; e,

Incrementar a assistência técnica para obter reformas bem-sucedidas.

As reformas do tipo paradigmático prometiam oferecer custos administrativos menores, aumentar a base de contribuintes e beneficiários e reduzir os custos financeiros previstos com aposentadorias e pensões ao adotar CPI. Mas, na verdade, os resultados não superaram os

10 GILL, Indermit, PACKARD, Truman, e YERMO, Juan. **Keeping the Old-Age Promise**. Washington DC: Stanford University Press and The Worldbank, 2005.

HOLZMANN, R.; HINZ, R. **Old-Age Income Support in the 21st Century**: The World Bank's Perspective on Pension Systems and Reform. Washington DC: The World Bank, 2006.

IEG - INDEPENDENT EVALUATION GROUP. **Bank Assistance to Pension Reform and the Development of Pension Systems**. Washington: Banco Mundial. 5 de Janeiro de 2006. World Bank, (Working Paper).

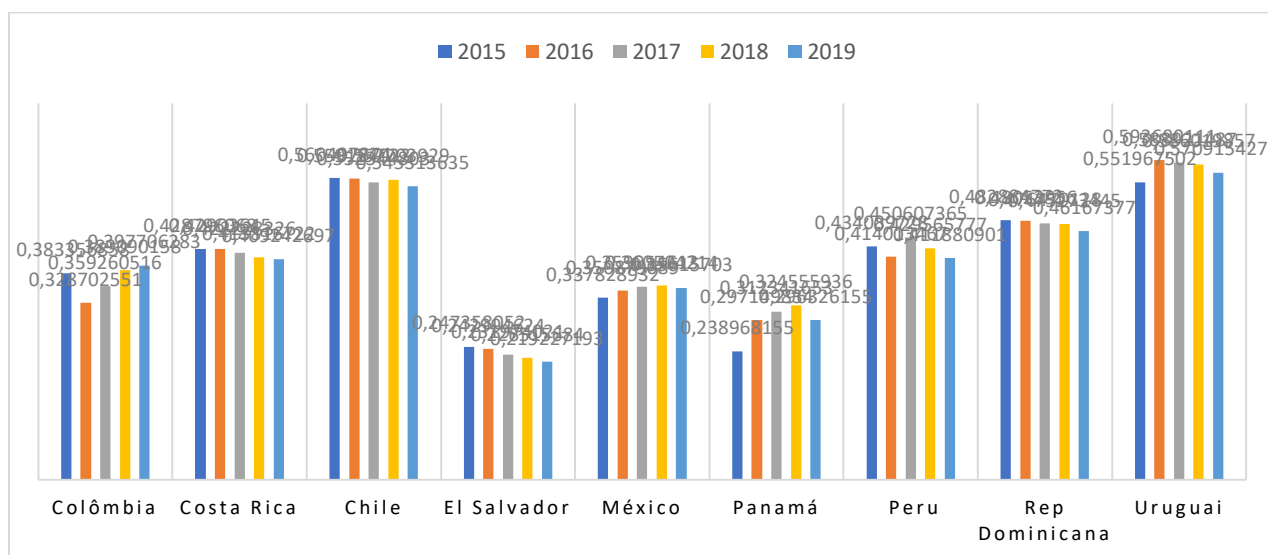
11 MATIJASCIC, M.; KAY S. **Social security at the crossroads**: Toward Effective Pension Reform In Latin America. In International social security review (Print), 2006.. www.issa.int.

12 IEG - INDEPENDENT EVALUATION GROUP. **Bank Assistance to Pension Reform and the Development of Pension Systems**. Washington: Banco Mundial. 5 de Janeiro de 2006. World Bank, (Working Paper).

problemas preexistentes, tendo introduzido novos problemas, conforme apontaram Stiglitz e Orszag¹³, Matijascic e Kay¹⁴ e IEG¹⁵.

Os resultados do processo devem ser avaliados segundo as expectativas iniciais dos reformadores. Para apresentar os resultados da evolução do sistema de previdência numa era de reformas, é necessário observar como a cobertura evoluiu. Os reformadores defenderam veementemente a reforma paradigmática como uma opção para criar um elo mais sólido entre contribuições e benefícios e incentivar a regularidade do esforço contributivo. Com base no gráfico 1, a falta de cobertura permaneceu em níveis elevados e, ao comparar com Matijascic e Kay¹⁶, não ultrapassou os patamares históricos preexistentes. Existe uma grande diferença entre países, mas é possível verificar que os patamares são estáveis e não se diferenciam de seus patamares históricos.

Gráfico 1 – Proporção de contribuintes em relação à população economicamente ativa (PEA) – em %



Fonte: FIAP (Federação Internacional de Administradoras de Fundos de Pensão)

Quando a análise destacou os beneficiários com 65 anos ou mais (gráfico 2), a conclusão foi similar. A falta de cobertura persiste em quatro países como uma questão importante, exceto para o Brasil e a Argentina, onde, atualmente, funcionam sistemas previdenciários tradicionais.

13 STIGLITZ, J. E.; ORSZAG P. R. **Rethinking Pension Reform: Ten Myths about Social Security Systems**. Washington, 1999.

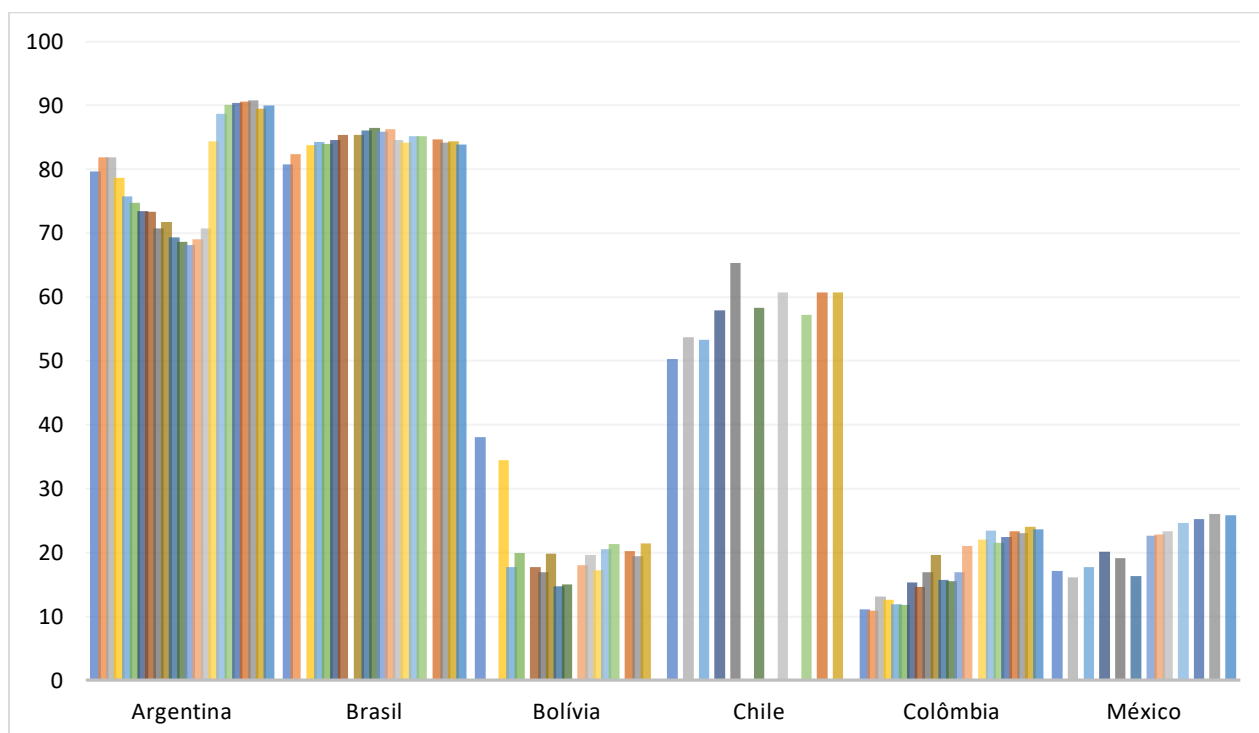
14 MATIJASCIC, M.; KAY S. Social security at the crossroads: Toward Effective Pension Reform In Latin America. In **International social security review** (Print), 2006.. www.issa.int.

15 IEG - INDEPENDENT EVALUATION GROUP. **Bank Assistance to Pension Reform and the Development of Pension Systems**. Washington: Banco Mundial. 5 de Janeiro de 2006. World Bank, (Working Paper).

16 MATIJASCIC, M.; KAY S. Social security at the crossroads: Toward Effective Pension Reform In Latin America. In **International social security review** (Print), 2006.. www.issa.int.

A recuperação da Argentina, retomando patamares históricos no período mais recente coincide com a recuperação da economia e com o fim das CPI. Países como México e Colômbia introduziram sistemas de previdência depois de 1940 e ainda estão em fase de maturação, o que explica a cobertura crescente, embora reduzidos.

Gráfico 2 - Proporção da população de 65 anos ou mais em países selecionados que recebe benefícios previdenciários entre 1992 e 2014- %



Fonte: Inter-American Development Bank. Labor Markets and Social Security Indicators System (SIMS).

Uma das motivações básicas para a reforma paradigmática era aperfeiçoar a eficiência e reduzir custos. No entanto, a concorrência tem sido limitada, visto que a maioria do mercado dos fundos de pensão converteu-se em oligopólios. De maneira geral, os fundos de pensão não concorrem em termos de preço. Enquanto os reformadores argumentavam que a competição reduziria os custos administrativos, isso não ocorreu. A título de exemplo, enquanto os retornos no Chile tiveram uma média de 11% entre 1982 e 2003, o retorno efetivo foi de apenas 5,3%; ao deduzir o custo administrativos e das comissões. Segundo Gill *et al*¹⁷, cerca de 25% de cada conta foi destinada a pagar esses custos, constatando que os mesmos não poderiam ultrapassar 2% sem inviabilizar as CPI.

17 GILL, Indermit, PACKARD, Truman, e YERMO, Juan. **Keeping the Old-Age Promise**. Washington DC: Stanford University Press and The Worldbank, 2005.

Arza¹⁸, usando os dados da conta individual de pensão da Argentina, mostra que a média das taxas de retorno efetivas anuais para o período entre 1994 e 2007 equivaleu a 1,4% depois de deduzidas as taxas e custos administrativos. Na hipótese de a dedução considerar exclusivamente os custos administrativos, a taxa de retorno seria de 4%, ou seja, inferior à taxa de retorno presumida do regime de repartição de 4,6%. A taxa de juros nominal de um depósito por prazo fixo de 60 dias é mais alta que o retorno nominal do fundo de pensão – livre de taxas administrativas – para o período 1994–2006; ou seja, 10,4%, contra 8,4% nos fundos de pensão privados.

Uma das expectativas centrais em relação à reforma paradigmática era que as CPI contribuiriam para a criação de mercados de capital que estimulassem o crescimento do PIB, segundo o Banco Mundial (1994), ativando-os e elevando a poupança nacional e estimulando o crescimento econômico. Isso não aconteceu. A maioria dos países não teve aumento das taxas de poupança, segundo Holzmann e Hinz¹⁹.

O IEG²⁰ acompanhou a capitalização de mercado antes e depois da reforma previdenciária, constatando que os níveis tendiam a permanecer baixos e estáveis. De fato, o tamanho reduzido dos mercados era um risco, já que a demanda permanecia alta para um número muito limitado de títulos locais, elevando artificialmente os preços.

Reformas paradigmáticas converteram direitos previdenciários em dívida pública. Nos países que promoveram as CPI, as contribuições destinadas ao sistema público foram utilizadas para financiar os custos de transição associados às reformas. Esse custo financia o pagamento de antigas aposentadorias, pois os recursos pós reformas constituem fundos que dão lastro às CPI. para lidar com essa situação, uma parcela significativa das carteiras de AFP são investidos em dívida pública. Na busca de diversificação de investimentos, muitos recursos precisaram ser investidos em mercados estrangeiros, como no caso chileno. Isso reduziu o risco, mas pouco contribuiu para o crescimento econômico doméstico. A tabela 1 apresenta indicadores revelando a importância do estoque do portfólio das AFP destinado a títulos estatais em diferentes países.

18 ARZA, C. The limits of pension privatization: lessons from Argentine experience. **World development**, v. 36, n. 12, p. 2.696-2.712, 2008, p. 2.704-2.705.

19 HOLZMANN, R.; HINZ, R. **Old-Age Income Support in the 21st Century**: The World Bank's Perspective on Pension Systems and Reform. Washington DC: The World Bank, 2006.

20 IEG - INDEPENDENT EVALUATION GROUP. **Bank Assistance to Pension Reform and the Development of Pension Systems**. Washington: Banco Mundial. 5 de Janeiro de 2006. World Bank, (Working Paper).

Tabela 1 - Portfolio dos fundos de pensão em países e anos selecionados – em %

País	Ano	Estatal	Empresas	Financeiro	Estrangeiro	Outros
Argentina	1996	55	27	17	0	0
	2006	55	14	20	10	1
Colômbia	1996	20	11	62	-	8
	2006	47	20	18	14	0
	2012	40	27	16	14	1
	2018	37	13	13	35	-1
Chile	1996	42	33	25	1	0
	2006	13	27	27	32	0
	2012	21	22	18	38	0
	2018	21	16	22	41	1
México	1999	95	2	0	-	2
	2006	73	17	1	6	0
	2012	50	29	2	15	0
	2018	49	34	2	14	0

Fonte: FIAP (Federação Internacional de Administradoras de Fundos de Pensão).

A revisão do posicionamento do Banco Mundial sobre as reformas da previdência e as limitações das propostas centradas em CPI é um marco para o debate internacional recente. Gill, Yermo e Packard²¹; Holzmann e Hinz²² e, o IEG²³, composto por técnicos e consultores externos do Banco Mundial assumiram um posicionamento mais cauteloso em relação às propostas de Banco Mundial (1994) que recomendavam veementemente a adoção a abordagem paradigmática (ou multipilar, segundo a sua nomenclatura interna do Banco) para a maioria das situações. Entre as qualificações que fazem os documentos existem críticas como:

- Os custos foram muito elevados e a concorrência não operou como o previsto;

As comissões administrativas ou de transação de bens e títulos muito elevadas degradaram o valor dos benefícios;

A redução do valor das alíquotas incidente sobre os salários não resultou em aumento do contingente de contribuintes ou de beneficiários;

A poupança não aumentou *ad hoc* e não foi uma influência decisiva para a retomada da atividade econômica; e

21 GILL, Indermit, PACKARD, Truman, e YERMO, Juan. **Keeping the Old-Age Promise**. Washington DC: Stanford University Press and The Worldbank, 2005.

22 HOLZMANN, R.; HINZ, R. **Old-Age Income Support in the 21st Century**: The World Bank's Perspective on Pension Systems and Reform. Washington DC: The World Bank, 2006.

23 IEG - INDEPENDENT EVALUATION GROUP. **Bank Assistance to Pension Reform and the Development of Pension Systems**. Washington: Banco Mundial. 5 de Janeiro de 2006. World Bank, (Working Paper).

Os mercados de capitais continuaram com baixos níveis de capitalização e foi mantida a concentração do *portfolio* em títulos emitidos pelo Estado.

Partindo de IEG²⁴, é possível afirmar que existe um juízo crítico sobre as ações empreendidas pelo Banco Mundial ao efetuar empréstimos destinados à reforma da previdência. A crítica central conclui que as reformas não conseguiram alterar a situação preexistente e uma parcela muito significativa deles não foi superada, conforme aponta o quadro 4. Não foi proposto um receituário alternativo ao contrário da postura adotada por Banco Mundial (1994).

Quadro 4 - Banco Mundial: Problemas pendentes após conceder apoios à reforma da previdência

PROBLEMAS PENDENTES	PAÍSES
Baixa cobertura	Cazaquistão, Kirguistão, Peru, Argentina (declinando), Rússia (declinando)
Não consegue aliviar a pobreza	Bulgária (mulheres), China, México, Rússia, Uruguai
Déficits fiscais persistentes	Argentina, Bolívia, Brasil, Coréia (longo prazo), Uruguai
Problemas atuariais	Kirguistão, Uruguai, México (necessita de modelo mais consistente)
Setor financeiro reduzido	Bulgária, China, Macedônia, Rússia, Uruguai
Comissões muito elevadas	Hungria, Peru
Sistemas de previdência adicionais	México, Peru
Benefícios de valor elevado	Brasil, Peru
Apoio técnico lento e ineficaz	Hungria, Lituânia

Fonte: Independent Evaluation Group - IGE (2006, p. 70)

As conclusões do IEG²⁵ apontam as principais recomendações para que, no futuro, o Banco Mundial:

- Dê mais atenção às reformas paramétricas, elevando a rede de segurança básica para evitar a pobreza durante a velhice;

Crie diretrizes para uma assistência focalizada nas necessidades dos países que recebem ajuda; e

Aumentem a assistência técnica para garantir reformas bem-sucedidas e de boa qualidade em matéria de resultados.

Outro documento de grande importância foi lançado pelo governo do Chile. Trata-se do ICAP - Informe del Consejo Asesor Presidencial para la Reforma del Sistema Provisional²⁶. O documento apresentou conclusões essenciais, pois:

24 Idem.

25 O Chile, que não foi analisado pelo IGE (2006) por não ter necessitado de empréstimos para promover as reformas nos anos 1990 apresentou conclusões muito similares às do relatório que tratou da atuação do Banco Mundial no âmbito da assistência às reformas da previdência, conforme apontaram Gill et al. (2006).

26 ICAP – INFORME DEL CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL PARA LA REFORMA PREVISIONAL. **El derecho a una vida digna en la vejez:** hacia un contrato social con la prevision en Chile. Santiago: Presidencia de la República de Chile, 2006.

- Reconheceu que a metade dos trabalhadores não terá acesso a aposentadoria mínima. A comissão recomendou um benefício solidário que atenderia até 60% da PEA - população economicamente ativa.

Previu medidas para aumentar a concorrência e baixar custos, estimulando, mais especificamente a terceirização de funções administrativas e descontos de cobrança para grupos dos trabalhadores associados.

Diante da profusão de documentos que tratam das reformas paradigmáticas, seria possível, inclusive, afirmar que os consensos foram corrigidos. Decorre daí ser necessário verificar como se deu o processo de reforma das reformas que se seguiu a essa onda de avaliações críticas que tomaram por base os resultados das reformas dessa natureza, com destaque para os da América Latina e seus problemas de adaptação a esse cenário.

4 REFORMA DAS REFORMAS E A SUA TIPOLOGIA

Em 2004, a tendência das CPI havia atingido o ápice. Naquele ano, a Nicarágua desistiu de sua reforma, pois ela elevaria os déficits fiscais e a cobertura de trabalhadores seria limitada. A reversão da Nicarágua foi parte de uma tendência mais ampla no sentido de reexaminar as CPI, com foco específico nos custos administrativos, cobertura e custos fiscais e dos problemas decorrentes da adaptação problemática das reformas paradigmáticas às condições econômicas e sociais da América Latina.

Depois de 2005, as reformas com base em CPI começaram sua espiral descendente, quando os governos adotaram três abordagens básicas para efetuar a reforma da reforma. Na esteira da oposição política à CPI, alguns países adotaram medidas para fortalecer seus sistemas de CPI e, ao mesmo tempo, expandiram a cobertura por meio de novos benefícios não-contributivos. Outros países basicamente reduziram seus sistemas de CPI. Os demais países eliminaram seus sistemas de CPI. (Quadro 5).

Quadro 5 – Medidas de reformas da reforma em países selecionados

País	Ações de políticas públicas	Ano
Chile	Novo pilar de solidariedade estatal, protesto em massa contra DC	2017
Peru	Manter 95% dos fundos como montante fixo na aposentadoria	2016
Bolívia	Governo assume a gestão do sistema de CPI	2011-16
Argentina	Encerrado o sistema de CPI	2009

Fonte: Ornstein (2013).

O quadro 6 apresenta os três padrões de reforma da reforma desde 2008 mundo afora.

Quadro 6 – Tipologia das reformas da reforma em países selecionados

Consolidação: Segunda geração de reformas	Enfraquece as CPI	Elimina as CPI
Chile (2008) Colômbia (em processo) Uruguai (em processo)	Bulgária (2007) Estônia (2009) Letônia (2009) Lituânia (2009) Polônia (2011) Macedônia (2011) Croácia (2011) Eslováquia (2012) Peru (2016) El Salvador (2016)?	Argentina (2008) Hungria (2011) Cazaquistão (2013) Polônia (2014) Rússia (2015) Bolívia (2011-2016) Rep. Checa (2016) Romênia (2017)

Fonte: Ornstein (2013) e Ortiz et al. (2019).

O Chile aprovou a primeira grande reforma de segunda geração, baseada em propostas da Comissão Marcel²⁷, que havia sido apontada pela presidente Michelle Bachelet em 2006, logo que assumiu o cargo. Em 2014, ela propôs outra reforma, argumentando que o valor das aposentadorias era insuficiente²⁸, e a discussão sobre a reforma continuou durante a campanha eleitoral de 2017 - México, Peru e Uruguai - também adotaram medidas para reduzir custos e aumentar a concorrência. No entanto, apesar desses esforços para enfrentar esses desafios, a oposição política aos sistemas de CPI persistiu. Ainda no Chile, os protestos políticos em 2016 e 2017 levaram a novas propostas de reformas, incluindo uma contribuição de solidariedade patronal, que seria administrada por uma agência estatal. Mais mudanças devem decorrer dos protestos de 2019 e 2020.

O segundo conjunto de países seguiu um caminho muito diferente. Este caminho de reforma consistiu em reduzir, por um período predeterminado ou indefinido, o sistema de contribuição definida. Os países que o implementaram incluíram a Estônia, a Letônia, a Lituânia, a Polônia e a Eslováquia, e até certo ponto a Bolívia, que introduziu maior redistribuição. Isso significava que as contribuições para contas individuais eram reduzidas e, em certa medida, desviadas para o sistema público de repartição, a fim de permitir que o governo cumprisse suas obrigações fiscais. Os cortes nas contribuições resultarão em menos capital sendo acumulado em contas individuais. A duração dessas medidas variou, mas, com exceção da Bolívia, a principal motivação para o enxugamento foi reforçar as finanças públicas durante um período de crise econômica, quando a disponibilidade de financiamento externo era limitada²⁹.

27 Idem.

28 ROMO, S. Pensiones: Bachelet anuncia grupo de expertos y pide 'propuesta contundente'. **La Nación**, April 29, 2014.

29 Além disso, os países que pretendem aderir à Zona do Euro foram obrigados a respeitar os critérios de Maastricht no que diz respeito aos déficits fiscais (Egert 2012).

O exemplo mais interessante dessa nova estratégia é o Peru, onde as novas regras permitiram que os trabalhadores retirassem 95,5% de suas economias na aposentadoria, liberando grandes retiradas para questões envolvendo a saúde e a moradia. O país reduziu drasticamente o tamanho de seus sistemas de CPI, baixando as taxas de contribuição e redirecionando esses fundos para o sistema público de BD.

O terceiro conjunto de países desmantelou as CPI. Tanto na Argentina em 2009 como na Hungria em 2011, os governos apreenderam os ativos e os trabalhadores foram transferidos para o sistema público de BD³⁰. O controle do sistema CD pela Bolívia tornará as CPI inviáveis. A Rússia apropriou-se dos ativos dos fundos de pensão não-estatais privados, desviou as contribuições do CD para o sistema de BD e tornou o sistema CD voluntário, o que deve eliminar as CPI³¹.

Em suma, as CPI foram baseadas num modelo cujas concepções das sociedades eram idealizadas, ao considerar que a grande maioria possui empregos estáveis, aliados a sistemas de regulação maduros e mercados financeiros e de capitais amplos e com capacidade de absorver esses recursos, redirecionando-os com agilidade e eficácia para o investimento que, *per se*, geraria o crescimento acelerado e em bases sustentáveis. Nada disso ocorreu. Decorre daí a volta da abordagem paramétrica como alternativa de política pública em meio aos desafios do novo milênio que ainda precisa superar problemas econômicos e sociais, não superados pelas reformas paradigmáticas.

5 DIFICULDADES DA PREVIDÊNCIA EM PAÍSES NÃO DESENVOLVIDOS

Um problema sério para gerar crise na previdência está relacionado com o mercado de trabalho que pouco foi debatido ao propor reformas paradigmáticas ou mesmo reformas paramétricas de uma forma geral. Nos países não desenvolvidos, como os da América Latina, é normal haver um elevado contingente da população em idade ativa (PIA), que não tem acesso a direitos trabalhistas e sociais por parte dos empregadores, estando inserido em ocupações precárias e, em contrapartida, contam com contingentes populacionais em situação de risco

30 FULTZ, E. The Retrenchment of Second-tier Pensions in Hungary and Poland: A Precautionary Tale. *In International Social Security Review*. Vol. 65, No. 3, 2012.

31 SOKHEY, S. 2014. Russian Reversal of Privatization presented at **American Political Science Association Meeting**, Washington DC.

quanto à perda da capacidade de trabalho, quando comparada a países considerados desenvolvidos³².

A partir dos esforços da OIT em compilar indicadores, foi possível comparar os contingentes de contribuintes e de beneficiários com benefícios que decorrem ou não de contribuição. A tabela 2 focaliza especificamente a questão dos contribuintes em relação à população em idade ativa, revelando o problema crucial do elevado número de não contribuintes para a previdência em países não desenvolvidos.

