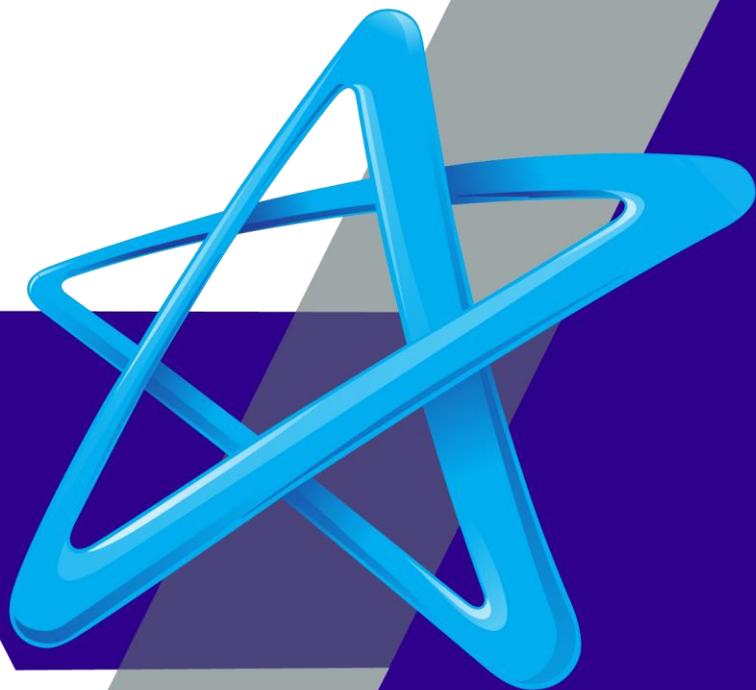


VOLUME 7 - NÚMERO 1
JANEIRO/JUNHO 2021

REVISTA
DIREITO DAS
RELAÇÕES SOCIAIS
E TRABALHISTAS



Vol. 7/ N. 1

**REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E
TRABALHISTAS**

**Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito
(Mestrado) do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF**

ISSN 2446-8908

Volume 7, Número 1

Janeiro/Junho

2021

REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS
Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) 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)

Profa. Dr.^a. Esperanza Macarena Sierra Benítez (Universidade de Sevilha, Espanha)

Prof. Dr. Fernando Fita Ortega (Universidade de Valença, Espanha)

Prof. Dr. Jean-Claude Javillier (Universidade Paris II, França)

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

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

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

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

Prof.^a Dr.^a Maria do Rosário Palma Ramalho (Universidade de Lisboa, Portugal)

Prof. Dr. João Leal Amado (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal) Prof. Dr. Adrián Goldin (Universidade de San Andrés, Argentina)

Prof. Dr. Mario Ackerman (Universidade de Buenos Ayres, Argentina)

Prof. Dr. Oscar Zas (Universidade de La Plata, Argentina)

Prof. Dr. Hugo Barretto Ghione (Universidade da República, Uruguai)

Prof.^a Dr.^a Rosina Rossi Albert (Universidade da República, Uruguai)

Prof. Dr. Luiz Otávio Linhares Renault (PUC Minas)

Prof. Dr. Márcio Túlio Viana (UFMG e PUC Minas)

Prof. Dr. Everaldo Gaspar Lopes de Andrade (UFPE)

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira (UFPE)

Prof. Dr. Fábio Túlio Barroso (UCPE)

Prof. Dr. Ivan Simões Garcia (UFRJ e UERJ)

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

Prof. Dr. Guilherme Guimarães Feliciano (USP)

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)

Prof. Dr. Luiz Eduardo Günther (UNICURITIBA)

REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS
Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) 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. Airto Chaves Junior (Universidade do Vale do Itajaí - Univali)

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)

Prof. Dr. Felipe Forte de Negreiros Deodato (Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ)

Profa. Dra. Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira (Universidade Estadual da Paraíba)

Profa. Dra. Gabrielle Jacobi Kölling (Universidade Municipal de São Caetano)