Tabela 2 - Cobertura da população em idade ativa e idosa em países selecionados para 2011 - em %

País	Contribuintes sobre a população de 15 a 64 anos - 2014	Cobertura da população de 65 de idade ou mais- 2011		
		Total	Contributivos	Não Contributivos
<i>Brasil</i>	39,2	86,3	50,0	36,3
<i>Argentina</i>	29,9	90,7	63,6	27,1
<i>México</i>	18,8	25,2	3,0	22,2
<i>Chile</i>	41,4	74,5	29,5	45,0
<i>China</i>	55,9	74,4	32,2	42,1
<i>Índia</i>	8,0	24,1	9,9	14,2
<i>Itália</i>	61,0	81,1	75,1	6,0
<i>Alemanha</i>	68,6	100,0
<i>Suécia</i>	67,5	100,0	52,0	48,0
<i>Estados Unidos</i>	78,5	92,5	87,6	4,9

Fonte: ILO (2015, 2017)

De acordo com a tabela 2, os países desenvolvidos possuem um total de contribuintes muito superior aos não desenvolvidos. Mas, mesmo entre esses últimos as diferenças são muitas, pois existem aqueles com resultados muito baixos como a Índia e o México, em oposição à China, cujos valor se aproximam daqueles de países desenvolvimento. Os chilenos possuem dados relativamente elevados nesse contexto, não detendo, porém, indicadores muito superiores aos do Brasil, com níveis de renda *per capita* inferiores. As reformas chilenas de 1981, que passaram a privilegiar as CPI, não superaram os patamares de contribuintes existentes nos períodos anteriores às reformas. Os países europeus estão em situação melhor e os Estados

32 Foram selecionados quatro países desenvolvidos (Itália, Alemanha, Suécia e Estados Unidos) e seis não desenvolvidos (Argentina, Brasil, Chile, China e Índia). Os critérios de seleção foram explicitados por Matijascic (2016).

Para os países desenvolvidos foi adotada a tipologia de Esping-Andersen (1990) e incluída a Itália que, segundo Ferrera (1993), seria uma importante representante do que ele chama de modelo mediterrâneo. A Itália é um caso interessante para analisar países da América Latina, conforme apontou Matijascic (2016). Na América Latina foram selecionados os países com maiores populações, como Argentina, Brasil e México, além do Chile, o caso mais exemplar das reformas do tipo paradigmático. China e Índia também foram selecionadas como países de grande extensão territorial e populacional, com algumas similaridades com a América Latina, típicas de países não desenvolvidos

Unidos merecem destaque, o que se explica pelo fato de suas políticas sociais privilegiarem o *workfare*, conforme apontaram importantes estudos como o de Esping-Andersen e Myles³³.

Em relação à cobertura de benefícios, a diferença entre os países desenvolvidos e os demais são menores, pois existe um número maior de beneficiários em países em desenvolvimento que o de contribuintes, considerando ILO³⁴. Esse indicador não considera os beneficiários em potencial, ou seja, os dependentes dos segurados que terão direito a pensões por morte, mesmo sendo idosos e não beneficiários da previdência. A diferença mais marcante diz respeito à dissociação entre benefícios contributivos e não contributivos, onde existe uma presença bem mais destacada em países não desenvolvidos. Isso se explica pelo fato de seus mercados de trabalho serem mais instáveis e de haver necessidades de pagamentos de prestações que não sejam estritamente contributivas para quem não teve ocupações regulares e com direitos sociais. A questão envolvendo esse contingente foi detalhada na tabela 3.

Tabela 3 - Proporção de trabalhadores inseridos em ocupações potencialmente frágeis em relação ao cumprimento dos direitos sociais em países e anos selecionados - em %

<i>Países</i>	Não assalariados	Conta-própria	Domésticos	Rurais
	2014	2014	2008	2014
<i>Brasil</i>	29,6	22,4	7,8	15,3
<i>Argentina</i>	23,3	19,2	7,9	0,6
<i>México</i>	31,7	22,4	4,2	13,4
<i>China</i>	32,9	28,2	n.d	36,7
<i>Índia</i>	76,4	66,4	1,0	42,2
<i>Itália</i>	23,8	16,2	1,8	3,7
<i>Alemanha</i>	10,4	5,6	0,5	1,5
<i>Suécia</i>	9,8	6,3	0,1	2,0
<i>Estados Unidos</i>	9,3	6,0	0,5	1,6

Fontes: FAO (2015), ILO (2013), ILO stat.

A tabela 3 confirma o que Gillion *et al.*³⁵ afirmavam, ou seja, que países com menor assalariamento e com maior participação de trabalhadores conta-própria, rurais (economia familiar) e domésticos, que é assalariada, mas, cuja inserção laboral é reconhecidamente mais precária, apresentam maiores dificuldades para elevar o número de contribuintes para a previdência. A tabela 2 comprova isso, pois todos os países não desenvolvidos apresentam essa

33 ESPING-ANDERSEN, G.; MYLES, J. **The Welfare State and Redistribution**. Unpublished manuscript. 2007. http://dcpis.upf.edu/~gosta-esping-andersen/materials/welfare_state.pdf

34 ILO (International Labour Office). **World social protection Report 2014/15: Building economic recovery, inclusive development and social justice**– Geneva: ILO, 2015.

35 GILLION, C.; TURNER, J.; BAILEY, C.; LATULIPPE, D. **Social security pensions: development and reform**. Geneva: ILO, 2000.

situação, ao contrário dos desenvolvidos. Cabe destacar, segundo Matijascic e Kay³⁶, que mesmo a condição de assalariamento na América Latina não garante que o trabalhador tenha os seus direitos sociais respeitados. Isso gera consequências em termos de não cobertura, de acordo com a tabela 4.

Tabela 4 – Grupos populacionais cobertos por benefícios sociais em dinheiro em países selecionados em 2014 - valores em %

<i>Países</i>	<i>Crianças</i>	<i>Maternidade</i>	<i>Invalidez</i>	<i>Desemprego</i>	<i>Idosos</i>	<i>Vulneráveis</i>
<i>Brasil</i>	96,8	45,0	100,0	7,8	78,3	42,0
<i>Argentina</i>	84,6	34,0	n.d	7,2	89,3	45,3
<i>Chile</i>	93,1	44,0	100,0	45,6	78,6	18,8
<i>México</i>	25,0	n.d	n.d	n.d	64,1	34,0
<i>China</i>	2,2	15,1	n.d	18,8	100,0	27,1
<i>Índia</i>	n.d	41,0	5,4	n.d	24,1	14,0
<i>Itália</i>	n.d	100,0	100,0	37,8	100,0	n.d
<i>Alemanha</i>	100,0	100,0	73,6	100,0	100,0	96,0
<i>Suécia</i>	100,0	100,0	100,0	25,9	100,0	100,0
<i>Estados Unidos</i>	n.d	n.d	100,0	27,9	100,0	31,0

Fontes: ILO (2017).

Os resultados da tabela 4 revelam haver uma tendência a uma maior cobertura em países desenvolvidos. Essas diferenças refletem as peculiaridades de cada caso. A cobertura entre crianças cresceu em países não desenvolvidos devido à consolidação de programas do tipo *conditional cash transfers* (CCT) após os anos 1990. As baixas cobertura para maternidade, desempregados e vulneráveis em países não desenvolvidos reflete a precarização do mercado de trabalho. Em geral, entre os idosos, a cobertura de países não desenvolvidos não é pequena, mas é inferior à de países desenvolvidos que, além de possuírem mercados laborais com baixos níveis de precarização, buscam oferecer garantias de rendimentos para idosos sem estrita relação com a contribuição para a previdência. De um modo geral, México e Índia são os que apresentam as situações mais frágeis em termos de cobertura desses grupos populacionais.

No Brasil e em países com um perfil assemelhado, a estrutura de ocupação, a parcela da população rural e o emprego doméstico afetam a densidade de contribuições para a previdência³⁷. Nessas condições, a capitalização elevou ainda mais o nível de precariedade das

36 MATIJASCIC, M.; KAY S. Social security at the crossroads: Toward Effective Pension Reform In **Latin America. In International social security review** (Print), 2006.. www.issa.int.

37 Em matéria de densidade de contribuições, ou seja, o número de contribuições efetivas de um indivíduo ao longo de sua vida laboral, os dados chilenos merecem atenção, ao considerar os resultados apresentados por CAPSP (2015). Essa densidade de contribuições era de apenas 35,4% em média ao considerar a PIA chilena. Os valores eram superiores para populações entre 35 e 50 anos de idade, para aqueles com maior rendimento ou nível de escolaridade.

O Brasil não possui um indicador tão preciso, mas, ao considerar os dados do Anuário Estatístico da Previdência Social publicados pelo INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), é possível observar que entre os benefícios concedidos, apenas 24% tiveram uma carga contributiva plena, ou seja de 30 anos para as mulheres e 35 anos para

condições de trabalho ao impor 20 anos de contribuição. Isso reforçar a perda de direitos sociais para amplos contingentes de trabalhadores, o que dificulta a transferência de renda aos idosos e reduz a proteção contra a perda da capacidade de trabalho.

6 CONCLUSÃO

Conforme apontaram Stiglitz e Orszag³⁸ e Barr³⁹, foi simplório, no caso dos defensores de reformas paradigmáticas, compararem modelos puramente idealizados com base numa estrita lógica mercantil de previdência, com os modelos universais em funcionamento. Muitos dos problemas inerentes à estrutura institucional em funcionamento e às capacidades de gestão somente vieram à tona depois da efetiva adoção das reformas paradigmáticas. Soluções técnicas não são capazes, *per se*, de superar obstáculos sociais profundamente enraizados. A maioria dos problemas efetivos da previdência em países da América Latina ou não desenvolvidos em geral está relacionada à estrutura de ocupação, à economia e às estruturas de mercado de capitais, ainda que o custeio, a gestão e a cobertura do benefício não devam ser negligenciados.

A situação dos sistemas previdenciários, após a introdução de reformas paradigmáticas ou estruturais, não apresentou os resultados esperados pelos reformadores, como Piñera⁴⁰, no Chile, ou daqueles que defenderam essa abordagem, como o Banco Mundial (1994), buscando gerar um novo referencial para países do chamado terceiro mundo. Quando os resultados passaram a ser avaliados de forma sistemática com base em indicadores regulares foi possível perceber que:

- a gestão se revelou onerosa e sua eficiência foi colocada em xeque;
- a cobertura de contribuintes não superou os baixos patamares históricos; e
- os custos de transição foram muito maiores que os previstos, deteriorando as finanças públicas, pois o Estado teve que pagar os antigos aposentados, financiar os bônus de transição e deixou de receber as contribuições.

Mesmo os efeitos sobre a economia e a estrutura social foram questionados, pois:

- não existe evidência que a poupança tenha aumentado;

os homens; outros 21% representaram uma carga contributiva parcial, para aposentadorias por idade e os demais 55% para aposentados rurais ou para benefícios de prestação continuada previstos pela LOAS (Lei Orgânica da Assistência Social). Ou seja, prever CPI em tais condições significa atender um público muito restrito.

38 STIGLITZ, J. E.; ORSZAG P. R. **Rethinking Pension Reform: Ten Myths about Social Security Systems**. Washington, 1999.

39 BARR, N. Pensions: overview of the issues. **Oxford review of economic policy**, v. 22, n. 1, p. 1-14, 2007.

40 PIÑERA, J.. **El Cascabel al Gato**: La Batalla por la Reforma Previsional. Santiago: Editora Zig-Zag, 1992

os mercados de capitais não absorveram a oferta de recursos via fundos previdenciários e esses recursos foram desviados para a dívida pública; e,

os mercados de trabalho continuaram apresentando rendimentos baixos e reduzido grau de formalização, o que diminuiu a densidade de contribuições e inibiu a viabilidade do sistema de contas previdenciárias individuais.

O balanço, apesar de crítico, não pode ser considerado estritamente negativo. O debate aumentou muito o nível de compreensão sobre o tema e a introdução do conceito de pilares ou camadas foi decisiva para o aumento de maturidade em torno desse tema. Hoje todos sabem ser necessário reforçar a transferência de tributos que não incidam somente sobre a folha salarial. Além disso, existe uma percepção mais acurada dos problemas engendrados pela precarização que sempre permeou os mercados de trabalho de países da América Latina.

Isso não significa, porém, que possa haver uma substituição das fontes de financiamento, pois a folha salarial é a que melhor relaciona a contribuição ao direito social, não estando sujeita a tantas manipulações nos valores dos benefícios. As CPI se mostraram bem adaptadas ao último pilar, que permite elevar a renda na inatividade, mas exige o esforço voluntário e individual do segurado desejoso de ter proventos mais elevados.

Além disso, se as contas individuais apresentam problemas importantes, isso não significa que deva haver um repúdio aos regimes financeiros de capitalização. Essa sistemática permite constituir reservas para períodos de transição demográfica e pode ser um grande auxílio em períodos de menor nível de atividades. Regimes de capitalização coletiva podem representar uma excelente solução técnica, se geridos com cautela e monitorados pelas sociedades de cada país.

As possibilidades estão abertas, portanto, para buscar caminhos novos para a previdência e para as políticas sociais como um todo. Existe a necessidade imperiosa de engendrar soluções mais harmônicas em relação ao cenário econômico e social da América Latina, permitindo superar as dificuldades de um período marcado por equívocos que resultaram em mudanças profundas e negativas na vida das pessoas. Buscar soluções que resultem numa melhor interação entre o econômico e o social é essencial para a promoção do desenvolvimento nos países da América Latina.

7 REFERÊNCIAS

ARZA, C. The limits of pension privatization: lessons from Argentine experience. **World development**, v. 36, n. 12, p. 2.696-2.712, 2008.

BARR, N. Pensions: overview of the issues. **Oxford review of economic policy**, v. 22, n. 1, p. 1-14, 2007.

CAPSP - Comisión Asesora Presidencial sobre el Sistema de Pensiones. **Resultados del sistema de pensiones: cobertura y suficiencia**. Santiago do Chile: Presidência da República. 2015.

ÉGERT, B. The Impact of Changes in Second Pension Pillars on Public Finances in Central and Eastern Europe, **OECD Economics Department Working Papers**, No. 942 OECD Publishing. 2012. <http://dx.doi.org/10.1787/5k9fltdtxbr6-en>

ESPING-ANDERSEN, G. **The three worlds of welfare capitalism**. Cambridge: Polity Press, 1990.

ESPING-ANDERSEN, G.; MYLES, J. “The Welfare State and Redistribution.” Unpublished manuscript. 2007. http://dcpis.upf.edu/~gosta-esping-andersen/materials/welfare_state.pdf

FAO ([Food and Agriculture Organization](#)). **FAO Statistical Yearbooks 2015**. World food and agriculture. Roma: FAO, 2015.

FERRERA, M. M. S. **Política e reformas sociais nelle democrazie**. Bologna: Il Mulino, 1993.

FULTZ, E. The Retrenchment of Second-tier Pensions in Hungary and Poland: A Precautionary Tale, **International Social Security Review**. Vol. 65, No. 3, 2012.

GILL, Indermit, PACKARD, Truman, e YERMO, Juan. **Keeping the Old-Age Promise**. Washington DC: Standford University Press and The Worldbank, 2005.

GILLION, C.; TURNER, J.; BAILEY, C.; LATULIPPE, D. **Social security pensions: development and reform**. Geneva: ILO, 2000.

HOLZMANN, R.; HINZ, R. **Old-Age Income Support in the 21st Century: The World Bank’s Perspective on Pension Systems and Reform**. Washington DC: The World Bank, 2006.

ICAP – INFORME DEL CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL PARA LA REFORMA PREVISIONAL. **El derecho a una vida digna en la vejez: hacia un contrato social con la prevision en Chile**. Santiago: Presidencia de la República de Chile, 2006.

IEG - INDEPENDENT EVALUATION GROUP. **Bank Assistance to Pension Reform and the Development of Pension Systems**. Washington: Banco Mundial. 5 de Janeiro de 2006. World Bank, (Working Paper).

ILO (International Labour Office). **Domestic workers across the world: global and regional statistics and the extent of legal protection**. Geneva: ILO, 2013.

ILO (International Labour Office). **World social protection Report 2014/15: Building economic recovery, inclusive development and social justice**– Geneva: ILO, 2015.

MATIJASCIC, M. **Previdência pública brasileira em uma perspectiva internacional: custeio, benefícios e gastos**. Texto para Discussão no 2188 Brasília: IPEA. 2016.

MATIJASCIC, M.; KAY S. Social security at the crossroads: Toward Effective Pension Reform In Latin America. In **International social security review** (Print), 2006.. www.issa.int.

MESA-LAGO, C. Evaluación de un cuarto de siglo de reformas, **Revista de la CEPAL**, No. 84 (December). Santiago, Economic Commission for Latin America and the Caribbean, 2004.

MESA-LAGO, C. **Desarrollo social, reforma del Estado y de la seguridad social, al umbral del siglo XXI**. Santiago de Chile, CEPAL (Serie Políticas Sociales), 2000.

ORNSTEIN, MITCHELL A. Pension Privatization: Evolution of a Paradigm, **Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions**. 2013.

ORTIZ, I; DURÁN-VALVERDE, F; URBAN, S; WODSAK, V e YU, Z. La reversión de la privatización de las pensiones (2000/18). In **ESS – Documento de trabajo núm. 63**. Ginebra: ILO, 2019.

PIERSON, P. Coping with permanent austerity: welfare state restructuring in affluent democracies. In: PIERSON, P. (ed.) **The new politics of the Welfare State**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

PIÑERA, J.. **El Cascabel al Gato: La Batalla por la Reforma Previsional**. Santiago: Editora Zig-Zag, 1992

ROMO, S. Pensiones: Bachelet anuncia grupo de expertos y pide ‘propuesta contundente’. **La Nación**, April 29. 2014.

SOKHEY, S. 2014. “Russian Reversal of Privatization” presented at **American Political Science Association Meeting**, Washington DC.

STIGLITZ, J. E.; ORSZAG P. R. **Rethinking Pension Reform: Ten Myths about Social Security Systems**. Washington, 1999.

**AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SUA INSERÇÃO JURÍDICA NO BRASIL:
DA ESTRUTURAÇÃO E AVANÇO DA ONDA INCLUSIVA DEFLAGRADA PELA
CONSTITUIÇÃO DE 1988 AOS DESAFIOS REGRESSIVOS DESPONTADOS COM
A REFORMA TRABALHISTA DE 2017¹**

**PEOPLE WITH DISABILITIES AND THEIR LEGAL INSERTION IN BRAZIL:
FROM THE STRUCTURING AND ADVANCEMENT OF THE INCLUSIVE
WAVE DEFLAGRATED BY THE 1988 CONSTITUTION TO THE REGRESSIVE
CHALLENGES DISAPPOINTED WITH THE 2017 LABOR REFORM**

Lutiana Nacur Lorentz²

ABSTRACT: This study carried out an inventory of the four waves of legal treatment for people with disabilities (PCD's) in the world and in Brazil. Then, it verified the main conceptual and terminological innovations promoted by the current keys for reading the rights of people with disabilities, that is, the Constitution of the Republic promulgated in 1988, the UN Convention on the Rights of People with Disabilities (CRPD), ratified in 2008 by Brazil, and the Brazilian Law for the Inclusion of People with Disabilities (LBI), enacted in 2015. Finally, it researched the changes introduced by Law n.º 13.467, of 2017, verifying its applicability (or not) on the rights of people with disabilities. At this moment, the focus of analysis was centered on three aspects of the new legal diploma: collective labor negotiation, in its view of the prevalence of the negotiated over the legislature; the challenges facing the quota system for people with disabilities, especially with respect to the new intermittent contract; finally, the expansion of the chances of hiring workers through labor outsourcing and its effects on people with disabilities.

KEY WORDS: Disabled people rights. International Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Inclusion law for people with disabilities. Law n.º 13.467/2017.

RESUMO: O presente estudo procedeu ao inventário das quatro ondas de tratamento jurídico das pessoas com deficiência (PCD's) no mundo e no Brasil. Em seguida, verificou as principais inovações conceituais e terminológicas promovidas pelas atuais chaves de leitura dos direitos das pessoas com deficiência, ou seja, a Constituição da República promulgada em 1988, a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), da ONU, ratificada em 2008 pelo Brasil, e a Lei Brasileira de Inclusão das Pessoas com Deficiência (LBI), promulgada em 2015. Por fim, pesquisou as alterações introduzidas pela Lei n.º 13.467, de 2017, verificando a sua aplicabilidade (ou não) sobre os direitos das pessoas com deficiência. Neste instante, centrou o foco de análise em três aspectos do novo diploma legal: a negociação coletiva trabalhista, em seu viés da prevalência do negociado sobre o legislado; os desafios antepostos ao sistema de cotas de pessoas com deficiência, especialmente com respeito ao novo contrato intermitente; por fim, a ampliação das hipóteses de contratação de trabalhadores por intermédio da terceirização trabalhista e seus efeitos sobre as pessoas com deficiência.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos das Pessoas com Deficiência. Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência. Lei de inclusão das pessoas com deficiência. Lei n.º 13.467/2017.

¹ Artigo recebido em: 18 de junho de 2019

Artigo aprovado em: 18/07/2019 e 24/04/2020.

² Professora da Faculdade FUMEC. Doutora em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito de Estado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro do Ministério Público do Trabalho. Procuradora do Trabalho na 3ª Região.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Inventário das quatro ondas de tratamento jurídico das pessoas com deficiência (PCD's). 3. A Constituição da República de 1988, a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), ratificada em 2008, e a Lei Brasileira de Inclusão das Pessoas com Deficiência (Lei n.º 13.146/2015) - mudanças conceituais. 4. A Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e a Lei Brasileira de Inclusão das Pessoas com Deficiências (LBI) - alterações normativas. 5. Os impactos introduzidos pela Lei da Reforma Trabalhista de 2017 nas relações de trabalho das pessoas com deficiência. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva analisar o padrão de inserção jurídica no Brasil das pessoas com deficiência a partir da Constituição da República promulgada em cinco de outubro de 1988, com as profundas transformações que ela instigou no ambiente jurídico e institucional brasileiro. Este padrão, identificado como correspondente à afirmação de uma onda de inclusão dessas pessoas humanas, perseverou por várias décadas em seguida ao advento da Constituição da República, dando origem à ratificação, pelo Brasil, de distintos documentos normativos internacionais de notável importância, bem como à aprovação de leis e decretos de grande influência e impacto nessa fase inclusiva então experimentada.

Para essa análise, o artigo reporta-se a tempos históricos e jurídicos anteriores, quando a onda da inclusão sequer era conhecida nas ordens jurídicas internacionais e do País. Esse reporte se mostra relevante até mesmo para evidenciar o grau de modernização e avanço que o Brasil experimentou no período iniciado com a Constituição de 1988, que se estendeu até, pelo menos, cerca de 2015, data de publicação da Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015, conhecida como Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI) ou, ainda, como Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD).

Na análise dos períodos anteriores à onda da inclusão (que foram denominados, respectivamente, de onda da eliminação; onda do assistencialismo; onda da integração), foram utilizados estudos e dados sociológicos e econômicos, aptos a evidenciar, com bastante clareza, os efeitos deletérios de todas as fases precedentes ao período inclusivo, relativamente recente no mundo ocidental e, particularmente, no Brasil. Naturalmente que esses dados e estudos metajurídicos também auxiliam na compreensão da importância da onda inclusiva das pessoas com deficiência, que foi consistentemente abraçada pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Feita esta abordagem mais ampla - ainda que sumarizada, é claro - das ondas excludentes anteriores à fase inclusiva, o artigo passa a estudar o sentido das normas constitucionais, internacionais ratificadas pelo Brasil, normas legais internas, a par mesmo de

Decretos do Poder Executivo, todos na direção da estruturação, generalização e aprofundamento da onda de inclusão no País.

Por fim, o artigo se encerra com o exame do surgimento, no Brasil, de uma inesperada e tardia fase regressiva nesse campo temático, bem expressa por determinados dispositivos da Lei da Reforma Trabalhista (Lei n.º 13.467), promulgada em 13 de julho de 2017, e vigente no País a contar de 11 de novembro do mesmo ano. O artigo identifica nesse diploma legal preceitos claramente em sentido antitético ao caminho inclusivo determinado pela Constituição de 1988, procurando analisá-los e neles demonstrar o conteúdo jurídico, social e econômico claramente regressivo.

Nesse contexto, o estudo indica ainda que a tendência regressiva não iria se esgotar apenas na Lei da Reforma Trabalhista de 2017, manifestando-se, pouco tempo depois, em outras políticas públicas (ou propostas de políticas públicas) na mesma direção de refluxo da onda da inclusão. O texto aponta algumas dessas medidas e desafios recém surgidos, mas não se aprofunda em sua análise, evidentemente, dado que se concentra, quanto á regressão, somente no estudo da Lei n.º 13.467, de 2017. O estudo dessas novas medidas, políticas públicas e propostas regressivas, por além da Lei da Reforma Trabalhista, obviamente não caberia nos marcos deste artigo, devendo ser objeto de novas pesquisas e textos, a serem posteriormente elaborados dentro dessa temática.

O presente artigo valeu-se dos métodos de pesquisa bibliográficos, jurisprudenciais e estatísticos. Assim, pesquisou fontes de dados primários sobre pessoas com deficiência (PCD's) na Organização das Nações Unidas (ONU), Organização Internacional do Trabalho (OIT), Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). A pesquisa também, como dito, retomou breve inventário histórico e jurídico das ondas de tratamento das pessoas com deficiência, inclusive valendo-se, entre outras fontes, de textos já publicados pela presente autora, quer em livro específico dedicado ao assunto, quer em revistas especializadas. Na sequência, como visto, o artigo passa a fazer uma análise da Constituição de 1988, neste campo temático, a par de outros diplomas normativos relevantes, como a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), da ONU, de 2006 - ratificada pelo Brasil, logo depois - e a Lei Brasileira de Inclusão das Pessoas com Deficiência (LBI) - Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015. Tratou também, como adiantado, das principais mudanças conceituais deflagradas pela onda da inclusão aberta pela Constituição da República.

Por fim, o texto especifica os pontos mais relevantes de dissociação da Lei da Reforma Trabalhista (Lei n.º 13.467, de 2017) em face do paradigma de inclusão abraçado, desde

outubro de 1988, pela ordem jurídica brasileira, quer no plano constitucional, quer no internacional ratificado, quer no plano de diplomas normativos infraconstitucionais originários do País na fase imediatamente anterior a 2017.

2 INVENTÁRIO DAS QUATRO ONDAS DE TRATAMENTO JURÍDICO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (PCD's)

O presente item 2 busca apresentar um panorama sobre o posicionamento das pessoas com deficiência no Brasil e, pelo menos, em certas dimensões do cenário internacional, explicitando também as fases ou ondas de regulação de seu tratamento jurídico ao longo das épocas históricas passadas e mais recentes.³

Nessa linha, pela coleta de dados da ONU⁴, referente a 2009, as pessoas com deficiência (PCD's) eram cerca de 10% da população mundial (650 milhões de pessoas) e o desemprego atingia 80% dessas pessoas em alguns países, especialmente porque empregadores partem, com frequência, do princípio de que tais pessoas não são capazes de trabalhar. De acordo com dados da Conferência Internacional do Trabalho da OIT, ocorrida em 2007, mais da metade das pessoas com deficiência, no plano mundial, adquire algum tipo de deficiência depois dos 16 anos de idade, principalmente durante a vida laborativa.⁵

Segundo o Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento⁶, em 2009, dentro do Brasil, a maior parte das pessoas com deficiência física, auditiva, visual e mental estava alijada do mercado de trabalho. Estudos mostram que há, no País, aproximadamente 6 milhões de pessoas com deficiência em idade economicamente ativa; entre estas, cerca de um milhão deve atuar no mercado de trabalho informal e apenas 158 mil encontram-se legalmente empregadas, com garantias trabalhistas. Dessarte, conclui-se que entre as pessoas com

³ Os itens 2, 3 e 4 do presente artigo são extraídos, em grande medida, de pesquisas e textos anteriormente elaborados por esta autora, com suporte em dados oficiais e na literatura científica aqui mencionada. Citam-se, nestes três itens, essencialmente, as fontes e dados de terceiros, já se considerando referidos os seguintes textos da presente autora: a) LORENTZ, L. N. **A Norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016 (1. ed.: 2006); b) LORENTZ, L. N. O combate à discriminação nas relações laborais, a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, de 2006, e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015). **Revista do Ministério Público do Trabalho**. Brasília, n.49. março de 2015, p. 171-204.

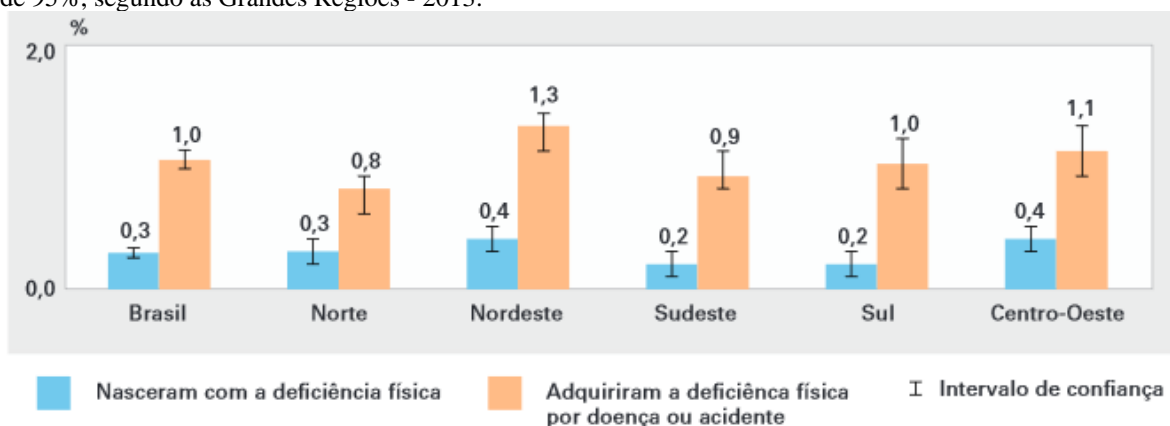
⁴ ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A inclusão social e o direito às pessoas com deficiência no Brasil: uma agenda de desenvolvimento pós-2015. Brasília, DF: ONUBR, 2013. Disponível em https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/07/UN_Position_Paper-People_with_Disabilities.pdf. Acesso em: 29 de maio de 2019.

⁵ NOGUEIRA, G. C. et al. Perfil das pessoas com deficiência física e políticas públicas: a distância entre a intenções e gestos. **Ciência e Saúde Coletiva**, v. 21, n. 10, out. 2016. Disponível em <https://www.scielo.org/article/csc/2016.v21n10/3131-3142>. Acesso em: em 21 de mar de 2019.

⁶ PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília: Organização das Nações Unidas. Disponível em: http://www.pnud.org.br/unv/projetos.php?id_unv=16.. Acesso em 22/04/2011.

deficiência, apenas 1/6 (um sexto) tem efetivo trabalho, sendo que este é quase sempre informal; ademais, considerado o total daquelas pessoas, apenas 2,6% têm emprego formal, o que consiste num número extremamente baixo. Outro dado relevante do IBGE, referente a 2013, é que a maioria dessas pessoas não nasceram assim, mas se tornaram deficientes por acidentes ao longo da vida. Nesta linha, observe-se o gráfico⁷:

Gráfico 1 – Proporção de pessoas que nasceram com a deficiência física de pessoas e proporção de pessoas com deficiência física adquirida por doença ou acidente, na população total, com indicação do intervalo de confiança de 95%, segundo as Grandes Regiões - 2013:



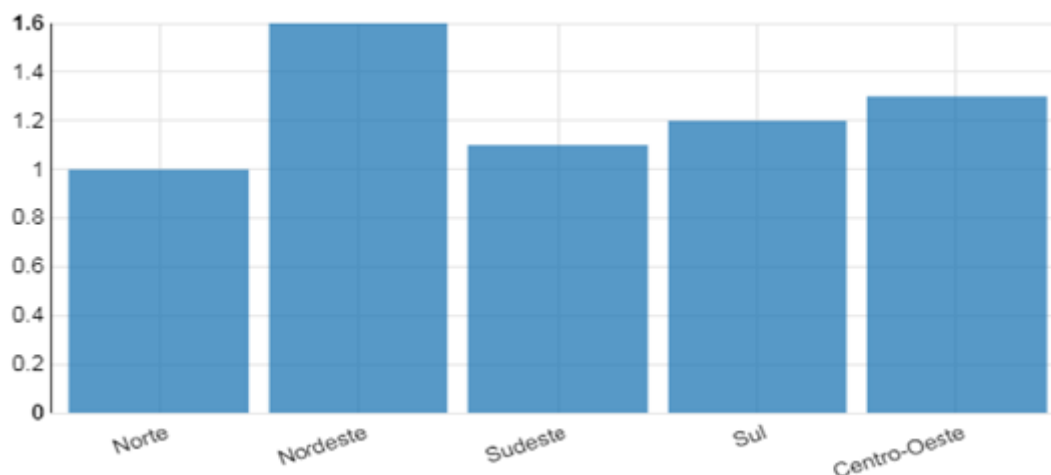
Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional de Saúde, 2013.

Ainda segundo dados de 2013 do IBGE,⁸ no Brasil, 12,4% das 4,9 milhões de pessoas de 18 anos ou mais que sofreram acidente de trabalho ficaram com alguma seqüela ou incapacidade - o que totaliza 613 mil indivíduos; segundo a mesma fonte e dados, 32,9% dessas pessoas deixaram de realizar atividades habituais (1,6 milhão). Se não bastasse, a Pesquisa Nacional de Saúde (PNS) do IBGE, de 2013, também indica que entre as 4,5 milhões de pessoas de 18 anos ou mais que sofreram algum acidente de trânsito com lesões corporais, 32,2% tiveram o infortúnio durante o deslocamento para o trabalho (1,4 milhão de pessoas), ao passo que 9,9% o tiveram no exercício do próprio trabalho (445 mil de pessoas). A conclusão extraída desses números é realmente muito expressiva: as pessoas com deficiência, em grande parte, assim se tornaram em decorrência de acidentes de trabalho, a par de também, alternativamente ou cumulativamente, em decorrência de doenças:

⁷ BRASIL. IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional de Saúde. 2013. **Ciclos de vida.** Brasil e grandes regiões. Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94522.pdf>. Acesso em 29 de maio de 2019.

⁸ BRASIL. IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **PNS 2013:** 12,4% das pessoas que sofreram acidente de trabalho tiveram seqüelas. Censo 2010. Disponível em <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?busca=1&id=1&idnoticia=3202&t=pns-2013-12-4-pessoas-que-sofreram-acidente-trabalho-tiveram-sequelas&view=noticia>. Acesso em 29 de maio de 2019.

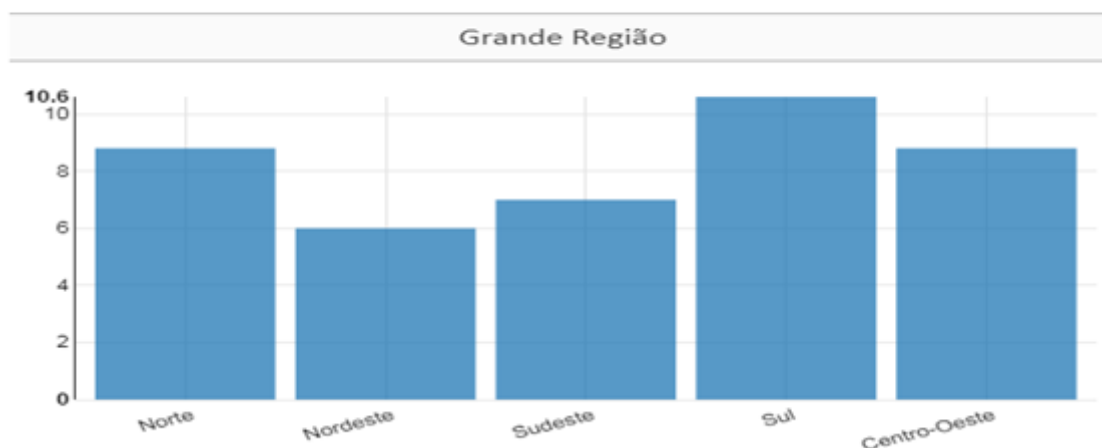
Gráfico 2 – Variável de pessoas com deficiência física adquirida por doença ou acidente, no total da população:



Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional de Saúde, 2013.

Gráfico 3 – Pessoas com deficiência física adquirida por doença ou acidente:

- Variável = Coeficiente de variação - Pessoas com deficiência física adquirid...
- Ano = 2013
- Condição em relação à força de trabalho na semana de referência = Total
- Situação do domicílio = Total



Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional de Saúde, 2013.

Outro dado importante, referente a 2015, informa que 292.614 pessoas com deficiência estavam cadastradas no sítio do Ministério do Trabalho e Emprego, à espera de um emprego⁹.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)¹⁰, ao comparar os dados do Censo de 1991 relativos à pessoa com deficiência com os dados do Censo 2000¹¹, constatou que 24,5

⁹ BRASIL. MTE- Ministério do Trabalho e Emprego. Observatório do Mercado de Trabalho Nacional do MTE. **Boletim de Indicadores do Mercado de Trabalho**. Pessoas com deficiência, n.º 3. Out-Dez, 2010. Disponível em http://www3.mte.gov.br/observatorio/indicadores_boletim_03.pdf. Acesso em 22 de maio de 2015.

¹⁰ BRASIL. IPEA-Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Retrato da pessoa com deficiência no Brasil segundo o censo de 1991. Brasília. Ago, 2003. Disponível em

milhões de brasileiros apresentam algum tipo de incapacidade - o que significa, aproximadamente, 14,5% do total da população do País. No mencionado estudo chegou-se à conclusão de que, apesar de o Censo 1991 haver subestimado a população com deficiência (seria apenas 1,14% do total da população, ao contrário de 14,5%, aferido depois), os números relativos alcançados já permitem uma boa caracterização desse grupo populacional. Citem-se, por exemplo, alguns aspectos marcantes: a) as deficiências mentais no Brasil são em menor proporção que o percentual brandido pela ONU; b) poucas dessas pessoas trabalham habitualmente durante todo o ano (com relação ao trabalho habitual, ele está presente apenas com respeito a 13,4% das pessoas com deficiência, enquanto, no contexto da população total, ele representa 36,8%); c) os rendimentos dessas pessoas concentram-se entre 1/4 e 1 salário-mínimo; um quinto delas pertence a famílias com renda até 1/4 de um salário-mínimo *per capita*, ao passo que quase a metade das pessoas com deficiência está em famílias com renda até meio salário-mínimo *per capita*.

Em conclusão, há um número grande de pessoas com deficiência (PCD's) subempregados e trabalhadores informais. Há também PCD's que não trabalham. Neste grupo, há aqueles que recebem o Benefício de Prestação Continuada (BPC)¹², benefício que ostenta um valor modesto (um salário-mínimo), tendo ainda requisitos de quase miserabilidade familiar (não pode haver recebimento do BPC¹³ em famílias com renda *per capita* de mais de um quarto do salário-mínimo – Decreto n.º 8.805, de 7 de julho de 2016), salvo hipóteses excetivas delimitadas pela jurisprudência do STF¹⁴. Pelos dados do IPEA de

http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4536%3Atd-0975-retrato-da-pessoa-com-deficiencia-no-brasil-segundo-o-censo-de-1991&catid=170%3Apresidencia&directory=1&Itemid=1. Acesso em: 31 de jul de 2015.

¹¹ BRASIL. IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em <https://ww2.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/08052002tabulacao.shtm.a> Acesso em: 29 de maio de 2019.

¹² De acordo com o site oficial do INSS, os requisitos do BPC são: ser pessoa com deficiência física, mental, intelectual ou sensorial que impossibilite o beneficiário de participar de forma plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas que não possuam tal impedimento; possuir renda familiar de até 1/4 do salário-mínimo em vigor, por pessoa do grupo familiar (incluindo o próprio requerente); possuir nacionalidade brasileira; possuir residência fixa no País; não estar recebendo outro tipo de benefício. Disponível em: BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria da Previdência. <http://www.previdencia.gov.br/servicos-a-cidadao/todos-os-servicos/beneficio-assistencial-a-pessoa-com-deficiencia/> Acesso em: 31 de jul de 2015.

¹³ BRASIL. IPEA-Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. SILVEIRA, F.G. *et al.* **Nota Técnica.** Deficiência e dependência no debate sobre a elegibilidade ao BPC. Brasília. Nov, 2016. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/161129_nt_31_disoc.pdf.. Acesso em 28 de maio de 2019.

¹⁴ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social – BPC. Quantitativo de benefícios e recursos investidos por unidade da federação de pagamento no período de 1996 a 2020. Disponível em http://www.mds.gov.br/relocrys/bpc/download_beneficiarios_bpc.htm. Acesso em: 26 de abril de 2011. Legislação: O BPC está garantido pela CF/88, art. 203, e arts. 21 e 22 da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), de 1993. Contudo, o BPC só foi implementado em janeiro de 1996, após o advento do Decreto n.º 1.774, de 8/12/1995. Porém, o STF tem relativizado este valor de ¼ do salário mínimo para recebimento do BPC, não se revestindo tais valores de natureza absoluta (STF RE 580.963/PR, Relator Ministro

2005, o programa do BPC conta com cerca de 2,1 milhões de beneficiários, dos quais pelo menos 1,1 milhão são pessoas com deficiência.¹⁵

Sobretudo na atual fase do capitalismo, em que os direitos dos trabalhadores estão sendo "desregulamentados" e "flexibilizados" (pomposos eufemismos que, na verdade, tentam encobrir sua real significação de corte ou redução de direitos), autores como Delgado¹⁶, Baylos¹⁷ e Bihl¹⁸ preconizam a necessidade de repúdio ao Estado Neoliberal (ou Ultraliberal) e a defesa do trabalho humano através do fortalecimento do Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho (ou, também, do Estado de Bem-Estar Social¹⁹ no século XXI). Para essa compreensão, torna-se necessária, mais do que nunca, a intervenção do Estado, notadamente com o escopo de proteção dessa minoria discriminada (PCD's) e para implementar o requisito de patamar mínimo civilizatório exigido como condição prévia ao Estado Democrático de Direito. Porém, antes de enfrentar o tema na contemporaneidade, é preciso fazer o seu levantamento histórico²⁰.

Segundo Lorentz²¹, a história das pessoas com deficiência, enquanto grupo humano sujeito às mais diversas discriminações e estigmas (sobre o tema, ver Goffman²², Croch²³ e Viana²⁴), passa pela categorização em quatro grandes ondas: primeiro, a fase da eugenia (ou eliminação); segundo, a fase do assistencialismo (ou piedade caridosa); terceiro, a fase da integração; e quarto, a fase da inclusão, que tem caracterizado países mais civilizados e, até mesmo, o próprio Brasil, pelo menos durante significativo período deflagrado com a promulgação da Constituição de 1988.

Gilmar Mendes). Tal flexibilização foi acolhida pela própria Advocacia Geral da União. A respeito, BONFIM, S. M. M. A pessoa com deficiência e os direitos à previdência social e à assistência social. In: Gonzaga, E.A; MEDEIROS, J.L.R. de. Ministério Público, sociedade e a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência. Brasília: ESMPU, p.167/206, ano 2018.

¹⁵ BRASIL. IPEA-Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. SILVEIRA, F.G. *et al.* Nota Técnica. Deficiência e dependência no debate sobre a elegibilidade ao BPC. Brasília. nov, 2016.Disponível em: BRASIL. IPEA-Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/161129_nt_31_disoc.pdf, Acesso em 28 de maio de 2019.

¹⁶ DELGADO, M. G. **Capitalismo, trabalho e emprego** – entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006. p. 13-16, 74 e 129-140.

¹⁷ BAYLOS, A. **Direito do trabalho: modelo para armar**. Trad. Flávio Benites e Cristina Schultz. São Paulo: LTr, 1999. p. 142-149.

¹⁸ BIHL, A. **Du "grand soir" a "l'alternative"**. Le mouvement ouvrier européen crise. Paris: Les Éditions Ouvrières, 1991. p. 69, 105-163 e 247.

¹⁹ DELGADO, M. G; PORTO, L. (org.). **O estado de bem-estar social no século XXI**. São Paulo: LTr, 2007.

²⁰ COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 30-40.

²¹ LORENTZ, L. N. **A norma da igualdade e o trabalho das pessoas com deficiência** 2 ed., São Paulo: LTr, 2015, p. 76/121.

²² GOFFMAN, E. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988. p. 10-30 e seq.

²³ CROCHIK, J. L. **Preconceito: indivíduo e cultura**. São Paulo: Robe Editorial, 1997. p. 11-20 e seq.

²⁴ RENAULT, L. O.; CANTELLI, P. O.; VIANA, M. T. **Discriminação**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 143-147.

A primeira onda, da eugenia (ou da eliminação), foi preponderante na Antiguidade Clássica. De forma menos acentuada, também incidiu na Idade Média. Já na era contemporânea, retornou por meio de um pseudo-biologismo, com ares de suposta cientificidade, conforme autoproclamado pelo nazifascismo. Ora, nos tempos antigos, Platão²⁵, em “As Leis”, defendia claramente a eliminação das pessoas com deficiência. Ainda na Antiguidade, despontou expressa previsão normativa no sentido de se sacrificar o filho com deficiência, conforme exposto na Lei das Doze Tábuas, em sua Tábua IV²⁶, através de uma visão organicista do período greco-romano, com o escopo de fortalecimento da casta dos guerreiros. Essa fase, inacreditavelmente, foi retomada milênios depois no Ocidente, durante o período nazifascista²⁷, por Hitler e seus seguidores, a par de alguns antecessores (entre estes, o conde Arthur de Gobineau, que foi Ministro da França na corte de D. Pedro II), sendo usualmente fundamentada em uma leitura distorcida e de má-fé de um darwinismo sem limites. Nesse sentido, não deixa de ser curioso lembrar que as teorias raciais e eugênicas - que condenavam à destruição não só negros e membros de outras etnias, mas também pessoas com deficiência -, ficaram desmoralizadas após a vitória de Joe Louis, boxeador negro americano, sobre o alemão Max Schmelling, e nas Olimpíadas de Berlim, em 1936, com a vitória acachapante do negro Jesse Owens (para total embaraço de Hitler).

Passando-se à segunda onda, conhecida como do assistencialismo, ela desponta, no Ocidente, na era cristã ocidental (início do primeiro milênio) e se estende, especialmente, até o período da Idade Média²⁸. Nessa nova fase, matar as pessoas com deficiência não era admissível, sendo conduta considerada, pela religião cristã, pecado capital²⁹. Contudo, noutro giro, grande parte desse grupo de indivíduos era segregada em hospitais, sanatórios, casas de saúde, hospícios, etc., longe dos olhos da comunidade. Tais pessoas com deficiência recebiam um tratamento à base da piedade caridosa cristã, fundada nas ideias de culpa e pecado, porém

²⁵ PLATÃO. Obras completas – **Las Leyes, o de la Legislación**. 2.ed. Madrid: Aguilar, 1979. p. 1380; e PLATÃO. **A República**. *Op. cit.*, p. 105 do Livro III; p. 162 do Livro V; p. 163 do Livro V; p. 174 do Livro V.

²⁶ LORENTZ, L. N. **A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 86: “Tábua Quarta – Do pátrio poder e do casamento. É permitido **ao pai matar o filho que nasceu disforme**, mediante o julgamento de cinco vizinhos”. (g. n.).

²⁷ HITLER, A. **Mein Kampf**. São Paulo: Centauro, 2001. p. 188-190 e 212.

²⁸ Naturalmente que não se trata de fases inteiramente estanques, podendo, é claro, variar em intensidade e atuação em cada continente, região ou país. O que se quer demonstrar é que, na História Ocidental, há clara percepção do advento e afirmação dessas quatro ondas em determinados períodos históricos, desde a Antiguidade.

²⁹ BÍBLIA SAGRADA. **Novo Testamento**. São Paulo: Loyola, 1982, João 9: 1-3, p. 143. Observe-se o que é descrito no Evangelho de João numa passagem bíblica sobre o pensamento de Jesus Cristo acerca do tema: “Cura para o cego de nascença. Quando ele ia passando, viu um homem que era cego de nascença. Os discípulos perguntaram: “Mestre, quem pecou, para este homem nascer cego, foi ele ou seus pais?” Jesus respondeu: “Nem ele nem seus pais, mas isso aconteceu para que as obras de Deus se manifestassem nele”. [...] Então o levaram à presença dos fariseus [...] “Tu nasceste do pecado, e pretendes ensinar a nós?” E o expulsaram”.

sendo mantidos em nítida situação de distanciamento e/ou exclusão. Tais pessoas passaram, na Idade Média³⁰, a ser consideradas “lês enfants du bon Dieu” (“as crianças do bom Deus”), o que evidenciava que superaram o enquadramento de “quase coisa” a que eram relegados na anterior fase da eliminação. Elas passaram a ser tidas como pessoas, porém pessoas extremamente dependentes, consideradas sem qualquer aptidão técnica, laborativa ou jurídica, ficando, inequivocamente, de maneira geral, diminuídas a algo próximo ao *status* de crianças desvalidas. Na França, instituiu-se, em 1547, por Henrique II, a assistência social obrigatória para amparar deficientes, por meio de coletas de taxas.

A terceira onda é a da integração. Ela se iniciou no Renascimento (que aconteceu de fins do século XIV até o início do XVII), tendo na invenção do alfabeto de Braille³¹, em 1824, por Louis Braille, um marco científico de grande importância. Despontou, nessa fase, crescentemente, a preocupação de se prestar atendimento médico e científico às pessoas com deficiência, em escolas especiais. Nessa fase, o tratamento - apesar de não implicar, como na fase anterior, o confinamento das pessoas em lugares segregados do resto da sociedade - buscava primeiramente a "cura" dos indivíduos com deficiências ou, pelo menos, a sua melhora a um padrão físico, mental e/ou comportamental menos restritivo; feito isso, em um momento posterior, permitia-se o convívio das pessoas com deficiência com o conjunto da comunidade. Esse modelo, embora configurasse um avanço em comparação com as duas ondas precedentes, errou em dois aspectos muito claros. Primeiramente, porque a deficiência não era, nem é, necessariamente, doença, implicando a necessidade de adaptação tanto da pessoa com deficiência a essa especificidade, quanto, de forma contínua e crescente, a adaptação também de toda a sociedade. Em segundo lugar, porque ao permitir o convívio da PCD com o resto da comunidade apenas após sua “cura”, esse microssistema, na verdade, mais uma vez, resultava em certo tipo e grau de segregação. Após a Segunda Guerra Mundial, em vários países da Europa, além dos EUA e Canadá³², bem como, quatro décadas depois, também no Brasil - neste caso, essencialmente a partir do advento da nova Constituição da República, promulgada em 1988 -, deflagra-se a nova e ainda corrente terceira onda, conhecida como onda da inclusão (ou onda inclusiva)³³. Por intermédio desse novo olhar e novo microssistema de regulação e tratamento jurídico e institucional das pessoas com

³⁰ FONSECA, R. T. M.. *In*: BATISTA, C. A. M. **Inclusão: construção na diversidade**. Belo Horizonte: Armazém das Ideias, 2004. p. 56.

³¹ OLIVEIRA, N. H. C. **Casa da Esperança**. Instituto São Rafael. Jornal Dois Pontos, Belo Horizonte, Caderno Instituição de Destaque, jan./fev. de 1996, p. 86.

³² SHIEBER, B. M. **Iniciação ao direito trabalhista norte-americano**. São Paulo: LTr, 1988. p. 20-50.