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

Prof. Dr. Glauber Lucena de Cordeiro (Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ)

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

Profa. Dra. Jane Lucia Wihelm Berwanger (Faculdade CERS)

Prof. Dr. Jefferson Carús Guedes (UniCEUB)

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 (UFPE)

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

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

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

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

Prof. Dr. Marcelo Ivan Melek (Universidade Positivo)

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

Prof. Dr. Paulo Henrique Tavares da Silva (Centro Universitário de João Pessoa-UNIPÊ)

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. Henrique Garbellini (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

Profa. Dra. Roberta Freitas Guerra (Universidade Federal de Viçosa)

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 (CESUPA-Centro Universitário do Estado do Pará)

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 Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) do Centro
Universitário do Distrito Federal – UDF

Equipe Editorial

Editor Acadêmico: Dr. Mauricio Godinho Delgado (Professor Titular UDF)
Editora Executiva: Dra. Maria Cecília de Almeida Monteiro Lemos (Professora Titular UDF)
Coeditor Acadêmico: Ricardo José Macêdo de Brito Pereira (Professor Titular UDF)
Coeditor Acadêmico: Dr. Marcelo Borsio (Professor Titular UDF)
Coeditor Acadêmico: Dr. Paulo Campanha Santana
Coeditora Acadêmica: Dra. Cristina Aguiar Ferreira da Silva
Mestra: Carolina Silva Silvino Assunção (UDF)
Mestranda pesquisadora: Cristine Helena Cunha (UDF)
Mestranda pesquisadora: Eunice Maria Franco Zanatta (UDF)
Mestra: Luíza Baleeiro Coelho Souza (UDF)

Revisão

Mestranda pesquisadora: Mariana Ferrucci Bega – Bolsista CAPES (UDF)
Mestranda pesquisadora: Tatiana Felipe Almeida - Bolsista CAPES (UDF)
Mestranda pesquisadora: Carolina Madeira Medeiro (UDF)
Mestranda pesquisadora: Yuli Barros Monteiro Rodrigues (UDF)
Mestranda pesquisadora: Jessica Gurgel do Amaral (UDF)

Contatos

www.udf.edu.br
mclemos@udf.edu.br
revistamestradoudf@hotmail.com

Publicado em: 22/06/2021

Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas / Centro Universitário do Distrito Federal. – Vol. 7,
N. 1 (Janeiro/Junho 2021). Brasília, DF, 2020 [on-line].

Semestral.

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	10
O ESTADO DE NECESSIDADE DO TRABALHADOR	14
Worker's State of Need <i>Profa. Dra. Maria Cecília Máximo Teodoro; Mestranda Iris Soier do Nascimento de Andrade; Mestranda Karin Bhering Andrade.</i>	
MOVILIDAD TRANSNACIONAL DE TRABAJADORES ESPAÑOLES Y LEY APLICABLE EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL	35
Mobilidade Transnacional de Trabalhadores Espanhóis e Legislação Aplicável de Seguridade Social <i>Profa. Dra. Eva López Terrada</i>	
INCONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS CELETISTAS SOBRE TRABALHO INTERMITENTE: CONSTRUÇÕES TEÓRICAS E COMPREENSÕES PRÁTICAS NA PERSPECTIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO	68
Unconstitutionality of celetist rules on intermittent work: theoretical constructions and practical understandings from the perspective of the fundamental right to decent work <i>Prof. Dr. Amauri Cesar Alves</i>	
PLATAFORMAS, SOCIEDADE E ESTADO: A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO E PRODUÇÃO NAS PLATAFORMAS DIGITAIS DE TRABALHO	93
Platforms, society and state: the organization of work and production in digital work platforms <i>Prof. Dr. Massimo De Minicis e Doutoranda Priscila Lauande</i>	
CRITÉRIO QUANTITATIVO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A FOLHA DE PAGAMENTO	117
Quantitative Criterion Of The Social Security Contribution On The Payroll <i>Profa. Dra. Roberta Soares da Silva e Mestranda Carolina Alves Correa Laíua</i>	
LA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA AZIENDALE: PROSPETTIVE	133
Negociação Coletiva De Empresas: Perspectivas <i>Prof. Dr. Dario Calderara</i>	
LA PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR EN LOS SUPUESTOS DE GESTACIÓN SUB-ROGADA	162
O benefício para o nascimento e o cuidado da criança em casos de gestação deficiente <i>Prof. Dr. Eduardo Enrique Taléns</i>	