³³ LORENTZ, *Op. cit.*, p. 140-167.

deficiência - microsistema bem mais amplo e complexo do que todos os anteriores -, fica assentado que a deficiência não pode ser lida simplesmente como uma doença, mas sim como uma manifestação da diversidade humana das sociedades multiculturais, que pode e deve ser superada por meio de adaptações tecnológicas e do convívio desde a mais tenra idade do indivíduo com o conjunto da comunidade, em suas diversas dimensões. Neste novo enfoque, o processo de adaptação, adequação, avanço e engrandecimento das pessoas com deficiência perante o universo da comunidade passa a depender de um esforço conjunto de adaptação e de inclusão, tanto das PCDs quanto da sociedade. A respeito dessa nova perspectiva de enfrentamento da questão, mostram-se relevantes, por exemplo, o *Americans with Disabilities Act*, de 1990, nos EUA, e as ricas discussões sobre inclusão ocorridas também no Canadá³⁴. No Brasil, o assunto ganhou novo *status* com o advento da Constituição Federal promulgada em cinco de outubro de 1988, de modo a se superar, paulatinamente, no País, as fases do assistencialismo e da integração que, de certo modo, conviviam na realidade brasileira pré-1988.

No contexto desses estudos e avanços reflexivos e também normativos, surgiu, nas últimas décadas, a concepção de *Design Inclusivo*, com o escopo de que toda e qualquer pessoa com necessidades especiais provisórias ou permanentes - sejam PCD's, idosos, gestantes, crianças etc. - possam exercer o direito básico de ir e vir nas cidades; surgiu também o direito à educação e ao trabalho³⁵ inclusivo. Essa nova fase inclusiva, como dito, constitui o marco teórico da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988³⁶, tanto em sua principiologia humanista e social fortemente inclusiva, quanto em diversos de seus preceitos constitucionais específicos e bastante enfáticos, como os situados nos seguintes artigos: 7º, XXXI; 37, VIII; 208; 227, §1º, a par de outros dispositivos da mesma Constituição. Se não bastasse, a Constituição de 1988 deflagrou um processo crescente de avanços normativos e institucionais, que levaram à ratificação de Convenções Internacionais nesse campo temático, além da aprovação de diplomas legais e decretos bastante relevantes nesse microsistema de inclusão das pessoas com deficiência.

3 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DE 1988, A CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (CDPD), RATIFICADA EM 2008, E A LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

³⁴ WUCHER, G. *Minorias: proteção internacional em prol da democracia*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

³⁵ SARLET, I. W. (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 40-70.

³⁶ LORENTZ. *Op. cit.*, p. 160-162.

(LEI n.º 13.146/2015) - MUDANÇAS CONCEITUAIS

A Constituição Federal promulgada em cinco de outubro de 1988 alterou, no Brasil, diversos campos do Direito e distintos segmentos temáticos - alguns deles, inclusive, pouco considerados no período histórico anterior³⁷.

No segmento temático referente ao tratamento e ao *status* jurídico conferidos à inserção (ou não) das pessoas com deficiência na ordem jurídica e na vida socioeconômica, o papel da nova Constituição foi, simplesmente, fundamental. É que, ao erigir a pessoa humana ao centro da ordem jurídica e da vida da sociedade, das instituições e da economia, a Constituição de 1988 tornou incongruentes e inaceitáveis as antigas ondas de regulação da vida das pessoas com deficiência, usualmente caracterizadas por graves dinâmicas de exclusão jurídica, institucional e socioeconômica dessas pessoas humanas.

A partir da matriz constitucional de 1988, ademais, passaram a vicejar importantes princípios constitucionais humanistas e sociais, todos antitéticos aos padrões de regulação das pessoas com deficiências já adotados na história brasileira. Observem-se os seguintes impactantes princípios, todos presentes na Constituição de 1988: da dignidade da pessoa humana; da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica, institucional e jurídica; da anti-discriminação; da igualdade em sentido material (além de em sentido formal, evidentemente); da subordinação da propriedade à sua função socioambiental; do bem-estar individual e social. Ora, todos esses princípios, seja em sua individualidade, seja em seu conjunto, repelem, frontalmente, a exclusão de pessoas e grupos sociais, inclusive, de maneira enfática, as pessoas com deficiência.

Se não fossem suficientes essa lógica estrutural da Constituição de 1988 e a força imanente dos princípios constitucionais humanistas e sociais que ela introduziu ou sistematizou no Brasil desde a sua promulgação, o fato é que a nova Constituição da República erigiu também preceitos normativos expressos de grande influência na mudança do paradigma de tratamento jurídico às PCD's. Mencionem-se, ilustrativamente, o art. 7º, XXI ("proibição de discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência"); o art. 37, VIII ("a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão"); o

³⁷ Parte importante do texto deste item 3, como dito, é extraído de estudos e obras anteriores desta autora, os quais, para todos os fins, já ficam aqui referenciados: a) LORENTZ, L. N. **A norma da igualdade e o trabalho das pessoas com deficiência**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016 (1. ed.: 2006); b) LORENTZ, L. N. O combate à discriminação nas relações laborais, a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, de 2006, e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015). **Revista do Ministério Público do Trabalho**. MPU/MPT - Ministério Público do Trabalho. N.º 49, março de 2015.

art. 208, introdutor de uma visão ampla, abrangente e inclusiva de educação; o art. 227, com seu *caput* e §§ 1º, 2º e 3º, preceitos introdutores de uma visão também ampla, abrangente e inclusiva dos deveres da família, da sociedade e do Estado perante todas as crianças, aos adolescentes e aos jovens, com absoluta prioridade, inclusive com referência expressa às "pessoas portadoras de deficiência" (art. 227, § 1.º, II, c./c. § 2.º e § 3.º)³⁸.

É bem verdade que o texto original da Constituição de 1988 valeu-se da expressão "pessoas portadoras de deficiência", posteriormente substituída, em diplomas normativos internacionais e brasileiros, pela expressão mais adequada, "pessoas com deficiência". Porém essa superação terminológica não diminuiu, em qualquer aspecto, o papel precursor e de liderança que teve a nova Constituição Federal na regência normativa da dinâmica de vida e inserção na comunidade dos indivíduos com deficiência. A propósito, foi o espírito constitucional e jurídico progressista assegurado pela Constituição de 1988 que induziu o País a ratificar a importante Convenção n.º 159 da OIT, que trata da reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes. Embora o diploma da Organização Internacional do Trabalho tenha sido aprovado, pela OIT cinco anos antes de outubro de 1988 (portanto, no ano de 1983), a verdade é que somente foi ratificado depois da vigência da nova Constituição da República Federativa do Brasil, em agosto de 1989, certamente sob influência dos novos ares inclusivos deflagrados pela nova Constituição da República.

No contexto das mudanças conceituais ocorridas nesse campo temático, cabe registrar que houve importante avanço terminológico promovido pela Convenção das Pessoas com Deficiência (CDPD), da Organização das Nações Unidas³⁹. Em seu art. 1.º, ao adotar a nova expressão "pessoas com deficiência" (PCD's), não só conferiu justa ênfase à pessoa humana, ao invés de ao fator "deficiência"; a par disso, a nova expressão descarta a questão de existência de "doença", que ainda estava presente, de certo modo, na semântica da expressão "portador de deficiência". Além disso, essa nova expressão adotada afasta outras mais genéricas, como "pessoas com necessidades especiais", que incluiu outras categorias diversas

³⁸ O art. 227 sofreu aperfeiçoamentos de redação, na mesma filosofia da redação original de 1988, por intermédio da EC n. 65/2010, que introduziu o conceito de "jovem" em seu corpo normativo. BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 18 de maio de 2019.

³⁹ Esta Convenção foi aprovada pela ONU, em 6 de dezembro de 2006, pela Resolução n.º A/61/611, tendo sido aprovada pelo protocolo facultativo pelos EUA, em Nova York, em 30 de março de 2007. Pelo Brasil, foi ratificada pelo Decreto Legislativo n.º 186, de 9 de julho de 2008, e promulgada (ou divulgada) pelo Decreto Presidencial n.º 6494, de 25 de agosto de 2009. BRASIL. **DECRETO N. 6.949**, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm Acesso em: 18 de maio de 2019.

das PCD's, tais como, idosos, gestantes, crianças e adolescentes etc., sendo, dessarte, incorreta.

Registre-se que, inicialmente, a Convenção Internacional n.º 159 da OIT, de 1983 - que foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n.º 51, de 28 de agosto de 1989 -, já conceituava as pessoas com deficiência⁴⁰. Alguns anos após, o Decreto n.º 3.298, de 1999, e o Decreto n.º 5.296, de 2004, categorizaram, taxativamente, quem eram essas pessoas. Tais decretos⁴¹ estabeleceram uma clara separação entre "deficiência" e "incapacidade", sendo que as deficiências foram conceituadas em seu art. 3.º, incisos I e II. A incapacidade, reiterese, é conceito diverso do conceito de deficiência, sendo aquela conceituada pelo art. 3.º, inciso III, do Decreto n.º 3.298/99, que definiu incapacidade como:

(...) uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa com deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

O Decreto n.º 3.298/1999 (art. 4º) e o Decreto n.º 5.296/2004 introduziram no conceito de PCD's outros tipos, tais como a ostomia e o nanismo, e alteraram as conceituações de deficiências auditiva e visual (art. 5.º). Assim, a incapacidade é um tipo de agudização da própria deficiência (todo incapaz será uma pessoa com deficiência, mas nem toda pessoa com deficiência será incapaz). Tanto que a Classificação Internacional de Doenças (CID) também separou "deficiência" de "incapacidade", conceituando aquela como perda ou anormalidade transitória ou permanente e esta como uma restrição resultante da própria deficiência para uma função específica, como, por exemplo, incapacidade para ouvir, para se expressar etc. A diferenciação entre "deficiência" e "incapacidade" é extremante importante; um exemplo dessa importância reside no art. 203, V, da Constituição de 1988, que concedeu o benefício de um salário mínimo para as pessoas com deficiência, desde que sem fonte de renda e integrantes de famílias carentes. Entretanto, a Lei Orgânica da Previdência Social – LOAS (Lei n.º 8.742, de 1993) confundiu deficiência com incapacidade, ao definir como deficiente, para fins do Benefício Assistencial de Prestação Continuada (BPC), em seu art. 65, a pessoa

⁴⁰ “Para efeitos da presente Convenção, entende-se por ‘pessoa deficiente’ todo indivíduo cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente reconhecida”. BRASIL. **DECRETO LEGISLATIVO N. 51**, de 1989. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1989/decretolegislativo-51-25-agosto-1989-360126-publicacaooriginal-1-pl.html> Acesso em: 18 de maio de 2019.

⁴¹ “(...) toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano”. BRASIL. **DECRETO N. 3.298**, de 20 de dezembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm Acesso em: 18 de maio de 2019.

“incapacitada para o trabalho e para a vida independente...”⁴². O BPC, por esta redação, somente é deferido a pessoas incapazes, carentes, sem meios próprios de subsistência, cuja renda *per capita* não seja superior a ¼ do salário mínimo (com as relativizações já citadas feitas pelo STF); só que o art. 203, V, da CF/88, não se referiu ao incapaz, mas sim à pessoa com deficiência economicamente carente. O art. 4.º do Decreto n.º 3.298/99 especifica a conceituação técnica, sob o ponto de vista médico, da deficiência física, auditiva, visual, mental e múltipla.

A Convenção da ONU de 2006 (CDPD), a seu turno, ostenta elevado *status* jurídico dentro do País, idêntico ao de emenda constitucional. É que ela foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 186, de 9 de julho de 2008, ou seja, após a EC n.º 45/2004, que inseriu a regra nova do art. 5.º, §3.º, da CF/88. Esta nova regra constitucional atribuiu o *status* de emenda constitucional às convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovadas com o *quorum* e o rito de emenda constitucional - o que efetivamente aconteceu com a CDPD. Dessa maneira, tal Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência assim conceituou as PCD's em seu art. 1.º:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas. (g.n.)

Antes de tudo, merece ser ressaltado que houve uma mudança de chave de leitura no interior da CDPD, que deixou de usar o modelo preponderantemente médico do Código Internacional de Doenças e de Problemas relacionados à Saúde (CID) para lidar com as deficiências (modelo que era concernente à terceira onda) e passou a se valer da Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde (CIF)⁴³, modelo bem posicionado na quarta onda. A CIF⁴⁴, desenvolvida pela OMS em 2001, classifica e registra a enfermidade, bem como a complementa, com as informações de funcionalidade. As duas classificações (CID e CIF) são complementares, e os profissionais devem utilizá-las de forma conjunta. Entretanto, o que merece ser ressaltado é que, na CIF, o termo "funcionalidade" substitui termos usados no passado, como "incapacidade", "invalidez" e "deficiência". Se não bastasse,

⁴² Esta confusão da LOAS vem sendo questionada em ação do Ministério Público Federal, Ação Civil Pública 2002.61.00.024335-6, perante a 23ª Vara Federal de São Paulo. In: GONZAGA, E. A. **Direitos das pessoas com deficiência**. 3.ed. Rio de Janeiro: WVA, 2012. p. 27.

⁴³ BRASIL. Ministério Público do Estado do Paraná. **Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) da Organização Mundial de Saúde (OMS)**. Curitiba: CAOPIPPD, Área da Pessoa Portadora de Deficiência, [s/d]. Disponível em: <http://www.ppd.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=13>. Acesso em 18 de maio de 2015.

⁴⁴ FARIAS, N.; BUCHALLA, C. M. A classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde da Organização Mundial de Saúde: conceitos, usos e perspectivas. **Revista Brasileira de Epidemiologia**, v. 8, n. 2, p. 187-93, 2005.

a Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde (CIF) também vincula a funcionalidade com a questão do "enfrentamento pelo PCD das diversas barreiras".

A substituição da CID pela CIF para a classificação da PCD também é um passo para a quarta onda (a onda da inclusão), tendo significação ampliada, incluindo "experiências positivas", "potencialidades", ao invés de apenas se referir a "doenças" (CID). Dessarte, a nova chave de leitura da CDPD determina que se passe a usar para a classificação das PCD's os parâmetros da CIF em prevalência sobre a CID, a fim de privilegiar um sistema capaz de avaliar os ganhos no processo de reabilitação, suas potencialidades, capacidade de superação das dificuldades e notadamente a importância dos fatores ambientais sobre a deficiência ("as barreiras"). Gugel apresenta, inclusive, a "fórmula" usada por Marcelo Medeiros: "Deficiência = Limitação Funcional X Ambiente"⁴⁵.

Porém, a regulamentação desta nova conceituação prevista no art. 2.º, § 2.º, da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ainda não foi feita⁴⁶. Então verificam-se conceitos utilizados por alguns órgãos, tais como o recém extinto Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), a par desta pesquisadora, como **critérios de transição**. Nesta linha, o MTE publicou o estudo⁴⁷ denominado "Caracterização das Deficiências- Orientações para fins de cumprimento do art. 93 da Lei n.º 8.213/91".

Esta pesquisa irá analisar, relativamente à questão conceitual de forma específica, três aspectos relevantes: pessoas com deficiência com visão monocular; a perda auditiva unilateral; por fim, a questão da nova definição de deficiência mental, contida no art. 1.º da CDPC, combinada com as definições taxativas do Decreto n.º 3.298/1999 (art. 4.º) e Decreto n.º 5.296/2004 (art. 5.º, § 1.º). Porém, reitera-se, todos se mantêm como critérios transitórios, pelo menos até que venha a regulamentação do artigo 2.º, § 2.º, da Lei n.º 13.146, de 2015 (LBI).

⁴⁵ GUGEL, M. A. O mundo do Trabalho e as pessoas com deficiência. **Revista da ESMPU**. Ministério Público, sociedade e a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência. Brasília: ESMPU, p. 278-302, ano 2018, p.278.

⁴⁶ "Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (...)

§ 2º O Poder Executivo criará instrumentos para avaliação da deficiência." . BRASIL. **LEI N. 13.146**, de 06 de julho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113146.htm Acesso em: 18 de maio de 2019.

⁴⁷ Documento elaborado pela auditora-fiscal do Trabalho Lailah Vilela. Brasília, DF: Ministério do Trabalho, Secretaria de Inspeção do Trabalho, Divisão de Fiscalização para Inclusão de Pessoas com Deficiência e Combate à Discriminação no Trabalho, 2018. p.19. BRASIL. MINISTÉRIO DO TRABALHO **Secretaria de Inspeção do Trabalho Divisão de Fiscalização para Inclusão de Pessoas com Deficiência e Combate à Discriminação no Trabalho**. Disponível em: <https://www.saudeocupacional.org/v2/wp-content/uploads/2018/12/Caracteriza%C3%A7%C3%A3o_PessoaComDefici%C3%Aancia_Minist%C3%A9rioDoTrabalho_06dezembro2018_blogVencerLimites.pdf>. Acesso em 29 de maio de 2019.

No que concerne à visão monocular (a condição de deficiência da capacidade de visão em apenas um dos olhos), os termos do Decreto n.º 3.298/1999 (art. 4.º, III), e do Decreto n.º 5.296/2004 já tinham sofrido atenuação, conforme Súmula 377, do STJ, publicada em 5 de dezembro de 2012 (aliás, seguida pelo Parecer CONJUR n.º 444, do Ministério do Trabalho e Emprego, e Súmula 45 da Advocacia Geral da União)⁴⁸. Este artigo acadêmico entende que esse novo conceito da Súmula 377, do STJ, que passou a considerar deficiência visual monocular como passível de ser considerada PCD tanto no campo privado (das cotas de trabalho), quanto no campo público (cotas em concursos públicos: art. 37, VIII, CF/88), está em conformidade com a ressignificação do art. 1.º da CDPD, desde que a equipe multidisciplinar (art.2.º, §1.º da Lei n.º 13.146, de 2015, c./c. art. 5.º do Decreto n.º 9.508, de 2018) comprove que, apesar de ter perdido a visão (de um modo agudo, nos parâmetros do Decreto) em apenas um dos olhos, isso constitua, efetivamente, “impedimento de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas” (art. 2.º da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência).

Mutatis mutandis, no que tange à deficiência auditiva unilateral, também há discussão sobre a perda da audição em apenas um ouvido, apesar de o Decreto n.º 3.298/1999 (art. 4.º, item II) e o Decreto n.º 5.296/2004 (art. 5.º, § 1.º, alínea “b”) poderem ensejar o enquadramento como PCD. A conclusão positiva, nesse sentido, chegou ao STJ⁴⁹, em vários de seus acórdãos. Da mesma forma que se tratou da visão monocular, este artigo entende, a partir da nova chave de leitura propiciada pelo art. 1.º da CDPD - e desde que a equipe multidisciplinar (art.2.º, §1.º da Lei n.º 13.146, de 2015, c./c. art. 5.º do Decreto n.º 9.508, de

⁴⁸ Dec. 3.298/99, art. 4º, III: **deficiência visual** – acuidade visual igual ou menor que 20/200 **no melhor olho**, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20º (tabela de Snellen), ou ocorrência simultânea de ambas as situações; (G.N.) BRASIL. **DECRETO N. 3.298**, de 20 de dezembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm e Súmula 377, do STJ: **Servidor público. Administrativo. Concurso público. Deficiente físico. Portador de visão monocular. Direito de concorrer às vagas reservadas aos deficientes.** O portador de **visão monocular** tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes. (G.N.) BRASIL. STJ - Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=377&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true> Acesso em: 18 de maio de 2019.

⁴⁹ Agravo no Mandado de Segurança nº 19.254 – DF, 2012/0208855-0, Relator: Ministro Castro Meira, Agravante: União, Agravado: Camila Serafini Machado, Advogado: Ana Luisa Serafini Machado, Impetrado: Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça. “Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a pessoa que apresenta surdez unilateral tem direito a vaga reservada a portadores de deficiência. A propósito: AgRg no AREsp 22.688/PE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, primeira turma, julgado em 24/4/2012, DJe 2/5/2012; AgRg no RMS 34.436/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, segunda turma, julgado em 3/5/2012, DJe 22/5/2012; AgRg no REsp 1.150.154/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, quinta turma, julgado em 21/6/2011, DJe 28/6/2011; RMS 20.865/ES. BRASIL. STJ - Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22862269/agravo-regimental-no-mandado-de-seguranca-agrg-no-ms-19254-df-2012-0208855-0-stj/inteiro-teor-22862270?ref=juris-tabs> Acesso em: 19 de maio de 2019.

2018) comprove que, apesar de ter perdido a audição em apenas um dos ouvidos, mas de um modo realmente agudo, nos moldes do Decreto -, esta pessoa deve se enquadrar, sim, como PCD. É que o enquadramento como PCD depende de o fator se constituir, efetivamente, em “impedimento de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas” (art. 2.º da LBI).

Porém, no que diz respeito à deficiência mental, a normativa pátria sofreu alteração. Segundo os parâmetros do Decreto n.º 3.298/1999 (art. 4.º, item IV) e do Decreto n.º 5.296/2004 (art. 5.º, § 1.º, alínea “d”), entende-se que houve derrogação parcial, conforme se pode ver pela redação do referido preceito (item IV do art. 4.º do Decreto n.º 3.298/1999)⁵⁰, em contraponto com o texto mais amplo da CDPD - convenção internacional ratificada em 2008, que conceituou as pessoas com deficiência em seu art. 1.º. Ora, mostra-se perfeitamente possível que a deficiência mental se manifeste após 18 (dezoito) anos de idade (desde que uma perícia médica assim o comprove), sendo que essa possibilidade alargaria a malha de proteção das PCD's tanto na seara previdenciária, quanto de benefícios como BPC, além daquilo que concerne às cotas de trabalho. Dessarte, este estudo entende que, através de exames periciais, a serem realizados caso a caso, é possível se concluir que houve derrogação parcial do art. 4.º, inciso IV, do Decreto n.º 3.298/99, assim como do art. 5.º, § 1.º, alínea "d", do Decreto n.º 5.296/2004, exatamente pela razão de que a deficiência mental pode ser detectada, sim, após os 18 (dezoito) anos de idade, pela via pericial. Essas conclusões deste trabalho foram validadas, finalmente, pela LBI (Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015, com vigência a partir de 6 de janeiro de 2016), através de sua definição de pessoas com deficiência (art. 2º)⁵¹.

4 A CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (CDPD) E A LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DAS PESSOAS COM

⁵⁰ IV – deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, **com manifestação antes dos dezoito anos** e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização da comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; e h) trabalho; (G. N. e N. N.)

⁵¹ *Ibidem*. Art. 2º. Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§1º. A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

I - Os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;

II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

III - a limitação no desempenho de atividades; e

IV - a restrição de participação.

DEFICIÊNCIA (LBI) - ALTERAÇÕES NORMATIVAS

Este item irá analisar as alterações no temário do trabalho para pessoas com deficiência à luz da CDPC e da LBI (diploma legal brasileiro este conhecido, conforme exposto, quer como Estatuto da Pessoa com Deficiência, quer como Lei Brasileira de Inclusão- LBI)⁵².

As principais novidades da LBI, de 2015, foram, em resumo, as seguintes:

No que diz respeito ao temário contratação de PCD's como empregados aprendizes e estagiários, os arts. 101, §3.º, e 105, §9.º, da Lei Brasileira de Inclusão das Pessoas com Deficiência estabelecem que a PCD que trabalhe como estagiário ou aprendiz (estas aliás, não tem o limite etário de 24 anos e nem o termo final em dois anos - art. 428, §5.º, CLT) não perde o BPC. Fica ressalvado, contudo, o limite temporal de dois anos para a acumulação do salário de aprendiz com o BPC (art. 21, "a", da Lei n.º 8.742/1993), inclusive como microempreendedor individual (art. 21, "a", da LBI). Em contrapartida, aprendizes e estagiários não são incluídos na cota de contratação de PCD's da empresa (art. 93, Lei n.º 8.213/1991), não abatendo, assim, o respectivo número. A par disso, a LBI, com relação ao empregado aprendiz, repetiu o que já era contido na "Lei Romário" (Lei n.º 12.470/2011, arts. 20 e 21): ou seja, se o empregado perder o BPC e, posteriormente, perder o emprego, não tem de realizar outra perícia para voltar a receber o BPC; esta facilidade procedimental, aliás, foi também estendida para o estagiário.

Ressalte-se que todas as pessoas PCD's têm direito a dois pressupostos na contratação: tecnologia assistida (direito geral: produtos, equipamentos, etc.) e adaptação razoável (direito personalíssimo)⁵³, - tudo conforme o disposto no art. 3.º, III, da LBI. Enfatize-se que esses dois pressupostos favorecem notadamente o aprendiz. Relativamente ao temário habilitação, fica também esclarecido que, caso a empresa faça a habilitação profissional do empregado PCD, em contrato por prazo determinado (art. 36, § 6.º, LBI), este dado se conta, sim, para a cota prevista no art. 93 da Lei n.º 8.213/1991, desde que o processo seja inclusivo⁵⁴.

⁵² Conforme já foi esclarecido, parte importante do texto deste item 4 é extraída de estudos e obras anteriores desta autora, os quais, para todos os fins, já ficam aqui referenciados: a) LORENTZ, Lutiana Nacur. A Norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016 (1. ed.: 2006); b) LORENTZ, Lutiana Nacur. O combate à discriminação nas relações laborais, a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, de 2006, e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015). Revista do Ministério Público do Trabalho. MPU/MPT - Ministério Público do Trabalho. Nº 49, março de 2015.

⁵³ Gugel, *Op. cit.*, p.281/291.

⁵⁴ *Ibidem*, p.287.

No tocante ao temário auxílio-inclusão, de fato, foi inserida, na LBI (art. 94), a inovadora previsão do pagamento de auxílio-inclusão para os PCD's que passem a trabalhar como empregados e, por decorrência, percam o BPC. Entretanto, tal direito ainda não se concretizou efetivamente. É que, não sendo possível, pela Constituição da República (art. 154, I, c./c. art.195, §4.º), a criação e, principalmente, a efetivação de qualquer benefício novo sem a correspondente indicação expressa da fonte de custeio - o que não ocorreu até a atualidade, pois não houve a regulação legal dessa nova vantagem jurídica de seguridade social -, considera-se o mencionado dispositivo ainda carente de eficácia jurídica⁵⁵.

No que concerne ao temário discriminação no trabalho, houve avanços importantes. Embora o princípio geral antidiscriminatório já esteja expressamente enfatizado pela Constituição de 1988 (art. 4.º, IV, *in fine*: "... e quaisquer outras formas de discriminação"), o fato é que o art. 107, "a", da LBI introduziu alterações na Lei n.º 9.029/1995 (art.1º), incluindo no rol de práticas discriminatórias no trabalho também as sofridas pelas pessoas com deficiência. O novo preceito legal inclusive prevê a possibilidade de reintegração do PCD e o ressarcimento monetário de todo o período de afastamento.

Quanto ao temário do Direito Penal, houve a inserção, no art. 88 da LBI, da pena de reclusão de um a três anos, a par de multa, para quem praticar discriminação contra PCD's, inclusive pela não correspondente adaptação, pelo empregador, do ambiente de trabalho para tais pessoas com deficiência.

No que tange ao temário da licitação, o art. 66-A e o art. 104 da LBI (c/c o art. 3.º da Lei n.º. 8.666/1991) estabelecem a preferência nas licitações públicas às empresas que cumpram a Lei n.º. 8.213/1991, relativamente ao sistema de cotas fixado neste diploma previdenciário (art.93) e que atendam aos requisitos de acessibilidade das PCD's. Agrega o art. 66-A da LBI que devem as empresas vencedoras das licitações cumprir iguais disposições ao longo do contrato com o poder público.

No que diz respeito ao temário do saque do FGTS pelo trabalhador com deficiência, a LBI, mediante o seu art. 18, § 4.º, XI, e também o seu art. 99 (ambos preceitos combinados com o art. 20 da Lei do Fundo de Garantia, n.º. 8.036/1990), permite, no curso do contrato de emprego da PCD (e também ao final do contrato, naturalmente), o saque do FGTS para a aquisição de órteses, próteses e equipamentos congêneres.

⁵⁵ Conforme será exposto no final do item 4 deste artigo, existe, no Parlamento, em tramitação de urgência, o Projeto de Lei n.º 6.159, de 2019 (PL n.º 6.159/2019), remetido pelo Poder Executivo, por orientação do Ministério da Economia, que prevê a nova "cota de contribuição", de valor econômico-financeiro, como alternativa à não contratação de pessoas com deficiência. O tema será retomado, conforme dito, no item 4, à frente.

No que trata, por fim, do temário da terceirização, a regra legal regente das cotas (art. 93, § 3.º, da Lei n.º 8.213, de 1991) somente computa, para fins da cota que estabelece imperativamente, a contratação direta da PCD, não valendo, para tal objetivo, a contratação indireta, realizada pelo caminho da terceirização. Ou seja, trabalhadores terceirizados que sejam PCD's não contam na cota da empresa tomadora dos serviços, em decorrência da alteração que a LBI fez, explicitamente, no citado art. 93, § 3.º, da Lei Previdenciária n.º. 8.213/1991⁵⁶.

5 OS IMPACTOS INTRODUZIDOS PELA LEI DA REFORMA TRABALHISTA DE 2017 NAS RELAÇÕES DE TRABALHO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Este item do presente artigo irá realizar, finalmente, uma análise sobre as novas regras e figuras normativas introduzidas pela Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017, que entrou em vigência no País a contar de 11 de novembro do mesmo ano, e suas correlações com o trabalho das pessoas com deficiência.

O estudo observará três recortes: em primeiro lugar, a negociação coletiva trabalhista, que passou a ser estruturada à base da prevalência do convencionado sobre o legislado (art. 611, *caput*, CLT). A preocupação deste texto envolve as repercussões que podem ter esse novo formato legal com respeito ao padrão normativo de inclusão das pessoas com deficiência nos contratos de trabalho.

Em segundo lugar, as cotas para o trabalhador PCD. O foco deste estudo são as repercussões das mudanças legais de 2017 no sistema de cotas implantado no País nas últimas décadas, a partir da matriz constitucional de 1988, e que têm favorecido muito as pessoas com deficiência. Entre essas repercussões encontra-se o debate sobre a aplicação (ou não) da nova figura do contrato intermitente (art. 443, *caput*, c./c. art. 452, “a”, da CLT) às cotas de trabalho para as PCD's.

Em terceiro lugar, os impactos das novas regras sobre terceirização às relações de trabalho que envolvem PCD's. O fato é que, entre 2017 e 2018, foi significativamente alargada essa fórmula de contratação trabalhista. Neste caso, a nova regência normativa advém da Lei n.º 13.429, de 31 de março de 2017 (art. 9.º, § 3.º) - diploma legal de 2017 que

⁵⁶ Art. 93 (...)

§ 3º Para a reserva de cargos será considerada somente a **contratação direta** de pessoa com deficiência, excluído o aprendiz com deficiência de que trata a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.” (G.N.).BRASIL Câmara dos Deputados. **LEI 8.213**, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1991/lei-8213-24-julho-1991-363650-publicacaooriginal-1-pl.html> Acesso em: 18 de maio de 2019.

têm de ser lido em conjugação com a Lei da Reforma Trabalhista do mesmo ano -, bem como da subsequente Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017 (art. 4.º, “a” e “c, e § 1.º). Essa nova regência normativa passa também pela decisão vinculante tomada pelo STF, poucos meses depois da Lei da Reforma Trabalhista, em agosto de 2018, alargando os limites da fórmula terceirizante (ADPF n.º 324, c./c. RE n. 958252 - os dois processos com julgamento concluído pelo Supremo Tribunal Federal em 30/8/2018).

Além desses três recortes, este item 4 do presente artigo irá evidenciar, ainda que de modo sumário, que as mudanças regressivas deflagradas pela Lei n.º 13.467/2017, lamentavelmente, não se esgotaram no elenco de regras excludentes integrantes daquele diploma legal. Nos meses e anos subsequentes a 2017, novas medidas seriam implementadas no País na direção regressiva à onda da inclusão inaugurada pela Constituição de 1988. A profundidade dessas medidas e políticas públicas, somada à existência de propostas legislativas ainda mais desfavoráveis em andamento, tudo tende a indicar que, no Brasil, em pleno século XXI, caminha-se para a desconstrução da onda da inclusão promovida e incentivada pela Constituição da República, com a aparente retomada de aspectos excludentes das três ondas anteriores, características de séculos atrás, como a onda da integração, a onda do assistencialismo e a onda da eliminação. Entretanto, este último aspecto do texto consistirá em mera hipótese de pesquisa, que somente seria viável de ser melhor testada em outra investigação acadêmica e em outro artigo a ser elaborado.

Passando-se à análise dos três pontos enfatizados para o estudo deste item 4, destaque-se, a partir deste instante, o exame das novas regras da negociação coletiva trabalhista, em conformidade com a Lei n.º 13.467, de 2017, em especial sua fórmula de prevalência do negociado sobre o legislado.

Na linha exposta na obra de Delgado e Delgado,⁵⁷ esta autora também defende não ser possível que os instrumentos normativos de trabalho transacionem sobre direitos de indisponibilidade absoluta - como se trata das regras e casos envolventes às PCD's. Com respeito a este assunto, aliás, o Ministério Público do Trabalho (MPT) já se posicionou formalmente, enfatizando o entendimento de que descabe qualquer alteração da cota prevista no art. 93 da Lei n.º 8.213/91 por meio de dispositivos insertos em instrumentos normativos de trabalho (Convenções Coletivas e/ou Acordos Coletivos de Trabalho). Leia-se, a este propósito, o Enunciado n.º 25/2019 da Câmara de Coordenação e Revisão (CCR) do Ministério Público do Trabalho:

⁵⁷ DELGADO, M. G; DELGADO, G. N. **A reforma trabalhista no Brasil** - com comentários à Lei n.º 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017, p.269.

ENUNCIADO nº 25/CCR (266ª Sessão Ordinária, realizada em 26/02/19 - DOU Seção 1 - 14/03/19 - págs. 96/98)⁵⁸

COTAS SOCIAIS. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO OU SUPRESSÃO DA COTA LEGAL POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA. 1. PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INSERÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO. O art. 93 da Lei nº 8.213/91 não faz qualquer ressalva ao cálculo da cota para contratação de pessoas com deficiência, que deve considerar o número de trabalhadores existentes na empresa. Qualquer interpretação que reduza a incidência dessa previsão constitui discriminação a teor da Constituição Federal (art. 5º), da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência da ONU, ratificada pelo país, com status de emenda constitucional e da Lei Brasileira de Inclusão, Lei nº 13.146/2015. Inclusive, o art. 611-B da CLT, inciso XXII, é expresso a respeito, seguindo os princípios dessa legislação. 2. APRENDIZAGEM. A contratação de aprendizes segue a previsão contida no art. 429 da CLT na proporção de 5% a 15% das funções que demandam aprendizagem em cada estabelecimento da empresa. Para fins do cálculo da cota devem ser consideradas as funções que demandam aprendizagem descritas na Classificação Brasileira de Ocupações, a teor do art. 52, do Decreto nº 9.579/2018, ainda que proibidas a pessoas com idade inferior a 18 anos. Trata-se de direito fundamental do adolescente, do jovem e da pessoa com deficiência, que não pode ser reduzido ou suprimido. A disposição contida no art. 611-B da CLT, inciso XXIV é expressa nesse sentido. 3. Em ambos os casos, em se tratando de procedimento de investigação sobre o cumprimento das respectivas cotas, impõe-se a atuação do Ministério Público do Trabalho para atendimento da obrigação legal. Existindo instrumento coletivo prevendo redução ou supressão do percentual exigido pela lei, será necessário também adotar medidas para inibir a renovação da cláusula contrária a normas de ordem pública, sem prejuízo do ajuizamento de eventual ação anulatória.

Este artigo acadêmico compreende que qualquer contrato que envolva PCD's envolve, por óbvio, também normas de saúde e segurança, sob pena de esse tipo de contratação aprofundar as deficiências ou até torná-las de simples para múltiplas. Tais circunstâncias tornam essas contratações infensas a qualquer diminuição ou alteração por meio de dispositivo de ACT ou CCT. É o que resulta da aplicação não apenas do próprio inciso XVII do art. 611-B da CLT (inserido pela Lei n.º 13.467/2017), mas do conjunto normativo e principiológico da Constituição da República Federativa do Brasil, já suficientemente estudado e enfatizado neste artigo (vide item 3, retro).

Igualmente, é o que decorre da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, da ONU (CDPD), ratificada pelo Brasil em 2008, com *status* de emenda constitucional. Diversos preceitos da CDPD apontam nesta direção: ilustrativamente, o seu art. 3.º, especialmente na alínea "f", c./c. art. 4.º (princípio da vedação do retrocesso social); art. 4.º, alínea "f" (adoção do “design inclusivo”), art. 4.º, alínea “h” (meio ambiente adaptado); a par disso, o art. art. 9.º (acessibilidade), além do art. 27, item 1 (trabalho com

⁵⁸ BRASIL. Ministério Público do Trabalho. **Enunciados da Câmara de Coordenação e Revisão**. Disponível em <https://mpt.mp.br/pgt/ccr/enunciados-da-ccr-mpt>, Acesso em 27/05/2019.

meio ambiente adaptado)⁵⁹. Observem-se alguns desses preceitos da mencionada Convenção da ONU que, no Brasil, como dito, apresenta *status* de norma constitucional:

Art. 3º Os princípios da presente Convenção são:

(...)

b) A não-discriminação;

c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;

(...)

h) Promover o emprego de pessoas com deficiência no setor privado, mediante políticas e medidas apropriadas, que poderão incluir programas de ação afirmativa, incentivos e outras medidas.⁶⁰

Em continuidade à análise proposta para este item 4, enfoca-se o específico aspecto das cotas de contratação trabalhista para a pessoa com deficiência, inclusive a pertinência (ou não) do manejo do contrato de trabalho intermitente para esse rol de contratações.

Conforme já indicado neste item, a negociação coletiva trabalhista não ostenta poderes para reduzir, desregulamentar ou flexibilizar o sistema imperativo de cotas fixado pela ordem jurídica do País. Além disso, este artigo acadêmico considera que o contrato de trabalho intermitente não atende às exigências de cumprimento dessas cotas, por se tratar de contrato sumamente precário, sem qualquer possibilidade de viabilizar o cumprimento das regras minuciosas de inclusão previstas para as contratações em cotas de PCD's.

De fato, com respeito à possibilidade de aplicação dos contratos intermitentes - previstos, após a Lei n.º 13.467/2017, no art. 443, *caput*, c./c. art. 452, A, da CLT -, a visão negativa têm sido muito enfática, em decorrência da ampla incompatibilidade desse tipo de contrato precário trabalhista aos objetivos e cuidados brandidas pela ordem jurídica no tocante à inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Autores como Gomes⁶¹ e Gugel⁶² citam, inclusive, a ilicitude de tal prática, em face do disposto no art. 122 do Código Civil Brasileiro, ou seja⁶³, o contrato não pode estar sujeito ao puro arbítrio de uma das partes

⁵⁹BRASIL. **DECRETO 6.949**, de 25 de agosto de 2009.

⁶⁰*Idem*. “Artigo 27 (...) b) Proteger os direitos das pessoas com deficiência, em condições de igualdade com as demais pessoas, às condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo iguais oportunidades e igual remuneração por trabalho de igual valor, condições seguras e salubres de trabalho, além de reparação de injustiças e proteção contra o assédio no trabalho; c) Assegurar que as pessoas com deficiência possam exercer seus direitos trabalhistas e sindicais, em condições de igualdade com as demais pessoas; (...) i) Assegurar que adaptações razoáveis sejam feitas para pessoas com deficiência no local de trabalho;”

⁶¹ GOMES, A. C. N. O contrato de trabalho intermitente no direito comparado e na Lei n.º 13.467/2017: no “vale tudo” e no “tudo pode” no Brasil. PIRES, R. de O., LORENTZ, L. N., BARBOSA, A. A. **A reforma trabalhista (Lei nº. 13.467/2017) na visão dos magistrados do trabalho, procuradores do trabalho e advogados trabalhistas**. Belo Horizonte: RTM, 2018, p.277.

⁶² Gugel, *op. cit*, p. 295-296,

⁶³ “Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o **sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes**.” BRASIL. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Acesso em: 19 de maio de 2019.

(no caso, do empregador).

Em harmonia a este entendimento, consideramos manifesta a inconstitucionalidade de tal preceito - caso estendido à cotas de PCD's -, por agredir o disposto no art. 7.º, XXXI, c./c. art. 37, VIII, da Constituição da República.

Além disso, tal prática entraria em choque também com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas (CDPD), em seus arts. 3.º, 4.º e 27. Vale lembrar que a Convenção da ONU - que, no Brasil, tem enquadramento como conjunto de normas constitucionais - faz a previsão do pleno emprego como forma de inclusão social das PCD's, insistindo também nas ações afirmativas nessa direção (arts. 3.º, 4.º e 27).

A inconveniência das regras do contrato de trabalho intermitente, particularmente se estendido às cotas de contratação de PCD's, acontece também em face de diplomas internacionais da OIT, todos ratificados pelo Brasil. Cite-se, por exemplo, a Convenção 155 da OIT, que trata da Segurança e Saúde dos Trabalhadores e Meio Ambiente do Trabalho.

Na verdade, a própria figura do contrato de trabalho intermitente, por sua agressividade precarizante, afronta diversos outros diplomas internacionais da OIT internamente ratificados - afronta que se tornaria maior caso fosse a figura estendida às cotas de contratação de pessoas com deficiência. Citem-se as Convenções da OIT 95 (Proteção ao Salário), a Convenção 131 (Fixação do Salário Mínimo) e a Convenção 111 (Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação).

Também nesta mesma linha de incompatibilidade, emergem as regras da Lei Brasileira de Inclusão das Pessoas com Deficiência (LBI), conforme se pode perceber de seu art. 34, §3.º, c./c. arts. 101, 104, 105 e 107 da LBI. Tais dispositivos enfatizam a ideia de inclusão, com o engrandecimento das pessoas com deficiência - dinâmica que se torna inviável com o contrato precário de caráter intermitente⁶⁴.

Finalmente, com relação aos possíveis impactos sobre o alargamento da terceirização

⁶⁴ O art. 34 da LBI, por exemplo, em seu *caput* e § 1º, deixa manifesta esta intenção e lógica inclusivas, situadas muito longe da intenção e lógica precarizantes do contrato de trabalho intermitente. Eis o texto legal mencionado: “Art. 34. A pessoa com deficiência tem direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em **ambiente acessível e inclusivo**, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

(...)

§ 1º As pessoas jurídicas de direito público, privado ou de qualquer natureza são obrigadas a garantir **ambientes de trabalho acessíveis e inclusivos**.” (n.g.).

§ 3º É vedada qualquer restrição ao trabalho da pessoa com deficiência e qualquer discriminação em razão de sua condição, inclusive nas etapas de recrutamento, seleção, contratação, admissão, exames admissional e periódico, permanência no emprego, ascensão funcional e reabilitação profissional, bem como exigência de aptidão plena” (g.n.). BRASIL. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. BRASIL. **LBI – Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 18 de maio de 2019.

às relações de trabalho que envolvem pessoas com deficiência, a preocupação e incompatibilidade seguem na mesma direção anterior. Conforme visto, esse alargamento das possibilidades de manejo da fórmula terceirizante decorreu não só do disposto na Lei n.º 13.429, de 31 de março de 2017 (art. 9.º, §3.º) e na Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017 (art. 4.º, “a”, “c”, § 1.º), mas também da decisão vinculante do STF, exarada em 30 de agosto de 2018 (processos ADPF 324 e RE 958252)⁶⁵.

Ora, é inegável que os trabalhadores terceirizados estão mais sujeitos a acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, em face de seu mais agressivo ritmo de trabalho e da maior precarização e singeleza organizacional das empresas de terceirização, estando também mais sujeito às práticas de trabalho escravo⁶⁶. Tais circunstância evidenciam a inadequação dessa fórmula de contratação aos objetivos da inclusão trabalhista das pessoas com deficiência. Além disso, o art. 4.º, “c”, § 2.º, da Lei n.º 13.467/2017 propiciou uma clara discriminação remuneratória entre o trabalhador terceirizado e o empregado da empresa contratante da terceirização⁶⁷ - o que, a mais um fundamento, indica a incompatibilidade dessa fórmula, regra geral, com os objetivos de inclusão perseguidos pela ordem jurídica constitucional e internacional ratificada do País.

A fórmula terceirizante também apresenta maior dificuldade de atendimento a todos os requisitos legais exigidos para a inclusão das pessoas com deficiência, enfatizados pela Convenção da ONU e já mencionados neste artigo. Ilustrativamente, a adoção do "design inclusivo" de que fala os arts. 3.º e 4.º da CDPD; o meio ambiente adaptado de que fala o art. 4.º, "f"; a acessibilidade mencionada pelo art. 9.º; o trabalho em meio ambiente adequado referido pelo art. 4.º e pelo item 1 do art. 27 da CDPD.

De toda maneira, não bastando todos esses argumentos, fica claro que a Lei Brasileira de Inclusão das Pessoas com Deficiência (LBI) somente admitiu, para fins de cumprimento das cotas fixadas no art. 93.º, § 3.º, da Lei nº 8.231, de 1991, a contratação direta pela própria empresa, sem espaço para o artifício de se somar a esse elenco de contratações os trabalhadores terceirizados.

⁶⁵ DELGADO, G. N.; PINHEIRO, M.. Regência normativa da terceirização trabalhista no Brasil à luz da Lei n. 13.429/2017 e da Lei 13.467/2017. PIRES, R. de O., LORENTZ, L. N., BARBOSA, A. A. **A reforma trabalhista (Lei n.º. 13.467/2017) na visão dos magistrados do trabalho, procuradores do trabalho e advogados trabalhistas**. Belo Horizonte: RTM, 2018, p.333/336.

⁶⁶ RODRIGUES, S. N. A. C. As inconstitucionalidades da terceirização das atividades-fim das empresas à luz das leis 13.429/2017 e lei 13.467/2017. PIRES, R. de O., LORENTZ, L. N., BARBOSA, A. A. **A reforma trabalhista (Lei n.º. 13.467/2017) na visão dos magistrados do trabalho, procuradores do trabalho e advogados trabalhistas**. Belo Horizonte: RTM, 2018, p.329

⁶⁷ DELGADO. DELGADO. *Op. cit.* p.209.

Conforme se observa, a Lei da Reforma Trabalhista de 2017, com os diplomas e decisões judiciais que lhe são harmônicas, abriu uma cunha na onda da inclusão inaugurada no Brasil pela Constituição de 1988. Os pontos de ruptura (ou de ameaça de ruptura) com o padrão civilizatório deflagrado pela Constituição da República e pelos diplomas internacionais ratificados em seguida a 1988, a par das leis federais internas publicadas na mesma direção, tudo passou a ser colocado em risco, a partir da senda regressiva aberta pela Lei n.º 13.467, de 2017.

O que é mais grave, infelizmente, é que a reforma trabalhista e a regressão civilizatória por ela propiciada não se esgotaram no diploma legal de 2017. Poucos meses após 11 de novembro de 2017 (data de início da vigência da Lei n.º 13.467), diversas medidas, diplomas normativos e políticas públicas despontaram, sequencialmente, evidenciando que a tendência regressiva não se concentraria em um só ato e em um só diploma legal, mas traduzia um processo histórico tenaz de retorno a fases mais atrasadas do roteiro de inclusão civilizatória das pessoas com deficiência. Embora o estudo dessas medidas, diplomas normativos e políticas públicas subsequentes a novembro de 2017 não seja objeto deste artigo acadêmico, ficam aqui, neste texto, lançados alguns exemplos para fins de melhor pesquisa, exame e reflexão por investigações ulteriores a serem elaboradas pela comunidade acadêmica. De todo modo, indicam que a Lei da Reforma Trabalhista foi, no campo das pessoas com deficiência, o prenúncio de uma fase história de enormes desafios e regressões.

Nesse rol singelo e sumariado, mencionem-se, ilustrativamente: a) a extinção do Ministério do Trabalho e Emprego pela Medida Provisória n.º 870, de 1.º de janeiro de 2019, convertida na Lei n.º 13.844, de 2019. Ora, o Ministério do Trabalho consistia em importante e estratégico órgão de fiscalização do cumprimento da ordem jurídica do País, conferindo, usualmente, foco específico nas normas e medidas de inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. A transferência de parte de suas atribuições para o Ministério da Economia não supre a eliminação institucional do órgão trabalhista, pois, além de tudo, o enfoque da área econômica federal é na linha empresarial, com forte resistência às perspectivas humanistas, sociais e trabalhistas; b) a Medida Provisória n.º 905, de 11 de novembro de 2019, que reduziu distintos direitos trabalhistas, com potencialidade de atingir, infelizmente, também as pessoas com deficiência inseridas no mercado de trabalho; c) a Medida Provisória n.º 927, de 22 de março de 2020, que acentuou a retirada de direitos e as regras precarizantes de contratações trabalhistas no País.

Nesse elenco de medidas contrárias à onda inclusiva deflagrada pela Constituição de 1988, deve ser ressaltada a presença do Projeto de Lei n.º 6.159, de 2019 (PL n.º 6.159/2019),

encaminhado pelo Poder Executivo ao Parlamento, sob orientação do Ministro de Economia do Governo Federal, apresentado com pedido de tramitação de urgência. Tal PL propõe mudanças bastantes substanciais na ordem jurídica relativamente às pessoas com deficiência, em geral com caráter e direcionamento regressivos. Assim, prevê a exclusão das cotas de PCD's em atividades perigosas, de terceirização, de trabalho temporário etc. O recente PL prevê também uma "Cota-Contribuição" de 2 (dois) salários mínimos a ser paga pelos empregadores, mensalmente, ao Programa de Habilitação e Reabilitação Física e Profissional, Prevenção e Redução de Acidentes de Trabalho, do Ministério da Economia, por cargo de PCD não preenchido. Ou seja, propõe o PL n.º 6.159/2019 uma alternativa econômica à não contratação das PCD's, excluindo tais pessoas do direito ao trabalho digno, em clara violação à Constituição Federal de 1988 (art. 7.º, XXXI, c./c. art. 227, §1º, II), à Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (arts. 1.º e 3.º, alíneas "b", "e", c./c. art. 27, da CDPD), às Convenções da OIT 111 e 159, além de afrontar o espírito e direcionamento inclusivos da Lei Brasileira de Inclusão (arts. 8.º, 17, 34 e 35 da Lei n.º 13.146/2015). Lamentavelmente este PL é regressivo à fase de eliminação das pessoas com deficiência, agredindo o princípio da igualdade expressamente previsto pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão⁶⁸ e pela própria Constituição de 1988. Ora, pela diretriz exposta no PL n.º 6.159/2019, se as empresas podem pagar 2 (dois) salários mínimos mensais para não contratarem pessoas com deficiência, elas deveriam igualmente pagar o mesmo montante para não contratarem os empregados ditos "normais". Ademais o empregado com deficiência sequer receberá o valor desses 2 (dois) salários mínimos, pois este irá para o citado Fundo do Ministério da Economia; o trabalhador receberá o auxílio-inclusão regulado pelo PL, ou o Benefício de Prestação Continuada (BPC), no importe de um salário mínimo. Entretanto este trabalhador não será efetivamente incluído na economia e na sociedade, pela via do emprego, deixando de ganhar o seu salário todo mês, aumentando a miserabilidade dessas pessoas e onerando a folha de pagamento da Previdência Social, porque nos outros meses da vida da pessoa com deficiência ela tanto não irá mais contribuir para o INSS, quanto irá receber o BPC ou auxílio-inclusão (se satisfazer os seus requisitos legais), aumentando ainda mais o tão aclamado déficit do INSS. Ademais, as PCD's deixarão de ser incluídas na sociedade pela via do trabalho digno, em decorrência dessa desregulamentação e/ou

⁶⁸ O Brasil passou a integrar a ONU já em sua fundação no ano de 1945, e é um dos signatários originais da Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948, in Resolução n.º 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas. USP – Universidade de São Paulo. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declarações-e-Tratados-Internacionais-de-Proteção/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em: 18 de maio de 2019.

flexibilização do sistema de cotas implantado logo depois da promulgação da Constituição de 1988 e aperfeiçoado nas décadas seguintes no País.