**GREVE POLÍTICA E O DIREITO AO PROTESTO: DESAFIOS E
LIMITES NORMATIVOS E INSTITUCIONAIS178**

Political strike and the right to protest: regulatory and institutional challenges and limits
Prof. Dr. Sandro Lunard Nicoladeli

**HÁ LIMITES CIVILIZATÓRIOS PARA AS TRANSFORMAÇÕES
TECNOLÓGICAS DA REVOLUÇÃO 4.0 COM IMPACTO NAS
RELAÇÕES SOCIOTRABALHISTAS?201**

Are there civilizational limits for the technological transformations of the 4.0
Revolution with an impact on socio-labor relations?

*Prof. Dr. Maurício Godinho Delgado e Mestrandas Renata Osório Caciquinho
Bittencourt e Hillary Christine Piedade Inácio*

APRESENTAÇÃO

A Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas - periódico científico do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF), de Brasília-DF -, apresenta ao público a sua primeira edição do corrente ano (Vol. 7, N. 1), que abrange o semestre janeiro-junho de 2021.

A Revista foi publicada, em seus três primeiros anos, desde o primeiro semestre letivo de 2015, com periodicidade semestral (ou seja, do Vol. 1, N. 1, até o Vol. 3, N. 2), abrangendo, pois, dois números por volume anual, totalizando 18 artigos por ano. Por determinado período, começado no Vol. 4, N. 1, referente a janeiro-abril de 2018, o periódico se tornou quadrimestral, situação que perdurou até a presente edição (Vol. 6, N. 3), relativa ao quadrimestre setembro-dezembro de 2020.

Em 2021, a Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas retorna à sua periodicidade original, semestre a semestre, lançando, pois, dois números semestrais. Registre-se, a propósito, que em toda a sua história de seis anos completos, esta revista sempre respeitou o número mínimo de artigos científicos por volume anual, ou seja, pelo menos 18 artigos por ano, conforme estipulado pela CAPES.

A Revista é divulgada regularmente, desde o Vol. 1, N. 1, em meio digital e com acesso livre, alcançando ampla abrangência em território brasileiro e no exterior.

A Revista apresenta-se no padrão internacional da Plataforma Open Journal Systems (OJS), ostentado pelos relevantes periódicos científicos e jurídicos do País, o que torna 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.

A Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas encontra-se inserida em 6 (seis) indexadores de padrão internacional, quais sejam: Scientific Indexing Services (SIS), Enlaw e V-Lex, HeinOnline, Latindex e Citefactor, o que amplia a possibilidade de consulta livre por constituírem plataformas de informação com alcance mundial e atende ao padrão de excelência exigido pelo Qualis Periódicos da CAPES.

Ressalta-se que a Revista adota o sistema *double blind review* (revisão/avaliação dupla e cega), desde o seu Vol. 3, N. 2, referente ao semestre julho-dezembro 2017. Esse sistema de avaliação objetiva, dupla e impessoal, foi estruturado mediante a participação de 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.

Por tudo isso, 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".

O presente Vol. 7, N. 1, 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 quatro de Professores Doutores estrangeiros e cinco de Professores Doutores brasileiros.

Ao manter significativa participação de doutrinadores estrangeiros em todas as suas edições, 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, Jornadas, 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 quatro de autoria de Professores Doutores estrangeiros, de importantes Universidades da Espanha e Itália. Cinco artigos, por sua vez, são da lavra de Professores Doutores brasileiros, alguns em parceria com Mestrandos dos respectivos Programas de Pós-Graduação, todos vinculados a 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.