De toda maneira, conforme já bastante explicitado, o estudo dessas novas medidas, políticas públicas e propostas regressivas, por além da Lei da Reforma Trabalhista de 2017, evidentemente não se enquadra nos limites deste artigo acadêmico, devendo ser objeto de novas pesquisas e textos, a serem posteriormente elaborados dentro dessa temática.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo procurou estudar o padrão jurídico de inserção das pessoas com deficiência (identificadas pela sigla PCD) no Brasil contemporâneo, tomando como marco temporal inicial a Constituição da República de cinco de outubro de 1988.

Para efetivar tal estudo, buscou apresentar, inicialmente, parâmetros gerais da inserção dessas pessoas na sociedade e no mercado de trabalho em especial, valendo-se, para tanto, de estudos técnicos e estatísticos realizados por instituições oficiais internacionais e brasileiras.

Também inicialmente este artigo teve o cuidado de sumarizar os padrões de inserção (ou de exclusão) das pessoas com deficiência no mundo ocidental e no Brasil, em particular, anteriormente ao padrão mais complexo e civilizado assumido pela Constituição de 1988. Tratou tais padrões como "ondas", identificando, dessa maneira, quatro ondas principais no interior e desenvolvimento dessa temática: a onda da eliminação; a onda do assistencialismo; a onda da integração; e, por fim, mais recentemente, a onda da inclusão - que foi, no Brasil, introduzida pela mais recente Constituição da República.

Passou o artigo, a seguir, a examinar o padrão de regulação da inserção das pessoas com deficiência na sociedade e suas instituições, inclusive o Estado, com foco essencial, naturalmente, no mercado de trabalho e nas relações trabalhistas. Nesse exame, identificou alguns diplomas normativos fundamentais, quais sejam: a Constituição Federal de 1988; a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), aprovada pela ONU em 2006 e, logo depois, em 2008, ratificada pelo Brasil; e, por fim, a Lei Brasileira de Inclusão das Pessoas com Deficiência (LBI), também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, promulgada em 2015. O texto fez ainda menção a outros diplomas normativos que, entre 1988 e 2015, mostraram importância e influência nessa temática no Brasil.

Pela análise realizada, ficou claro que o País adentrou, a partir da nova Constituição da República e dos avanços normativos que ela iria provocar desde a sua promulgação em 1988

até o ano de 2015, na denominada "onda de inclusão", que tem caracterizado os países mais desenvolvidos ocidentais a partir do término da Segunda Grande Guerra.

Finalmente, o artigo estudou os aspectos principais da Lei da Reforma Trabalhista de 2017 (Lei n.º 13.467/2017), indicando em que medida se chocam com esse padrão sofisticado, complexo e civilizado de inserção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho e nas relações trabalhistas.

Embora centrando o seu foco, nesse período mais recente, apenas na Lei n.º 13.467, de 2017, o artigo ainda percebeu que a regressão jurídica aberta pela Lei da Reforma Trabalhista estudada, infelizmente, abriu um ciclo regressivo temporalmente mais extenso, sendo seguida, nos anos posteriores, por outros diplomas jurídicos e medidas de políticas públicas na mesma direção antitética à onda da inclusão das pessoas com deficiência inaugurada pela Constituição de 1988.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAYLOS, A. **Direito do trabalho: modelo para armar.** Trad. Flávio Benites e Cristina Schultz. São Paulo: LTr, 1999.

BÍBLIA SAGRADA. **Novo Testamento.** São Paulo: Loyola, 1982.

BIHR, A. **Du “grand soir” a “l’alternative”.** Le mouvement ouvrier européen crise. Paris: Les Éditions Ouvrières, 1991.

BONFIM, S. M. M. A pessoa com deficiência e os direitos à previdência social e à assistência social. In: Gonzaga, E.A; MEDEIROS, J.L.R. de. Ministério Público, sociedade e a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência. Brasília: **ESMPU**, p.167/206, ano 2018.

BRASIL Câmara dos Deputados. **LEI 8.213**, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1991/lei-8213-24-julho-1991-363650-publicacaooriginal-1-pl.html> Acesso em: 18 de maio de 2019

BRASIL. **Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Acesso em: 19 de maio de 2019.

BRASIL. **Constituição Federal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 19 de maio de 2019.

BRASIL. **DECRETO N. 6.949**, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm Acesso em: 18 de maio de 2019.

BRASIL. **DECRETO N. 3.298**, de 20 de dezembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm Acesso em: 18 de maio de 2019.

BRASIL. **DECRETO LEGISLATIVO N. 51**, de 1989. Aprova os textos das Convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT que especifica. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1989/decretolegislativo-51-25-agosto-1989-360126-publicacaooriginal-1-pl.html> Acesso em: 18 de maio de 2019.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional de Saúde**. 2013. Ciclos de vida. Brasil e grandes regiões. Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94522.pdf> Acesso em 29 de maio de 2019.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **PNS 2013**: 12,4% das pessoas que sofreram acidente de trabalho tiveram sequelas. Censo 2010. Disponível em <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?busca=1&id=1&idnoticia=3202&t=pns-2013-12-4-pessoas-que-sofreram-acidente-trabalho-tiveram-sequelas&view=noticia> Acesso em: 29 de maio de 2019.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Retrato da pessoa com deficiência no Brasil segundo o censo de 1991**. Brasília. Ago, 2003. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4536%3Atd-0975-retrato-da-pessoa-com-deficiencia-no-brasil-segundo-o-censo-de-1991&catid=170%3Apresidencia&directory=1&Itemid=1. Acesso em: 31 de jul de 2015.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. SILVEIRA, F.G. et al. **Nota Técnica. Deficiência e dependência no debate sobre a elegibilidade ao BPC**. Brasília. nov, 2016. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/161129_nt_31_disoc.pdf Acesso em 28 de maio de 2019.

BRASIL. LBI – **Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 18 de maio de 2019.

BRASIL. **LEI N. 13.146**, de 06 de julho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm Acesso em: 18 de maio de 2019.

BRASIL. **Ministério da Economia. Secretaria da Previdência**. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/servicos-ao-cidadao/todos-os-servicos/beneficio-assistencial-a-pessoa-com-deficiencia/> Acesso em: 31 de jul de 2015

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. **Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social – BPC**. Disponível em http://www.mds.gov.br/relocrys/bpc/download_beneficiarios_bpc.htm Acesso em 19 de maio de 2019.

BRASIL. Ministério Público do Estado do Paraná. **Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) da Organização Mundial de Saúde (OMS)**. Curitiba: CAOPIPPD, Área da Pessoa Portadora de Deficiência, [s/d]. Disponível em: <http://www.ppd.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=13>. Acesso em 18 de

maio de 2015.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. **Enunciados da Câmara de Coordenação e Revisão**. Disponível em <https://mpt.mp.br/pgt/ccr/enunciados-da-ccr-mpt> Acesso em 27 de maio de 2019.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. **Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social – BPC**. Quantitativo de benefícios e recursos investidos por unidade da federação de pagamento no período de 1996 a 2020, disponível em http://www.mds.gov.br/relocrys/bpc/download_beneficiarios_bpc.htm. Acesso em: 26 de abril de 2011.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Observatório do Mercado de Trabalho Nacional do MTE**. Boletim de Indicadores do Mercado de Trabalho. Pessoas com deficiência, n.º 3. Out-Dez, 2010. Disponível em http://www3.mte.gov.br/observatorio/indicadores_boletim_03.pdf. Acesso em 22 de maio de 2015.

BRASIL. MINISTÉRIO DO TRABALHO **Secretaria de Inspeção do Trabalho Divisão de Fiscalização para Inclusão de Pessoas com Deficiência e Combate à Discriminação no Trabalho**.

BRASIL. STJ - Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=377&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true> Acesso em: 18 de maio de 2019.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CROCHIK, J. L. **Preconceito: indivíduo e cultura**. São Paulo: Robe Editorial, 1997.

DELGADO, G. N.; PINHEIRO, M. Regência normativa da terceirização trabalhista no Brasil à luz da Lei n.º 13.429/2017 e da Lei n.º 13.467/2017. In: PIRES, R. O; LORENTZ, L. N; BARBOSA, A. A. (coords). **A reforma trabalhista (Lei n.º. 13.467/2017) na visão dos magistrados do trabalho, procuradores do trabalho e advogados trabalhistas**. Belo Horizonte: RTM, 2018.

DELGADO, M. G. **Capitalismo, trabalho e emprego** – entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. **A reforma trabalhista no Brasil** - com comentários à lei n.º 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, M. G.; PORTO, L. (org.). **O estado de bem-estar social no século XXI**. São Paulo: LTr, 2007.

FARIAS, N.; BUCHALLA, C. M. A Classificação Internacional De Funcionalidade, Incapacidade e Saúde da Organização Mundial de Saúde: conceitos, usos e perspectivas. **Revista Brasileira de Epidemiologia**, São Paulo, v. 8, n.º 2.

FONSECA, R. T. M. da. *In*: BATISTA, C. A. Mota. **Inclusão: construção na diversidade**. Belo Horizonte: Armazém das Ideias, 2004.

GOFFMAN, E. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988.

GOMES, A. C. N.. O contrato de trabalho intermitente no direito comparado e na Lei n.º 13.467/2017: no “vale tudo” e no “tudo pode” no Brasil. PIRES, R. O.; LORENTZ, L. N.; BARBOSA, A. A. (coords). **A reforma trabalhista (Lei n.º 13.467/2017) na visão dos magistrados do trabalho, procuradores do trabalho e advogados trabalhistas**. Belo Horizonte: RTM, 2018.

GONZAGA, E. A. **Direitos das pessoas com deficiência**. 3.ed. Rio de Janeiro: WVA, 2012.

GUGEL, M. A. O mundo do Trabalho e as pessoas com deficiência. *In*: Gonzaga, E.A; MEDEIROS, J.L.R. de. **Ministério Público, sociedade e a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência**. Brasília: ESMPU, p. 278-302, ano 2018.

HITLER, A. **Mein Kampf**. São Paulo: Centauro, 2001.

LORENTZ, Lutiana N. **A norma da igualdade e o trabalho das pessoas com deficiência**. 2 ed., São Paulo: LTr, 2015.

LORENTZ, L. N. O combate à discriminação nas relações laborais, a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, de 2006, e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015). **Revista do Ministério Público do Trabalho**. Brasília, n.49. março de 2015.

NOGUEIRA, G. C. *et al.* **Perfil das Pessoas com deficiência física e políticas públicas: a distância entre as intenções e gestos**. Ciência e Saúde Coletiva, v. 21, n. 10, out. 2016. Disponível em <https://www.scielo.org/article/csc/2016.v21n10/3131-3142> Acesso em: 21 de março de 2019.

OLIVEIRA, N. H. C. **Casa da Esperança**. Instituto São Rafael. Jornal Dois Pontos, Belo Horizonte, Caderno Instituição de Destaque, jan./fev. de 1996, p. 86.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A Inclusão Social e o Direito às Pessoas com Deficiência no Brasil: uma agenda de desenvolvimento pós-2015**. Brasília, DF: ONUBR, 2013. Disponível em https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/07/UN_Position_Paper-People_with_Disabilities.pdf Acesso em 29 de mai de 2019.

PIRES, R. O; LORENTZ, L. N; BARBOSA, A. A. (coords). **A reforma trabalhista (Lei n.º 13.467/2017) na visão dos magistrados do trabalho, procuradores do trabalho e advogados trabalhistas**. Belo Horizonte: RTM, 2018.

PLATÃO. Las Leyes o de la legislación. *In*: **Obras completas**. 2.ed. Madrid: Aguilar, 1979.

PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília: Organização das Nações Unidas. Disponível em: http://www.pnud.org.br/unv/projetos.php?id_unv=16. Acesso em 22 de abril de 2019.

RENAULT, L. O.; CANTELLI, P. O.; VIANA, M. T. **Discriminação**. 2.ed. Paulo: LTr, 2010.

RODRIGUES, Safira N. A. C. As inconstitucionalidades da terceirização das atividades-fim das empresas à luz das leis 13.429/2017 e 13.467/2017. PIRES, R. O.; LORENTZ, L. N.; BARBOSA, A. A. (orgs.). **A reforma trabalhista (Lei nº. 13.467/2017) na visão dos magistrados do trabalho, procuradores do trabalho e advogados trabalhistas**. Belo Horizonte: RTM, 2018.

SARLET, I. W. (org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SHIEBER, B. M. **Iniciação ao direito trabalhista norte-americano**. São Paulo: LTr, 1988.

USP. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Declaração Universal dos Direitos Humanos/1948. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declarações-e-Tratados-Internacionais-de-Proteção/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html> Acesso em 29 de maio de 2019.

WUCHER, G. **Minorias**: proteção internacional em prol da democracia. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO COLLECTIVE BARGAINING

Fernando Valdés Dal-Ré¹

RESUMEN: El reconocimiento de la negociación colectiva como un derecho constitucionalmente amparado data de épocas relativamente recientes. El derecho que enuncia queda configurado como un derecho cívico y, además, se integra en el contenido esencial de la libertad sindical, bajo la condición de derecho iusfundamental. El propósito de este estudio se centra en examinar la jurisprudencia del TC recaída en materia de negociación colectiva, la doctrina sobre el art. 37.1 CE y el tratamiento de la negociación colectiva en relación con el derecho de libertad sindical.

PALABRAS CLAVE: Derecho Constitucional; Negociación Colectiva; Libertad sindical; Jurisprudencia Constitucional; art. 37.1 CE.

SUMARIO: 1. La estructura del art. 37.1 CE 2. El derecho a la negociación colectiva en la jurisprudencia constitucional 2.1. Introducción 2.2. Las bases constitucionales del derecho a la negociación colectiva. 2.2.1. La eficacia directa del art. 37.1 CE. Y el reconocimiento a la negociación de eficacia limitada de cobertura constitucional. 2.2.2. La titularidad del derecho a negociar. 2.2.3. El alcance objetivo del art. 37.1 CE: la exclusión de la negociación colectiva de los funcionarios públicos 2.2.4. Los límites a la libertad de estipulación 2.2.4.1. Autonomía individual y negociación colectiva. 2.2.4.2. Orden legal y negociación colectiva. 2.2.4.3. Orden constitucional y negociación colectiva. La afectación del principio de igualdad a la actividad contractual colectiva. 2.3. El derecho a la negociación colectiva como contenido esencial de la libertad sindical. 2.3.1. La doctrina general. 2.3.2 Legitimación negocial y libertad sindical. 3. Bibliografía citada

ABSTRACT: The recognition of collective bargaining as a constitutionally protected right dates from relatively recent times. The right is configured as a civic right and, furthermore, it is integrated into the essential content of syndical freedom, under the condition of fundamental right. The purpose of this study focuses on examining the jurisprudence of the TC relapsing in the matter of collective bargaining, the doctrine on art. 37.1 SC and the treatment of collective bargaining in relation to the right to syndical freedom.

KEYWORDS: Constitutional rights; Collective bargaining; Syndical freedom; Constitutional Jurisprudence; art. 37.1 SC.

SUMMARY: 1. The structure of art. 37.1 SC 2. The right to collective bargaining in constitutional jurisprudence 2.1. Introduction 2.2. The right to collective bargaining's constitutional bases. 2.2.1. The art. 37.1 SC's direct effectiveness. And the recognition of the negotiation of limited effectiveness of constitutional coverage. 2.2.2. Ownership of the right to negotiate 2.2.3. The objective scope of art. 37.1 CE: the exclusion from collective bargaining of public officials 2.2.4. The limits to the freedom of stipulation 2.2.4.1. Individual autonomy and collective bargaining 2.2.4.2. Legal order and collective bargaining 2.2.4.3. Constitutional order and collective bargaining. The effect of the equality's principle on collective contractual activity 2.3. The right to collective bargaining as essential content of syndical freedom. 2.3.1. The general doctrine 2.3.2 Business legitimacy and syndical freedom. 3. Bibliography.

1 LA ESTRUCTURA DEL ART. 37.1 CE

¹Artigo enviado em: 07/02/2020.

Artigo aprovado em 23/03/2020 e 29/04/2020.

Profesor Doctor de Derecho del Trabajo. Universidad Complutense de Madrid.

RDRST, Brasília, Volume V, n. 3, 2019, p 228-252, Set-Dez/2019

El reconocimiento de la negociación colectiva como un derecho constitucionalmente amparado data de épocas relativamente recientes. En concreto, son las Constituciones europeas pertenecientes a la tercera generación del constitucionalismo del siglo XX, dictadas en la década de los años setenta tras el derrumbamiento de regímenes totalitarios de naturaleza fascista o bonapartista, las que comienzan a incorporar a su articulado la negociación colectiva, concibiéndola como un derecho dotado de sustantividad propia y no sólo como una singular manifestación del general derecho de actividad que asiste a sindicatos y asociaciones de empresarios en la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios.

Siguiendo la senda de la Constitución portuguesa, nuestro texto constitucional (CE) alude de manera expresa y directa a la negociación colectiva en su art. 37.1, a tenor del cual “la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios colectivos”. Como tuve ocasión de razonar apenas promulgada la CE, este pasaje instituye, a favor de la autonomía negocial, una doble garantía, entendida la expresión no sólo en un sentido material, relativo a la dualidad de materias garantizadas, sino, adicionalmente, en un sentido formal: la Constitución garantiza, al tiempo que mandata garantizar a la ley², tanto el derecho a la negociación colectiva como la fuerza vinculante de los convenios colectivos.

Sin entrar a analizar el contenido material de esta doble y cruzada garantía, el art. 37.1 CE adopta la estructura lógico-formal propia de las normas iusfundamentales: enuncia un derecho, prefigurando algunos de sus elementos. Por su ubicación sistemática, el derecho que enuncia queda configurado como un derecho cívico y, por lo mismo, se encuentra amparado por los mecanismos de tutela que el texto constitucional brinda a esta modalidad de derechos y libertades (art. 53.1 CE). Pero además de configurarse como un derecho de ciudadanía, la negociación colectiva, cuando se emprende y ejerce por las organizaciones sindicales, se integra en el contenido esencial de la libertad sindical y, bajo la condición de derecho iusfundamental, queda protegido por los privilegiados remedios jurisdiccionales que la CE reserva a los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 53.2). Más adelante habrá ocasión de retornar sobre las conexiones entre ambos, bastando por el momento haber puesto

² VALDES DAL-RÉ, F. La negociación colectiva en la Constitución, **Revista de Política Social**, núm. 121, 1979, p. 470.
ALONSO OLEA, M. **Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución**. Madrid: Civitas, 1982, p. 120.

de manifiesto, ya desde un principio, esta doble naturaleza del derecho de negociación colectiva.

Por su parte, los elementos del derecho que prefigura el mencionado art. 37.1 CE son los tres siguientes: titularidad, contenido y eficacia del resultado de la actividad negocial realizada por los sujetos colectivos. Ahora bien, el pasaje constitucional a examen no instituye, respecto de ninguno de estos tres elementos del sistema de negociación colectiva, una regla de la que pueda deducirse, en virtud del principio de supremacía de la Constitución, la obligada adopción de una concreta opción política por el legislador ordinario y, por consiguiente, el obligado rechazo de otras posibles opciones políticas que ya no podrían ser tomadas en consideración por el propio legislador. La CE, en suma, no contiene un modelo cerrado sobre ninguno de los elementos del derecho de negociación colectiva objeto de regulación; muy antes al contrario, admite plurales variantes y opciones, correspondiendo al legislador ordinario, en el ejercicio de sus funciones, elegir una de entre ellas.

La libertad de la que dispone el legislador ordinario en el desarrollo del derecho a la negociación colectiva no es, sin embargo, una libertad absoluta. O enunciada la idea en términos menos sumarios, la ausencia de un catálogo de opciones de política de derecho que, de manera definitiva, definan, desde el art. 37.1 CE, algunos de los elementos esenciales del sistema español de negociación colectiva ofrece al legislador ordinario unos anchos márgenes de libertad normativa. Pero no es ésta una libertad plena o incondicionada; es, antes al contrario, una libertad que ha observar ciertos límites, que son los que actúan, desde una perspectiva constitucional, como límites a la acción legislativa.

No es mi intención entrar a analizar estos límites³, bastando aquí con efectuar una observación de carácter sustantivo. Ya se ha hecho notar que el art. 37.1 CE formula una doble garantía cuyo objeto material es el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos. Pero estas garantías se encuentran a su vez dobladas desde el punto de vista de la fuente de protección: la CE es fuente atributiva directa de ciertas garantías, al tiempo que ordena a la ley instituir unas garantías.

De seguro, el objeto de la garantía de ambas fuentes, de la constitucional y de la legal, es el mismo; pero difiere en su alcance. Desde su superioridad, lo que la CE garantiza es, de un lado, el derecho a la negociación colectiva, entendido como un ámbito de libertad de organización y acción, y, de otro, la fuerza vinculante del convenio, articulada mediante una

³ VALDES DAL-RÉ, F. El modelo español de negociación colectiva. En Pérez de los Cobos, F./Goerlich Peset, J.M. (Coords.). **El régimen jurídico de la negociación colectiva en España**: Estudios en homenaje al profesor Sala Franco. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 53.

especial protección conferida a los efectos del resultado negocial. Pero el mandato formulado en el art. 37.1 CE no queda reducido al reconocimiento de estas garantías sustantivas. Su alcance va más allá, pues aquél pasaje constitucional impone al legislador el deber de adoptar acciones positivas que, en esquemática síntesis, procuren promover de manera activa, real y efectiva la negociación colectiva y sus resultados. Por este lado, el art. 37.1 CE adopta una estructura jurídica compleja o, si se quiere, plural. Por una parte, enuncia una garantía institucional, que exige del legislador una intervención encaminada a asegurar la efectividad del derecho a la negociación colectiva y de la fuerza vinculante del convenio; una intervención que la propia Constitución considera como complemento indispensable para garantizar el ejercicio del derecho de libertad que formula⁴. Por otra, instituye un conjunto de reglas que vinculan a todos los poderes públicos (art. 53.1 CE) y que están dotadas de eficacia normativa directa e inmediata; esto es, que formulan garantías subjetivas.

2 EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

2.1 INTRODUCCIÓN

En su condición de derecho constitucionalmente reconocido, el derecho a la negociación colectiva ha asomado en reiteradas ocasiones a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC). Dentro del capítulo que puede denominarse como doctrina constitucional sobre la actividad negocial de los grupos sociales organizados, los pronunciamientos dictados por ese Alto Tribunal ocupan, sin embargo y si comparados con otros aspectos de las relaciones laborales colectivas, un lugar modesto⁵. Desde una perspectiva estrictamente cuantitativa, los grandes ejes temáticos de esta jurisprudencia son los dos siguientes: de un lado, las relaciones entre la negociación colectiva y otros derechos laborales de base constitucional, señaladamente el principio de igualdad, la libertad sindical y el derecho a la tutela judicial, y de otro, las relaciones entre la autonomía negocial y los otros cauces de ordenación y fijación de condiciones de trabajo (autonomía privada y legislación). Este

⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional, **RL**, núm. 7, 1992, p. 3.

⁵ Hasta mayo de 2008, el número de sentencias no había alcanzado el centenar y medio. En bastantes de ellas, por otra parte, las referencias a la negociación colectiva resultan periféricas o de tono menor. Depurado este tipo de resoluciones, los pronunciamientos del TC que abordan de manera directa algún aspecto del derecho a la negociación colectiva pueden situarse en el entorno de las ciento veinte.

conjunto de resoluciones ha servido, desde luego, para ir elaborando un nada desdeñable cuerpo de doctrina sobre muy variadas cuestiones. No obstante ello, los núcleos fuertes del derecho a la negociación colectiva, aquellos en derredor de los cuales se estructura el art. 37.1 CE (contenido y límites de las garantías constitucionalizadas: derecho a la negociación colectiva y fuerza vinculante del convenio colectivo) siguen abiertos a interpretaciones resueltamente divergentes.

Por lo demás, la inmensa mayoría de los asuntos sobre negociación colectiva, sometidos a enjuiciamiento del TC, se han articulado a través de recursos de amparo, constituyendo minoría las ocasiones en que el Supremo Intérprete de la Constitución ha debido de emitir un juicio sobre la conformidad o no de un precepto legal al texto constitucional. Tal vez, este dato puede ofrecer una cierta explicación de la ausencia de doctrina constitucional sobre los elementos vertebradores del art. 37.1 CE.

El propósito de las reflexiones que a continuación siguen se centra en examinar la jurisprudencial del TC recaída en materia de negociación colectiva a cuyos efectos esta jurisprudencia se va a agrupar en torno a dos grandes capítulos. En el primero, se analizará la doctrina sobre el art. 37.1 CE en si mismo considerado; en el segundo, en cambio, se abordará el tratamiento de la negociación colectiva en relación con el derecho de libertad sindical.

2.2 LAS BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

2.2.1 La eficacia directa del art. 37.1 CE. Y el reconocimiento a la negociación de eficacia limitada de cobertura constitucional

Uno de los aspectos más discutidos del art. 37.1 CE ha sido el de la eficacia del derecho que enuncia, cuestión ésta sobre la que un sector de la doctrina científica vienen atribuyendo a dicho precepto la condición de simple mandato al legislador⁶. No es momento éste de entrar en la polémica con esta tesis, a mi juicio carente de toda razonable

⁶ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. **La eficacia de los convenios colectivos y su contenido en el Estatuto de los Trabajadores**. Madrid: IES, 1981, p. 24.

MONTOYA MELGAR, A. Sobre la viabilidad legal de convenios colectivos al margen del estatuto de los Trabajadores. En AA.VV. **Problemas actuales de la negociación colectiva**, Madrid: Acarl, 1984, p. 58.

DURÁN LÓPEZ, F. El Estatuto de los Trabajadores y la negociación colectiva. **Relaciones Laborales (RL)**, núms. 15-16, 1990, p. 23.