A edição conta com uma contribuição especial do Decano do Programa do Mestrado do UDF, Prof. Dr. Maurício Godinho Delgado, em parceria com duas de suas orientandas, as Mestrandas Renata Osório Caciquinho Bittencourt e Hillary Christine Piedade Inácio: o artigo *Há limites civilizatórios para as transformações tecnológicas da revolução 4.0 com impacto nas relações sociotrabalhistas?*, estudo de grande relevância para o mundo do trabalho em desenvolvimento no século XXI.

A edição 7.1 da Revista apresenta, ainda, excepcionalmente, quatro artigos estrangeiros, sendo o artigo do Professor Dr. Eduardo Enrique Taléns Visconti, da Universitat de València, Espanha, *La prestación por nacimiento y cuidado del menor en los supuestos de gestación sub-rogada*, aprovado pela Equipe Editorial da Revista por sua contribuição ao debate sobre Seguridade Social, questão que apresenta total aderência à Linha 2 do Programa de Mestrado do UDF e importância internacional para o estudo do tema.

O presente Vol. 7, N. 1, 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. Neste Vol. 7, N. 1, apresentam-se os seguintes trabalhos, iniciando-se pelos quatro artigos de autores estrangeiros: 1) *Movilidad Transnacional de Trabajadores Españoles t Ley Aplicable en Materia de Seguridad Social*, da Profa. Dra. Eva López Terrada, Profesora Titular de Derecho Del Trabajo y de La Seguridad Social en Universitat de València, da Espanha; 2) *La contrattazione collettiva aziendale: prospettive*, do Prof. Dr. Dario Calderara, da Università Cusano, da Itália; 3) *Plataformas, sociedade e Estado: a organização do trabalho e produção nas plataformas digitais de trabalho*, do Prof. Dr. Massimo De Minicis em coautoria com a doutoranda Priscila Lauande, da Università di Roma La Sapienza, da Itália; 4) *La prestación por nacimiento y cuidado del menor en los supuestos de gestación sub-rogada*, do Prof. Dr. Eduardo Enrique Taléns Visconti, da Universidtat de València, Espanha.

Entre os artigos de autores brasileiros, o presente volume apresenta: 1) *O Estado de Necessidade do Trabalhador*, da Profa. Dra. Maria Cecília Máximo Teodoro, docente da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, em parceria com as Mestrandas Iris Soier do Nascimento de Andrade e Karin Bhering Andrade; 2) *Inconstitucionalidade das normas celetistas sobre trabalho intermitente: construções teóricas e compreensões práticas na perspectiva do direito fundamental ao trabalho digno*, do Prof. Dr. Amauri Cesar Alves, da Universidade Federal de Ouro Preto; 3) *Critério Quantitativo da Contribuição Previdenciária sobre a folha de pagamento*, da Profa. Dra. Roberta Soares da Silva, Professora Assistente do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e das Relações Sociais da PUC/SP e Membro da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social e da Mestranda em Direito Previdenciário pela PUC/SP, Carolina Alves Correa Laúa; 4) *Greve política e o direito ao protesto: desafios e limites normativos e institucionais*, do Prof. Dr. Sandro Lunard Nicoladeli, Professor de Direito do Trabalho da Universidade Federal do Paraná, UFPR, em coautoria com João Guilherme Walski de Almeida, Mestrando em Direito do Trabalho pela UFPR; 5) *Há limites civilizatórios para as transformações tecnológicas da revolução 4.0 com impacto nas relações sociotrabalhistas?*, do Prof. Dr. Maurício Godinho Delgado, do Programa de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF – Centro Universitário, de Brasília, em parceria Renata Osório Caciquinho Bittencourt e Hillary Christine Piedade Inácio, Mestrandas do Programa de Pós-Graduação do UDF.

Diante do aqui explanado, constata-se que os artigos que integram este Vol. 7, N. 1, da Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas, abrangendo o primeiro semestre de 2021 (janeiro-junho) 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 contribuírem para ampliar e aprofundar os debates sobre seus problemas, insuficiências e potencialidades.

Desejamos, assim, à comunidade acadêmica e jurídica, uma excelente leitura.

Brasília, junho de 2021.

Equipe Editorial

O ESTADO DE NECESSIDADE DO TRABALHADOR

WORKER'S STATE OF NEED

Maria Cecília Máximo Teodoro¹

Iris Soier do Nascimento de Andrade²

Karin Bhering Andrade³

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo a defesa do constante estado de necessidade da pessoa humana que trabalha. Para alcançar o objetivo proposto o artigo foi dividido em quatro partes. Na primeira seção será abordada a razão de ser do Direito do Trabalho, retomando a sua origem protetiva. Na segunda seção será realizada a defesa do estado de necessidade do trabalhador, analisando, inclusive, a proteção ofertada por outros ramos, em situações na qual o indivíduo, por se encontrar em estado de necessidade, possui sua autonomia da vontade limitada. Na terceira seção será demonstrado quão incerto se mostra o futuro do Direito do Trabalho após as recentes transformações no universo juslaboral. Na quarta e última seção serão apresentadas, sem a pretensão de esgotar as possibilidades, perspectivas para uma retomada esperançosa no rumo deste ramo do direito.

PALAVRAS-CHAVES: Direito do Trabalho. Estado de Necessidade. Flexibilização Trabalhista.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A RAZÃO DE SER DO DIREITO DO TRABALHO. 3 O ESTADO DE NECESSIDADE DO TRABALHADOR. 4 O FUTURO INCERTO DO DIREITO DO TRABALHO DEVIDO AOS VENTOS FLEXIBILIZADORES. 5 PARA UM FUTURO INCERTO, PERSPECTIVAS QUE DÃO ESPERANÇA. 6 CONCLUSÃO

ABSTRACT

The present study aims to defend the constant state of need of the human person who works. To achieve the proposed objective, the article was divided into four parts. In the first section, the reason for being of Labor Law will be addressed, returning to its protective origins. In the second section, the defense of the state of need of the worker will be carried out, including analyzing the protection offered by other branches, in situations in which the individual, being in a state of need, has limited autonomy of his will.

¹ Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de Castilla-La Mancha com bolsa de pesquisa da CAPES; Doutora em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela USP- Universidade de São Paulo; Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Graduada em Direito pela PUC/MG; Professora de Direito do Trabalho do Programa de Pós-Graduação em Direito e da Graduação da PUC/MG; Professora Convidada do Mestrado em Direito do Trabalho da Universidade Externado da Colômbia; Líder do grupo de pesquisa RED-Retrabalhando do Direito; Pesquisadora; Autora de livros e artigos; Advogada.

² Mestranda em Direito pela PUC/MG na linha Trabalho, Democracia e Efetividade, com bolsa de pesquisa da CAPES. Pós-graduada em Direito Material e Processual do Trabalho na Faculdade de Direito Milton Campos. Pós-graduada em Advocacia Cível pela Escola Superior de Advocacia (ESA – OAB/MG). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (2015). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa e Estudos em Direito do Trabalho RED - Retrabalhando o Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Integrante da Oficina de Estudos Avançados: As interfaces entre o Processo Civil e o Processo do Trabalho - IPCPT. Advogada.

³ Mestranda em Direito pela PUC/MG na linha Trabalho, Democracia e Efetividade; Professora do Curso Preparatório para o Exame de Ordem no Centro de Estudos Isadora Athayde; Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos; Membro da Comissão de Direitos Sociais e Trabalhista da OAB/MG. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/MG. Membro do grupo de pesquisa RED-Retrabalhando do Direito. Pesquisadora; Advogada.