GALIANA MORENO, J. La eficacia de los convenios colectivos en el derecho español de trabajo. **La eficacia de los convenios colectivos**, XIII Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid: MTAS, 2003, p. 49.

fundamentación jurídico-constitucional⁷, bastando con señalar que el TC tuvo la oportunidad de abordar tan relevante cuestión, declarando que el mandato que el art. 37.1 CE formula a la ley de garantizar el derecho a la negociación colectiva no priva a las garantías contenidas en ese precepto de eficacia inmediata. “La facultad reconocida a los representantes de los trabajadores y empresarios – diría la sentencia 58/1985, de 30 de abril – de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva es una facultad no derivada de la Ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional” (FJ. 3º).

Es ésta una doctrina que lleva aparejada un caudal de consecuencias constructivas en la conformación del derecho constitucional a la negociación colectiva. En concreto y en lo que me interesa destacar, la configuración de este derecho como un derecho no necesitado del complemento de una ley para ejercitar eficacia jurídica directa e inmediata priva de todo razonable soporte tanto a quienes defienden la ilegalidad de los convenios negociados al margen de las previsiones establecidas en el Título III del ET⁸ como a quienes, con mayor moderación, entienden que la única negociación colectiva que goza de amparo constitucional es la desarrollada por el ET; esto es, la negociación colectiva de eficacia general o *erga omnes*. La cobertura constitucional de la negociación colectiva de eficacia limitada ha sido reiteradamente afirmada por el TC. En tal sentido, la sentencia 73/1984, de 11 de julio, sienta de manera implícita esta doctrina, al hacer notar que “la legítima opción legislativa a favor de un convenio dotado de eficacia general (en todo caso) no agota la virtualidad del precepto constitucional (...)” (FJ 2º). Por su parte, la sentencia 108/1989, de 9 de junio, ya otorga pleno respaldo constitucional a la negociación colectiva de eficacia limitada, al decir que la clasificación de los convenios en estatutarios y extraestatutarios se asienta en una decisión legislativa, “simple consecuencia de que se cumplan o no los requisitos de mayoría representativa que el Estatuto de los Trabajadores exige para la regulación del convenio colectivo, al que se otorga en este caso un plus de eficacia” personal (FJ 2º). En fin, la sentencia 121/2001, de 10 de abril, confirma con contundencia ese respaldo, afirmando que los convenios de eficacia limitada, reducida o relativa, ya que “circunscriben su fuerza vinculante a los trabajadores y empresarios representados por las partes signatarias”, se encuentran “amparados por el art. 37.1 CE, en cuanto (este precepto) garantiza el derecho a la negociación colectiva entre los representantes de los trabajadores y los empresarios” (FJ 5º).

⁷ VALDES DAL-RÉ, F. La eficacia jurídica de los convenios colectivos, **Temas Laborales**, núm. 76, 2004, p. 41.

⁸ MONTOYA MELGAR, A. Sobre la viabilidad legal de convenios colectivos al margen del estatuto de los Trabajadores. En AA.VV. **Problemas actuales de la negociación colectiva**, Madrid: Acarl, 1984, p. 60.

2.2.2 La titularidad del derecho a negociar

La TC ha tenido oportunidad de abordar algunos de los problemas relacionados con la titularidad del derecho a la negociación colectiva. En ese sentido y de manera ininterrumpida desde los primeros pronunciamientos hasta la actualidad, el TC no ha dudado en atribuir al sindicato-asociación la facultad de negociación, facultad ésta perteneciente al contenido esencial de la libertad sindical (entre los pronunciamientos de la primera época, pueden citarse las sentencias 70/1982, de 29 de noviembre; 37/1983, de 11 de mayo; 118/1983, de 13 diciembre o, en fin, 45/1984, de 17 de marzo; entre las resoluciones más modernas, se encuentran las sentencias 121/2001, de 4 de junio, 238/2005, de 26 de septiembre). Pero la titularidad del derecho a la negociación colectiva no solo pertenece en exclusiva al sindicato, no se ejercita por éste “en una posición de monopolio”, pues la CE ha partido “de un amplio reconocimiento de los titulares de los derechos colectivos laborales” (sentencia 118/1983, de 13 de diciembre, FJ. 4º). Quiénes son esos otros titulares, es interrogante que, sin embargo, el TC no ha terminado de enunciar, no cerrando sin embargo la facultad de negociar ex art. 37.1 CE a otras instancias organizativas distintas de la asociativa (sindicato), a las que la sentencia últimamente citada alude bajo la poco expresiva locución de “otras posibilidades”.

Aun cuando a poco de promulgarse el texto constitucional defendí una interpretación amplia de la titularidad del derecho constitucional a la negociación colectiva, coincidente con la posición luego sugerida, más que desarrollada, por el propio TC⁹, una interpretación sistemática de los arts. 28.1 y 37, apartados 1 y 2, CE priva de razonable fundamento a esa interpretación. En la medida, en efecto, en que la única forma de representación de los trabajadores constitucionalmente amparada es el sindicato, es éste el único sujeto colectivo que puede ser titular de los derechos de acción colectiva constitucionalmente reconocidos. Desde luego, los comités de empresa y los delegados de personal son titulares, en nuestro sistema de negociación colectiva de eficacia general, de un derecho de negociación; pero al carecer tales representaciones de cobertura constitucional, éste derecho tiene una naturaleza, un desarrollo y una tutela estrictamente legales¹⁰.

⁹ VALDES DAL-RÉ, F. La negociación colectiva en la Constitución, **Revista de Política Social**, núm. 121, 1979, p. 479.

¹⁰ LAHERA FORTEZA, J. **La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios**. Madrid: CES, 2000, p. 117.

2.2.3 El ámbito objetivo del art. 37.1 CE: la exclusión de la negociación colectiva de los funcionarios públicos

La doctrina científica española, apenas promulgada la CE, vino polemizando acerca de la cobertura constitucional del derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos. No es cuestión ahora de reproducir los términos de este debate, cuyo interés, de otro lado, ha ido decreciendo a medida que la legislación ordinaria ha procedido a regularlo. No estará de más destacar, no obstante ello, la interpretación dada por la jurisprudencia constitucional a ésta cuestión.

La sentencia del TC 57/1982, de 27 de julio, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el fundamento constitucional del derecho de negociación colectiva de los funcionarios, descartando que los arts. 28.1 y 37.1 CE otorguen acceso a la tutela del amparo constitucional. Dijo en aquella ocasión el TC que, "del derecho de sindicación de los funcionarios, no deriva como consecuencia necesaria la negociación colectiva, y menos todavía con efectos vinculantes, porque no existe un racional nexo causal que conduzca con exclusividad a aquellas consecuencias al no ser obligado en lógica y en derecho que de la agrupación de los funcionarios en defensa de sus intereses derive como única solución el celebrar un convenio obligatorio, haciendo perder la supremacía de la Administración con graves consecuencias", pudiendo optar el legislador por diferentes medidas "que resuelvan adecuadamente la participación de los órganos representativos de los funcionarios en la determinación de las condiciones de trabajo" (FJ. 9).

Valorada críticamente por amplios sectores de la doctrina científica española, el criterio del TC de excluir a los funcionarios públicos del ámbito del art. 37.1 CE no me parece objetable. Como ya he tenido ocasión de razonar en otro lugar¹¹, lo que contempla este pasaje constitucional es la negociación colectiva laboral, expresión ésta que ha de ser entendida en su sentido más técnico o, en palabras del propio TC, como "un poder de regulación afectado a un concreto fin, cual es la ordenación de las relaciones laborales" (sentencia 58/1985, de 30-4, FJ. 4º).

Pero al margen de lo anterior, discutible resulta, sin embargo, la tesis mantenida por el propio TC de la desvinculación del derecho de negociación colectiva ejercitado por organizaciones sindicales que agrupan funcionarios públicos del derecho de libertad sindical,

¹¹ VALDES DAL-RÉ, F. El modelo español de negociación colectiva. En Pérez de los Cobos, F./Goerlich Peset, J.M. (Coords.), **El régimen jurídico de la negociación colectiva en España: Estudios en homenaje al profesor Sala Franco**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 81.

máxime a la luz de la propia doctrina constitucional sobre el contenido esencial de la libertad sindical a tenor de la cual "forma parte del derecho fundamental sindical el derecho de los sindicatos al ejercicio de las facultades de negociación", vinculación ésta que no sino consecuencia de una consideración sistemática del derecho de libertad sindical enunciado en el art. 28.1 CE que no solo atiende a su vertiente individual sino también a su vertiente colectiva; esto es, al conjunto de derechos "de los sindicatos al libre ejercicio de su actividad de cara a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios" (sentencia 73/1984, de 27-6, FJ. 1º).

Elaborada con el designio de preservar "a todo trance la concepción acontractual de la relación de empleo público en la vertiente de teoría estatutaria"¹², la principal consecuencia de esta doctrina constitucional, una vez que el legislador ha procedido a desarrollar la negociación colectiva en la función pública¹³, es la ubicación del derecho de negociación colectiva de los sindicatos de funcionarios en el contenido adicional, en lugar de en el contenido esencial, de la libertad sindical (sentencias 80/200 y 222/2005, citadas). Por este lado, el margen que el TC confiere al legislador ordinario trasciende la facultad de acomodar el derecho de negociación colectiva en la función pública a las peculiaridades y especialidades de las Administraciones Públicas, comprendiendo el juicio sobre la oportunidad o conveniencia de reconocer o no a los funcionarios públicos procedimientos de participación en sus condiciones de empleo. En la medida en que el derecho de negociación colectiva de los sindicatos que asocian a funcionarios públicos queda fuera del contenido esencial de su derecho de sindicación, integrándose en su contenido adicional, una decisión legislativa que suprima ese derecho de la tabla de derechos sindicales de este tipo de empleados públicos no incurriría en una vulneración del art. 28.1 CE; no sería, en suma, una medida política inconstitucional.

2.2.4 Los límites a la libertad de estipulación

El reconocimiento del derecho a la negociación colectiva *ex art. 37.1 CE* comporta la libertad de contratación, una de cuyas manifestaciones es, como ya se ha tenido oportunidad de

¹² ROQUETA BUJ, R. **La negociación colectiva en la función pública**. Valencia: Tirant lo Blanch/Universidad, 1996, p. 53.

¹³ Tal se hizo, primeramente, con la Ley 9/1987, de 11 de noviembre, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las administraciones Públicas (LORAP), modificada por la Ley 9/1990, de 19-7. En la actualidad, la negociación colectiva de los funcionarios se regula en los arts. 31-38 de la Ley 7/2007, de 12-4, del estatuto Básico del Empleado Público.

hacer notar, la libertad de estipulación, entendida como facultad de las partes de seleccionar las materias que van a ser tratadas durante el proceso de negociación y, en su caso, incorporadas al resultado negociado, al convenio o acuerdo colectivo. Sin embargo, la libertad de estipulación no es una libertad absoluta sino limitada, afirmación ésta que abre la reflexión a una de las cuestiones más delicadas y complejas del derecho a la negociación colectiva, cual es la relativa a determinar su extensión y límites.

Razonando sobre tan relevante problema, la sentencia 58/1985, citada, manifestó que no corresponde al TC elaborar una teoría general sobre la extensión y los límites de la libertad de estipulación, indicando que semejante tarea ha de ser encarada “paulatinamente por doctrina y jurisprudencia laborales a la vista de las concretas experiencias contractuales y de los cambios y vicisitudes de la legalidad infraconstitucional y del entorno económico y social en que dicha legalidad se desenvuelve” (FJ. 5º). Pero al margen de esta declaración, probablemente predicable de la mayor parte de los problemas que suscita la actividad contractual colectiva, la propia jurisprudencia constitucional también ha contribuido a esa tarea, colaborando activamente a precisar el sentido de la facultad de estipulación así como a definir su campo de actuación respecto de los tres órdenes con los que la negociación colectiva, dado su complejo encuadramiento constitucional, puede entrar en diálogo, el cual resulta pacífico en la mayor parte de las veces pero en ocasiones puede ser conflictivo. Esos órdenes son el individual, el legal y el constitucional. Dada la muy diversas problemáticas que cada uno de ellos suscita, su examen ha de acometerse por separado.

2.2.4.1 Autonomía individual y negociación colectiva

La sentencia TC 58/1985, citada, será el primer pronunciamiento que abordará las relaciones entre autonomía individual y negociación colectiva, sentando dos grandes criterios o principios. De un lado – dirá esa resolución -, la negociación colectiva no puede anular la autonomía individual, de modo que ésta, garantía de la libertad personal, ha de contar con los márgenes de actuación necesarios incluso allí donde las exigencias de índole económica, técnica o productiva reclamen una conformación colectiva de condiciones de trabajo. De otro, la capacidad de la negociación colectiva de incidir en el terreno de los derechos e intereses individuales no puede ser cuestionada, pues de otro modo se negaría toda virtualidad a la negociación colectiva, “contradiendo el significado del convenio en cuya naturaleza está el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual y de los intereses de la colectividad sobre

los concretos de los individuos que la componen” (FJ. 6º). Dentro del respeto a estos dos principios básicos, “la solución de cada problema dudoso planteado es cuestión a realizar caso por caso, valorando y ponderando la totalidad de circunstancias concurrentes” (FJ. 6º, *in fine*).

Como puede advertirse con facilidad, la anterior es una doctrina muy general y de encomiable prudencia, que no hace otra cosa que tomar nota de las tensiones que anidan y afloran entre la negociación colectiva y la autonomía individual, descartando que estas tensiones puedan resolverse a través de cualquier de las posiciones más extremadas que conducirían a la negación del espacio vital de desenvolvimiento de cualquiera de estos dos cauces de fijación de condiciones de trabajo enfrentados. Hasta la actualidad, el TC ha tenido oportunidad de aplicar en cinco ocasiones la doctrina expuesta, que a la postre apela a la jurisprudencia del caso concreto para solventar los conflictos que se sometan a su conocimiento; son ellas las sentencias 102/1992, de 1 de julio (asunto “Catalana de Occidente), 208/1993, de 28 de junio (asunto “Telefónica de España SA”), 107/2000, de 5 de mayo (asunto “Entretenimiento de Automóviles SA”, EASA), 225/2001, de 26 de noviembre (asunto “Renault España Comercial SA”, RECSA) y 238/2005, de 26 de septiembre (asunto “Caja de Ahorro y Monte de Piedad de Madrid”).

El supuesto de hecho de todos estos pronunciamientos es el mismo: un empresario ofrece a una pluralidad de trabajadores a su servicio la aplicación de determinadas condiciones de trabajo, procediendo un buen número de los destinatarios a la aceptación individual de dicha oferta. A lo largo de estas resoluciones, el TC ha procedido a delimitar las fronteras recíprocas de la autonomía individual y de la negociación colectiva o, por expresar la idea con mayor rigor, los espacios de la autonomía individual respecto de la autonomía colectiva, formulando un cuerpo de doctrina que puede ya calificarse como consolidado. De conformidad con el mismo, el margen de actuación de la autonomía individual viene definido tanto por los espacios no ocupados por la negociación colectiva como por aquellos otros afectados por ésta, siempre que se respete la configuración y la fuerza vinculante del convenio. En cambio, son contrarios al art. 28.1 CE los pactos individuales o las decisiones unilaterales del empresario que pretendan u ocasionen objetivamente la sustitución del régimen previsto en la norma colectiva por otro diferente o, en otras palabras, que eludan o soslayen la función negociadora de las organizaciones sindicales o vacíen sustancialmente el contenido efectivo del convenio o acuerdo colectivo (sentencias 208/1993, FJ. 3º; 107/2000, FJ. 10; 225/2001, FJ. 7º y 238/2005, FJ. 4º). O por enunciar la misma idea con las palabras de la sentencia 238/2005, el empresario, actuando de manera unilateral o en concierto con un grupo de trabajadores individualmente considerados, puede incidir en la disciplina de las relaciones laborales; pero no puede hacerlo frente al derecho

a la negociación colectiva del sindicato, derecho éste que incluye “el respeto al resultado alcanzado en el correspondiente procedimiento de negociación y a su fuerza vinculante, así como la sujeción a los procedimientos de modificación convencional establecidos” (FJ. 7º). Por lo demás, elementos valorativos o factores indiciarios de estas conductas antisindicales pueden ser el impacto general de la medida o, como gusta decir al TC, “la trascendencia, importancia y significado” de las medidas de modificación (sentencias 195/1992, FJ. 5º, y 107/2000, FJ. 7º).

A efectos de la calificación de la concreta utilización masiva de la autonomía individual como medida compatible o no con las bases constitucionales de nuestro sistema de relaciones laborales, la jurisprudencia constitucional considera irrelevantes una serie de aspectos. Por lo pronto, resulta irrelevante el carácter peyorativo o no de la modificación operada. O en palabras menos sumarias: una vez constatada que la decisión empresarial, aceptada por los trabajadores, produce una sustitución sindical, violentando la posición institucional de los sindicatos y desconociendo la función de regulación laboral que estos tienen reconocida, el efecto favorable o adverso de la actuación empresarial carece de toda relevancia en el juicio de ponderación. Irrelevante resulta, igualmente, que la modificación derive de una decisión unilateral del empresario o nazca de la voluntaria aceptación por parte de los trabajadores de la oferta empresarial, la cual no excluye por si misma la posible vulneración del art. 28.1 CE al poder “quebrar la fuerza vinculante del convenio colectivo” (sentencia 105/1992, FJ.6º) y, con ello, el poder de regulación laboral constitucionalmente reconocido a las organizaciones sindicales. En tercer lugar, tampoco ha de atribuirse relevancia jurídica al hecho de que la modificación operada pueda o no considerarse como colectiva *ex art.* 41.4 ET, pues el mayor o menor número de trabajadores afectados “en modo alguno altera la naturaleza indudablemente colectiva, en función de su origen”, de una condición establecida en un convenio colectivo (sentencia 238/2005, FJ. 7º). En cuarto lugar, también es indiferente la intencionalidad de la actuación empresarial, pudiendo cobijarse la perturbación lesiva del papel institucional del sindicato tanto en una estrategia destinada a mermar su función reguladora como en una conducta constitutiva de una vulneración objetiva de la libertad sindical, que atienda exclusivamente al resultado para el derecho (sentencias 208/1993, FJ. 4º, y 225/2002, FJ. 4º). Finalmente, carece igualmente de relevancia el momento de la alteración de la condición, ya que la vulneración del derecho de libertad sindical puede producirse tanto durante la vigencia de un convenio colectivo como en el curso del proceso de negociación o de renegociación del convenio vencido (tal es el supuesto de hecho de la sentencia 107/2000).

Por aplicación de esta doctrina, el TC ha estimado atentatorios al derecho de negociación colectiva, entendido como contenido esencial de la libertad sindical, aquellos pactos individuales o decisiones unilaterales consistentes en el cambio de horario de jornada continuada a jornada partida, previa supresión de la jornada laboral de los sábados y el abono de un plus económico en concepto de dieta de manutención (asunto “Catalana Occidente”), la fijación de los incrementos retributivos anuales (asunto “EASA”), el establecimiento de unos aumentos salariales, de una medida de flexibilidad de horario y de unas compensaciones por tiempo de trabajo extraordinario (asunto “RECSA”) y, en fin, la introducción de un sistema de jornada partida (asunto “Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid”). Por el contrario, no se ha calificado como conducta antisindical la decisión de la empresa, seguida de la aceptación voluntaria de los trabajadores, de establecer unas gratificaciones temporales así como un plus de disponibilidad en razón de que dicha decisión no comportó la modificación del convenio colectivo vigente al no estar reguladas en el referido convenio ni aquellas gratificaciones ni este plus (asunto “Telefónica de España SA”).

2.2.4.2 Orden legal y negociación colectiva

En su confrontación con el orden legal, el principal problema que la experiencia contractual ha suscitado ha sido, de seguro, la compatibilidad del control imperativo de las rentas salariales por vía presupuestaria con el derecho a la negociación colectiva o, más en concreto, con la libertad contractual. Durante largo tiempo, el problema apenas enunciado quedó imprejuizado en la jurisprudencia constitucional en razón, fundamentalmente, de no haber accedido al debate constitucional a través del cauce procesal adecuado. Hasta fechas relativamente recientes, tantas cuantas veces se promovió recurso de amparo alegando la presunta vulneración del art. 37.1 CE, el TC inadmitió por auto el recurso en atención a no ser ese precepto susceptible de protección mediante ese específico remedio procesal, no apreciándose, de otro lado, violación de la libertad sindical ya que, aun cuando la negociación colectiva es función esencial del sindicato, “ello no significa que el convenio colectivo resultado del ejercicio de ese derecho se convierta en fuente única de las condiciones de trabajo o excluya el legítimo ejercicio de su actividad por los restantes poderes normativos constitucionalmente reconocidos” (auto 217/1984, de 3 de abril, FJ. 3º).

La sentencia 62/2001, de 1 de marzo, que resuelve recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra determinados preceptos de la ley de

presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón de 1993, ha abordado, finalmente, la problemática anteriormente reseñada. En lo que aquí importa reseñar, la sentencia declara que el establecimiento de unos topes al crecimiento retributivo, impuestos por la ley presupuestaria del Estado, resulta respetuoso y compatible con el derecho a la negociación colectiva garantizado en el art. 37.1 CE. Sin embargo, resulta reprochable que una declaración semejante no haya ido acompañada de la correspondiente argumentación jurídico constitucional, incurriendo este pronunciamiento en un razonamiento de tipo apodíctico y de autoridad. Por éste lado, puede afirmarse que el problema a examen ha sido formalmente abordado, aunque no lo haya sido materialmente ya que el TC sigue sin exteriorizar las razones que avalan este tipo de restricciones sobre la libertad de estipulación.

Dentro de este mismo capítulo de relaciones entre orden legal y negociación colectiva, no puede dejar de citarse la doctrina sentada por la sentencia 210/1990, de 20 de diciembre, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad promovida en relación con el párrafo segundo de la Ley 4/1983, de 29 de junio, a tenor del cual “la puesta en práctica de la jornada que se establece en la presente Ley (la vigente de 40 horas semanales), no afectará a la ordenación global de la jornada existente en las empresas a la entrada en vigor de esta Ley, salvo pacto en contrario”. Centrando la atención en un aspecto concreto de las numerosas tachas de presunta inconstitucionalidad avanzadas por el juez promotor de esta cuestión, cual es el relativo a la compatibilidad de la aplicación inmediata de la ley con el derecho a la negociación colectiva, la doctrina sentada por la citada sentencia resulta tan contundente como concisa, formulándose, de otro lado, con un acentuado criterio de generalidad, hasta el punto de poder aplicarse sin violencia alguna a los problemas semejantes que puedan surgir a raíz de las modificaciones en el contenido de un convenio colectivo por obra de una reforma legal sobrevenida (sentencia TC, citada, 62/2001, FJ. 2º). Dicha doctrina se articula a través de una doble declaración. La primera consiste en el pleno dominio que, dentro del respeto a los principios constitucionales, posee el legislador ordinario en fijar el momento de entrada en vigor de las leyes. La segunda declaración, que arma la que puede calificarse como teoría constitucional de las relaciones entre la vigencia de una ley y el derecho a la negociación colectiva *ex art. 37.1 CE*, es la no pertenencia al contenido esencial de este derecho de la intangibilidad de lo convenido frente a modificaciones legislativas sobrevenidas. Este precepto constitucional no puede oponerse o impedir la producción de efectos de las leyes en las fechas dispuestas por las mismas, ya que de él “no emana ni deriva el supuesto derecho a que lo establecido en el convenio colectivo permanezca inalterado y sea inmune a lo establecido en la ley posterior hasta el momento en que el convenio

pierda vigencia, aun cuando la voluntad de dicha ley sea entrar en vigor inmediatamente” (FJ. 3º). De la conjunción de ambas declaraciones resulta como corolario el que, si en uso de la libertad de la que dispone, el legislador prevé una determinada fecha de comienzo de vigencia, “la ley habrá de entrar en vigor entonces, aun cuando afecte a convenios colectivos, no debiendo estimarse lesivo del art. 37.1 CE este efecto” (FJ. 3º). En suma, es el convenio el que debe respetar y someterse a la ley y a las normas de mayor rango jerárquico “y no al contrario, siendo constitucionalmente inaceptable que una ley no pueda entrar en vigor en la fecha dispuesta por el legislador” (FJ. 3º).

2.2.4.3 Orden constitucional y negociación colectiva. La afectación del principio de igualdad a la actividad contractual colectiva

Uno de los problemas más debatidos por el moderno constitucionalismo es el relativo a determinar la eficacia de los derechos fundamentales y libertades públicas consagrados en los textos constitucionales, dilucidando si dicha eficacia actúa exclusivamente frente a los poderes públicos o desarrolla, con mayor amplitud, una eficacia general o *erga omnes*, que incluye a los poderes privados. Sin entrar en el examen de la cuestión enunciada, ni tan siquiera de manera superficial, lo que me importa destacar es que la jurisprudencia constitucional, rectificando las vacilaciones de los primeros pronunciamientos, ha venido aceptando una interpretación amplia, considerando que “en un Estado Social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social” (sentencias TC 18/1984, de 7-2 (FJ 6º) y 177/1988, de 10 de octubre, FJ 4º).

En el ámbito de la negociación colectiva, la eficacia limitada o *erga omnes* de los derechos fundamentales se ha planteado básicamente respecto de los derechos de igualdad y no discriminación. En tal sentido, la muy relevante sentencia 177/1988, de 10 de octubre, sentará dos criterios a partir de los cuales es dable elaborar los principios generales que informan las relaciones entre el derecho a la negociación colectiva *ex* art. 37.1 CE y los referidos derechos (reiterada, entre otras, por las sentencias TC 171/1989, de 19 de octubre; 119/2002, de 20 de mayo; 27/2004, de 4 de marzo y 280/2006, de 9 octubre).

a) La sentencia comentada hará notar, por lo pronto, que el convenio colectivo no queda excluido del ámbito de aplicación del principio de igualdad, que puede erigirse por lo mismo en límite a la libertad contractual colectiva. La vinculación del convenio colectivo se fundamenta, además de en consideraciones de orden general, tales como la configuración de la igualdad como

valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE) o la cláusula de la igualdad real del art. 9.12 del propio texto constitucional, en razones particulares. La primera es la relevancia cuasi-pública que alcanza el convenio colectivo, “al menos en la más importante de sus manifestaciones”, en razón de ser negociado por sujetos dotados de representación institucional y, por cuanto, una vez pactado, adquiere eficacia normativa y “se incardina en el sistema de fuentes del Derecho” (FJ. 5º) (también sentencias TC 171/1989, de 19 de octubre, FJ 2.b; 119/2002, de 20 de mayo, FJ 6º; 27/2004, de 4 de marzo, FJ. 4º, y 280/2006, de 9 octubre, FJ 4º)¹⁴. La segunda razón reside en el sometimiento del convenio colectivo, “en cuanto tiene valor normativo, a las normas de mayor rango jerárquico” y en el respeto al cuadro de derechos fundamentales formulados en el texto constitucional, señaladamente a “las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y a la no discriminación” (FJ. 4º) (también sentencias TC 119/2002, de 20 de mayo, FJ 6º; 27/2004, de 4 de marzo, FJ. 4º, y 280/2006, de 9 de octubre, FJ 4º).

La inicial y las posteriores sentencias que inician esta saga de resoluciones alcanzan una solución difícilmente discutible. Pero el razonamiento que fundamenta esa solución adolece, a mi juicio, del defecto de estar elaborado desde criterios de estricta legalidad ordinaria en lugar de acometerse desde un prisma constitucional. Como la sentencia 177/1988 reconoce paladinamente, el valor “cuasi-público” y la eficacia normativa del mismo son rasgos predicables del tipo de convenio colectivo legalmente regulado, no siendo en modo alguno deducibles del tenor constitucional. Ni la Constitución atribuye la titularidad del derecho a la negociación colectiva a sujetos con representación institucional, ya que es ésta una opción del legislador con la que se pretende garantizar la seriedad del *erga omnes*, ni tampoco confiere al convenio colectivo una eficacia normativa; se limita, lo que no es poco, a garantizarle una “fuerza vinculante”, noción ésta que, como acredita una interpretación histórico-sistemática, equivale a eficacia real¹⁵. Siendo ello así, como me parece que es, la reiterada decisión de la jurisprudencia constitucional de fundamentar la vinculación del convenio colectivo al principio de igualdad en la configuración de aquél como una norma pudo ser en su momento un recurso hábil para sortear los agudos problemas con que tropieza la aplicación de este principio, concebido como un valladar frente a la arbitrariedad de los poderes públicos, a actos procedentes de sujetos particulares. La invocación de nociones como las utilizadas (valor cuasi-público, representación institucional, jerarquía normativa y eficacia normativa) así lo evidencia. Pero al margen de su

¹⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. El valor cuasi-legal de los convenios colectivos, **RL**, núm. 6, 1987, p. 2.

¹⁵ VALDES DAL-RÉ, F. La eficacia jurídica de los convenios colectivos, **Temas Laborales**, núm. 76, 2004, p. 24.

condición de recurso dialécticamente hábil, es este un argumento alejado del marco constitucional y del que, en una interpretación a contrario, la propia jurisprudencia constitucional – y, con ella, la ordinaria – puede deducir con toda razón que el principio de igualdad no opera en el ámbito de aquellos convenios que carecen de la dignidad de normas incorporadas al sistema formal de fuentes del Derecho. Por este lado y en suma, la vinculación del convenio colectivo al principio de igualdad termina dependiendo no de decisiones constitucionales sino de opciones de política legislativa; esto es, de unas características secundarias de la unitaria noción de convenio colectivo *ex art. 37.1 CE*, huérfanas de todo apoyo constitucional.

b) “La aplicación a los convenios colectivos del principio de igualdad – y se entra en el análisis del segundo de los criterios manejados por la sentencia 177/1988 y reiterados por las posteriores citadas – no es, sin embargo, absoluta sino limitada; no puede tener en la negociación colectiva el mismo alcance que en otros contextos” (FJ 4º). A juicio del TC, esta particularidad proviene de la necesidad de hacer compatible el referido principio con “otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad y que se manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual creada por las partes o de la correspondiente situación jurídica” (FJ.4º). La autonomía colectiva comporta, así, una cierta limitación al juego aplicativo del derecho a la igualdad en la medida en que instituye regulaciones diferenciadas en razón de la empresa, del sector productivo, de la rama de actividad, del ámbito territorial o, en fin, de la profesión u oficio. La distinción dentro del convenio no es “*per se* contraria al principio de igualdad”, siendo preciso examinar “si la diferencia es o no razonable” (sentencias TC, ya citadas, 177/1988, FJ. 4º; 119/2002, FJ.6º; 27/2004, FJ. 4º, y 280/2006, FJ. 5º).

A la vista de la doctrina expuesta, el principio de igualdad actúa en los convenios colectivos únicamente como un instrumento de interdicción de la arbitrariedad, perdiendo en buena medida su contenido positivo para desplegar otro de tipo negativo¹⁶.

El TC ha tenido numerosas oportunidades de aplicar al caso concreto los criterios generales expuestos sobre la vinculación del convenio colectivo al principio de igualdad, dato éste tal vez explicable por la tendencia de los particulares a buscar en el art. 14 CE la llave de acceso al amparo constitucional. De entre los diversos aspectos relacionados con la actividad contractual colectiva que han sido objeto de atención por la doctrina constitucional, aludiré a dos de ellos: ámbito de aplicación del convenio colectivo y contenidos negociados.

¹⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. La exclusión de los trabajadores temporales del ámbito de los convenios colectivos. *RL*, núm. 9, 1988, p. 26.

a) Una de las concretas manifestaciones de la libertad de contratación garantizada en el art. 37.1 CE es la elección, por parte de los sujetos que negocian, del nivel negocial y, con ello, de los ámbitos de aplicación; es ésta una libertad que entra de lleno en la esfera de autonomía que ese pasaje constitucional asegura y que, por lo demás, el art. 83.1 ET concreta. La libre determinación del nivel de negociación no es, sin embargo, absoluta; se encuentra limitada, al margen de por reglas o previsiones convencionales, por el orden constitucional y, en particular y en lo que aquí me importa destacar, por el principio de igualdad.

La doctrina general en punto a la vinculación del derecho a la igualdad sobre la elección del nivel y ámbito aplicativo se formula en la sentencia 136/1987, de 22 de julio. “El principio de igualdad – razonará este pronunciamiento – no obliga a perfilar la unidad de negociación con todos los trabajadores de una empresa o de un ámbito geográfico y funcional determinado”. Por este lado, el TC reconocerá expresamente que la exclusión de un grupo de trabajadores no es en sí misma atentatoria al derecho fundamental a examen, ya que la misma puede estar fundamentada en causas objetivas y justificadas, relacionadas con la “ordenación de la negociación colectiva en virtud de la facultad concedida a las partes por el ordenamiento”. En tal sentido, resulta objetiva y razonable la exclusión de aquél colectivo de trabajadores que cuenta “con suficiente fuerza negociadora” para pactar por separado sus condiciones de trabajo, atributos estos, los de objetividad y razonabilidad, que no concurren en aquellos otros trabajadores “que con precariedad en el empleo o por la modalidad de su contrato de trabajo” - o por cualquier otra causa relevante, expresiva de una situación de déficit negocial, puede añadirse – carecen de poder negociador por sí solos (FJ. 5º). En definitiva, la razonabilidad o no de la fijación del ámbito de aplicación remite a la función más tradicional de la negociación colectiva, que es la procura de mejores condiciones de trabajo. De ahí que, cuando el apartamiento de unos trabajadores de la unidad contractual comporta una vía para la injustificada imposición de unas condiciones de trabajo peyorativas, se introduce en la elección de ese ámbito una diferenciación que puede resultar contraria a la exigencia de la igualdad. Entonces, la determinación del nivel de negociación es arbitraria y atentatoria al principio de igualdad.

b) En lo que concierne al contenido negocial, corresponde igualmente al dominio de las partes acordar los pactos, estipulaciones y cláusulas que estimen convenientes para la defensa de sus intereses, sin que la invocación del principio de igualdad pueda significar un tratamiento uniforme o igual en todos los supuestos. La experiencia contractual demuestra, en efecto, que las diferenciaciones en las condiciones de trabajo forman parte de la fisiología de la propia negociación colectiva. La cuestión se centra en determinar, una vez más, cuando tales

diferenciaciones se encuentran justificadas y responden a un motivo razonable y cuando, empero, son arbitrarias o resultan discriminatorias.

El test de la razonabilidad vuelve a ser la herramienta técnica manejada por el TC a fin de verificar el ajuste o desajuste de los contenidos negociados al orden constitucional. El principio de igualdad no veda el que, en materia salarial o en cualquier otra condición de trabajo, pueda el convenio colectivo establecer distinciones, expresivas de la existencia de factores o circunstancias objetivas que separan a grupos de trabajadores. De ahí, por ejemplo, que no pueda reputarse vulneradoras del art. 14 CE aquella medida que cumple la finalidad de igualar progresivamente con el resto de trabajadores a quienes, teniendo la misma situación laboral de los recurrentes de amparo, “disfrutan de la privilegiada posición de recibir mayores retribuciones” (sentencia 65/1988, de 13 de abril, FJ. 4º). Y de ahí, igualmente, que tampoco pueda calificarse como discriminatoria una mayor retribución concedida a un grupo de trabajadores para compensarles de la pérdida de una determinada ventaja (el abono por el empresario de las cargas fiscales; sentencia 171/1989, de 19 de octubre.), una cláusula convencional que establece la jubilación forzosa al cumplimiento de una determinada edad, anudando ese cese a medidas de política de empleo (compromiso de contratación; sentencia 280/2006, de 9 de octubre) o, en fin, unas diferencias retributivas entre categorías de trabajadores de carácter transitorio, vinculadas no a la fecha de ingreso de los trabajadores sino a la promoción profesional y económica del conjunto de trabajadores de la empresa (sentencia 119/2002, de 20 de mayo, asunto “Volkswagen”). En el lado opuesto, la jurisprudencia constitucional ha estimado atentatorias a los derechos de igualdad y no discriminación unas tablas salariales de convenio que introducen diferencias entre las categorías de peones y limpiadoras basadas en la mayor penosidad y esfuerzo físico de aquellos (sentencia 145/1991, de 1 de julio) así como unas diferencias en la estructura salarial y en las retribuciones entre grupos de trabajadores basadas exclusivamente en un factor de diferenciación temporal: la fecha de ingreso (sentencia TC 27/2004, de 4 de marzo).

2.3 EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBERTAD SINDICAL

2.3.1 La doctrina general

La segunda gran área en la que cabe sintetizar la jurisprudencia constitucional es la relativa a las conexiones entre autonomía negocial y libertad sindical. Es aquí donde se encuentra, de seguro, la doctrina más elaborada, no siendo difícil descubrir un cuerpo de criterios orientados y dirigidos a un claro objetivo: la protección negociadora o, si se prefiere, “la tutela del sindicato como agente negociador”¹⁷.

De un examen de conjunto de la doctrina constitucional enunciada, se advierte de inmediato que la misma es el resultado de un complejo, pausado y articulado proceso de interpretación asentado en dos ejes sustantivos, la configuración del derecho a la negociación colectiva como contenido esencial de la libertad sindical y la consideración del sindicato como único agente negociador cubierto por la libertad sindical, y un eje procesal: el acceso del derecho a la negociación colectiva a la protección dispensada por el amparo constitucional. O por decirlo con la consolidada dicción del propio TC: “la libertad sindical comprende inexcusablemente aquellos medios de acción sindical, entre ellos la negociación colectiva, que contribuyen a que el sindicato pueda desenvolver la actividad a la que está llamado por la CE” (entre otras, sentencias TC 9/1988, 25 de enero, FJ. 2º; 51/1988, de 22 de marzo, FJ. 5º; 127/1989, de 13 de julio, FJ. 3º; 105/1992, de 1 de julio, FJ. 3º; 208/1993, de 28 de junio, FJ. 4º); 74/1996, de 30 de abril, FJ. 4º; 107/2000, de 5 de mayo, FJ. 6º; 121/2001, de 4 de junio, FJ 2º y 238/1005, de 26 de septiembre, FJ. 3º). O por enunciar la misma idea de manera más sumaria: “la negociación colectiva es un medio necesario para el ejercicio de la libertad sindical” (sentencia 98/1985, de 29 de julio, FJ.3º).

a) La configuración del derecho a la negociación colectiva como contenido esencial de la libertad sindical y el acceso de este derecho a la tutela del recurso de amparo son criterios que el TC ha ido elaborando de manera progresiva y simultánea.

Los primeros pronunciamientos del TC en la materia van a estar dominados, más que por las incertidumbres en instituir esa configuración, por la prudencia en fijar el ensamblaje entre actividad contractual y libertad sindical. El TC no desconocerá la pertenencia de la negociación colectiva a la vertiente funcional de la libertad sindical; pero, en un principio, preferirá sugerirlo o apuntarlo más que razonarlo y desarrollarlo. La sentencia 4/1983, de 28 de enero, ilustra esta orientación al afirmar que “no corresponde, pues, a este Tribunal pronunciarse sobre el sistema de negociación colectiva, sino en la medida en que afecte al derecho de libre sindicación” (FJ. 3º). Esta misma línea de prudencia se observará, igualmente, en la sentencia 118/1983, de 13 de diciembre, según la cual “no habrá inconveniente, a los meros efectos dialécticos, considerar

¹⁷ GARCIA MURCIA, J. La tutela del sindicato como agente de negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional. *RL*, núm. 2, 1985, p. 152.

vulnerado el derecho a la negociación colectiva, pero lo que no resulta posible es afirmar, sin otras precisiones adicionales, que toda infracción del art. 37.1 CE lo es también del art. 28.1, de forma que aquella fuera siempre objeto del amparo constitucional” (FJ. 3º).

Estas precisiones adicionales se efectúan en la importante sentencia 73/1984, de 27 de junio, que, forzando la cita de anteriores pronunciamientos a fin de fortalecer la doctrina que ella misma va a concretar, procede a configurar el derecho a la negociación colectiva como contenido esencial de la libertad sindical: “Este Tribunal ha declarado ya en numerosas ocasiones que forma parte del derecho fundamental sindical el derecho de los sindicatos al ejercicio de las facultades de negociación (...). Ello no es sino consecuencia de una consideración del derecho de libertad sindical que atiende no solo al significado individual consagrado en el art. 28.1, que incluye (...), sino a su significado colectivo, en cuanto derecho de los sindicatos al libre ejercicio de su actividad de cara a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios” (FJ. 1º). La consecuencia de esta conexión será muy relevante: toda actividad tendente a entorpecer o impedir la negociación colectiva puede entrañar, al tiempo, una vulneración de la libertad sindical (entre otras muchas, sentencias TC: 98/1985, de 29 de julio, FJ. 3º; 39/1986, de 31 de marzo, FJ. 3º; 187/1987, de 24 de noviembre, FJ. 4º; 51/1988, de 22 de marzo, FJ. 5º; 127/1989, de 13 de julio, FJ. 3º; 105/1992, de 1 de julio, FF.JJ. 2º y 5º; 164/1993, de 18 de mayo, FJ. 3º; 135/1994, de 9 de mayo, FJ. 3º; 95/1996, de 29 de mayo, FJ. 5º; 145/1999, de 22 de julio, FJ. 3º; 80/2000, de 27 de mayo, FJ. 4º, y 238/2005, de 26 de septiembre, FJ. 3º).

b) El art. 37.1 CE atribuye la titularidad del derecho a la negociación colectiva “a los representantes de los trabajadores (y empresarios)”, empleando así una expresión comprensiva, al menos en una primera impresión, de sujetos colectivos diferentes. Una vez sentada la conexión entre autonomía negocial y libertad sindical, el TC hubo de afrontar una segunda cuestión, consistente en elucidar cuáles, de entre esos sujetos, podían impetrar el amparo constitucional frente a una eventual lesión de la libertad sindical (*recte*: de la negociación colectiva, entendida como contenido esencial de ese derecho fundamental).

La respuesta al interrogante enunciado es bien conocida. A partir de una configuración subjetiva u orgánica del derecho de acción sindical, en lugar de funcional, el TC concluirá entendiendo que solo el sindicato-asociación, el sujeto sindical “por excelencia”, es titular de los derechos de libertad sindical *ex art.* 28.1 CE y solo él puede, por lo mismo, utilizar el mecanismo del amparo constitucional para demandar tutela frente a eventuales violaciones de esos derechos. Los otros sujetos colectivos de naturaleza no asociativa, pese a poder ejercer funciones de tutela

de los intereses de los trabajadores, entre otras la autonomía negocial, quedan excluidos de esa titularidad y, por consiguiente, no pueden acceder al amparo constitucional en defensa de sus actividades sindicales.

Esta jurisprudencia, que en su momento fue duramente criticada por un autorizado sector de nuestra doctrina científica¹⁸, no me parece objetable desde una perspectiva constitucional. De conformidad con las opciones constitucionales, el sindicato no se encuentra en una posición de paridad respecto del resto de organizaciones y representaciones de defensa de intereses laborales; ocupa, antes el contrario, una posición privilegiada, tal y como se deduce de su ubicación entre las instituciones que actúan como pilares del Estado Social y Democrático de Derecho; esto es y por decirlo en la afortunada expresión del propio TC – de decidida influencia italiana, por cierto – entre las “instituciones de relevancia constitucional” (en el mismo sentido, sentencias 184/1991, de 30 septiembre y 222/2005, de 12 de septiembre). Por el contrario, no hay violación de la libertad sindical cuando se niega a las organizaciones sindicales no firmantes del convenio colectivo de la participación en comisiones que carecen de funciones negociadoras (en este mismo sentido, sentencias TC 9/1986, de 21 de enero; 39/1986, de 31 de marzo y 213/1991, de 11 de noviembre).

Por lo demás, la doctrina constitucional tan esquemáticamente expuesta cuenta con una notable aplicación al caso concreto. Sirvan de ilustración los criterios sostenidos, entre otras sentencias, por la 73/1984, según la cual se viola la libertad sindical al excluir a un sindicato de la revisión de un convenio colectivo o de la actividad contractual que excede de la mera administración, o por la sentencia 187/1987, de 24 de noviembre, a tenor de la cual la asignación a un sindicato de un menor número de representantes en la comisión negociadora, con la consiguiente reducción de su capacidad negocial, puede vulnerar la libertad sindical.

2.3.2 Legitimación negocial y libertad sindical

En el capítulo de las relaciones entre autonomía negocial y libertad sindical, las reglas de legitimación para negociar convenios de eficacia general han ocupado la atención de la jurisprudencia constitucional; al menos, durante una primera etapa. En concreto, el problema quedó centrado sobre la conformidad o no a la Constitución de las reglas que, de un lado, delimitan los sujetos legitimados para promover y negociar este tipo de convenios (arts. 87 2,4 t 5 ET) y, de otro, regulan la válida conformación de la voluntad negocial (art. 89.3 ET).

¹⁸ ALONSO OLEA, M. *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad Social*, Madrid: Tecnos, 1984, p. 261.

Una primera aproximación a la cuestión apenas enunciada se llevará a cabo por la sentencia 73/1984, en la que el TC reflexionará sobre el sentido y la función de las referidas reglas de legitimación legalmente establecidas. En tal sentido, el TC dirá que los requisitos de legitimación “traducen el doble significado de constituir una garantía de la representatividad de los participantes y expresan un derecho de los más representativos a participar en la negociación, en orden a asegurar la representación de los intereses del conjunto de los trabajadores y empresarios” (FJ. 2º). El criterio expuesto es jurídicamente irreprochable. Desde el momento, en efecto, en que el convenio colectivo estatutario se aplica a todos los trabajadores y empresarios comprendidos en el nivel de negociación, el legislador ordinario no podía dejar de arbitrar aquellas medidas que garantizasen una cualificada representación de los intereses sociales y económicos que aquél pacto aspira a reglamentar y componer. Eficacia general y reglas de legitimación y de adopción de acuerdos son nociones que se combinan y explican recíprocamente, no resultando posible su disociación.

En esta misma sentencia, en la 73/1984, el TC también se referirá a la indisponibilidad de las reglas legales de legitimación contractual. Dijo en aquella ocasión el TC que estos requisitos legales “constituyen un presupuesto de la negociación colectiva que escapa al poder de disposición de las partes negociadoras que no pueden modificarlas libremente” (FJ 2º). Esta tesis, luego reiterada por otros pronunciamientos (las sentencias TC 184/1991, de 30 de septiembre, FJ. 4º; 213/1991, de 11 de noviembre, FJ. 5º y 80/2000, de 27 de marzo, FJ. 8º) nuevamente resulta irreprochable. No obstante, la sentencia 235/1988, de 5 de diciembre, procederá a una aplicación muy relajada del principio de indisponibilidad de las reglas de legitimación, justificando, en un *obiter dictum* muy valorativo, la interpretación flexible del art. 89.3 ET llevada a cabo en el caso a examen por la autoridad laboral. En concreto y refiriéndose a la regla del precepto legal, esta sentencia dirá: “se trata de unas normas legales que en muchos casos se caracterizan por su rigidez o falta de adecuación a las condiciones reales de nuestro sistema de relaciones laborales y que con cierta frecuencia dificultan, por el juego de las sucesivas mayorías, la consecución de acuerdos de eficacia general” (FJ. 4º) . Sin entrar a discutir los problemas concretos suscitados en el recurso de amparo sustanciado por esta concreta resolución, el cambio de posición del TC, aun cuando haya sido transitorio, no me parece razonable ni fundado. Si las reglas del art. 89.3 no pueden ser de libre disposición por los poderes privados, tampoco pueden serlo por los poderes públicos y, menos aún, por la autoridad laboral. En todo caso, en este, como en otros pronunciamientos en materia de negociación colectiva, la jurisprudencia constitucional adolece del grave defecto de

entremezclar y amalgamar en un todo interpretaciones de constitucionalidad con juicios de la más estricta legalidad ordinaria.

En otro orden de consideraciones, la sentencia 57/1989, de 16 de marzo, dictada al resolver unos recursos de inconstitucionalidad acumulados contra determinados preceptos de la Ley 32/1984, de 2 de marzo, sobre modificación de determinados preceptos del ET, tendrá la oportunidad de declarar la constitucionalidad de los arts. 87.2 y 88.1 ET. La exclusión de la legitimación para negociar convenios colectivos de ámbito superior a la empresa a los sindicatos que no reúnan las condiciones previstas en el art. 87.2 no viola los arts. 7, 28.1 y 37.1 CE, “habiendo optado el ET por regular una negociación colectiva de eficacia general que asegure su valor normativo, significando la legitimación, más que una representación en sentido estricto, un poder *ex lege* de actuar y de afectar las esferas jurídicas de otro” (FJ. 2.b).

Este juicio de conformidad a la Constitución de las reglas de legitimación del ET contenido en la sentencia 57/1989 no es, a la postre, sino el eslabón de cierre de una lenta y constante jurisprudencia que vino considerando, ante distintos supuestos de hecho, la no vulneración por los preceptos legales a examen, señaladamente del art. 87.2, del art. 28.1 CE. Esta jurisprudencia se inicia con la sentencia 4/1983, de 28 de enero, en la que se rechaza el reproche de violación por el reseñado precepto legal del derecho de libertad sindical en su vertiente negativa, prosigue con la sentencia 12/1983, de 25 de febrero, que establece el criterio de que no vulnera el art. 28.1 CE la inadmisión en el cálculo de la representatividad del cómputo de las representaciones voluntarias efectuadas por representantes independientes a favor de un sindicato falto de la denominada “legitimación inicial” y culmina, por el momento, con la citada sentencia 57/1989.

3 BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALONSO OLEA, M. **Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución.** Madrid: Civitas, 1982.

ALONSO OLEA, M. **Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad Social,** Madrid: Tecnos, 1984.

DURÁN LÓPEZ, F. El Estatuto de los Trabajadores y la negociación colectiva. **Relaciones Laborales (RL)**, núms. 15-16, 1990, pp. 8-38.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. La exclusión de los trabajadores temporales del ámbito de los convenios colectivos. **RL**, núm. 9, 1988, pp. 18-36.

GALIANA MORENO, J. La eficacia de los convenios colectivos en el derecho español de trabajo. **La eficacia de los convenios colectivos**, XIII Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid: MTAS, 2003, pp. 35-71.

GARCIA MURCIA, J. La tutela del sindicato como agente de negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional. **RL**, núm. 2, 1985, pp. 253-264.

LAHERA FORTEZA, J. **La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios**. Madrid: CES, 2000.

MONTOYA MELGAR, A. Sobre la viabilidad legal de convenios colectivos al margen del estatuto de los Trabajadores. En AA.VV. **Problemas actuales de la negociación colectiva**, Madrid: Acarl, 1984, pp.49-68

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. El valor cuasi-legal de los convenios colectivos, **RL**, núm. 6, 1987, pp. 1-6.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional, **RL**, núm. 7, 1992, pp. 1-8.

ROQUETA BUJ, R. **La negociación colectiva en la función pública**. Valencia: Tirant lo Blanch/Universidad, 1996.

SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. **La eficacia de los convenios colectivos y su contenido en el Estatuto de los Trabajadores**. Madrid: IES, 1981.

VALDES DAL-RÉ, F. La negociación colectiva en la Constitución, **Revista de Política Social**, núm. 121, 1979, pp. 469-498.

VALDES DAL-RÉ, F. Aplicación inmediata de Ley y derecho a la negociación colectiva, **RL-I**, 1991, pp.15-33.

VALDES DAL-RÉ, F. La eficacia jurídica de los convenios colectivos, **Temas Laborales**, núm. 76, 2004, pp. 21-66.

VALDES DAL-RÉ, F. El modelo español de negociación colectiva. En Pérez de los Cobos, F./Goerlich Peset, J.M. (Coords.), **El régimen jurídico de la negociación colectiva en España**: Estudios en homenaje al profesor Sala Franco. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 43-81