In the third section, will be shown how uncertain the future of Labor Law is after the recent transformations in the labor law universe. In the fourth and last section, prospects for a hopeful resumption in the direction of this branch of law will be presented, without pretending to exhaust the possibilities

KEYWORDS: *Labor Law. State of Need. Flexibilization.*

SUMMARY: *1 INTRODUCTION. 2 THE REASON FOR BEING THE LABOR LAW. 3 THE WORKER'S STATE OF NEED. 4 THE UNCERTAIN FUTURE OF LABOR LAW DUE TO FLEXIBLE WINDS. 5 FOR AN UNCERTAIN FUTURE, PERSPECTIVES THAT GIVE HOPE. 6 CONCLUSION*

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, um todo integrativo, é composto por diversos ramos do direito – uns mais protetivos, outros mais dispositivos. A criação das normas de direito que regerão determinado seguimento da vida levam em conta a paridade de forças das partes que terão seu direito tutelado.

No Direito Civil, o legislador considera a posição de igualdade entre as partes contraentes, mas entendendo haver limites para que as partes não sejam lesadas ao firmarem relações privadas. No Direito do Consumidor, as normas são mais protetivas, ante a vulnerabilidade daquele que consome frente ao fornecedor. No Direito Penal, o Estado tutela as relações, punindo as condutas desviantes, sem desconsiderar eventual intempérie capaz de isentar o indivíduo que age em situação de desespero, necessidade, ou estado de perigo.

O estado de necessidade previsto no art. 24 do Código Penal (CP) é a conduta praticada por meio de critério de ponderação entre dois ou mais bens jurídicos envolvidos, em que o agente, por meio de uma ação, opta por qual deseja preservar. Aplicando-se de forma análoga o conceito ao Direito do Trabalho, tem-se que o trabalhador, no curso do contrato de trabalho, encontra-se em inquestionável estado de necessidade, posto que em uma ponderação de valores, tenderá para a preservação da manutenção da sua fonte de renda e subsistência, o que acaba por relativizar a sua liberdade.

Dessa forma, o próprio Direito Penal, ao excluir a ilicitude, entende que, diante do estado de necessidade, o indivíduo se encontra com sua autonomia da vontade limitada. Então por que se insiste no oposto quando se trata do Direito do Trabalho? Ora, é claro que o trabalhador se encontra em um estado de necessidade – para manter-se no emprego – e, portanto, da mesma maneira, possui sua autonomia da vontade

limitada, ele não tem pleno poder de escolha, impondo perceber que sua liberdade se torna meramente formal.

No momento de celebração do contrato de trabalho, geralmente, não há discussão das cláusulas entre empregador e empregado, sem a possibilidade de negociação de concessões recíprocas, em razão da imposição unilateral das condições por parte do empregador. É inocente – e um tanto quanto perverso - crer que, no curso do contrato, com a já firmada dependência econômica, social e psíquica do empregado àquele posto de trabalho, ele terá liberdade real de negociar em condições de igualdade.

Um dos motivos que impede que essa negociação ocorra com a manifestação de vontade por parte do trabalhador livre de qualquer vício de consentimento, é a inquestionável necessidade do trabalho, para a manutenção de uma vida minimamente digna.

Diante disso, no presente estudo defender-se á o constante estado de necessidade da pessoa humana que trabalha. Para tanto, analisar-se-á a da razão de ser do Direito do Trabalho; em seguida, expor-se-á os fatos que levam à defesa do estado de necessidade do trabalhador, demonstrando quão incerto se mostra o futuro do Direito do Trabalho após as recentes transformações no universo juslaboral, e, ao final, levantar-se-á perspectivas esperançosas.

2 A RAZÃO DE SER DO DIREITO DO TRABALHO

O fato de os operadores do Direito, em seus trabalhos acadêmicos, ainda terem que explicar a razão de ser do Direito do Trabalho, mostra como o cenário atual é marcado por incertezas e tentativas de desconstrução desse ramo jurídico.

O Direito do Trabalho tem como princípio fundante o Princípio da Proteção, responsável, inclusive, por sua própria autonomia jurídica. Segundo Américo Plá Rodríguez⁴ “o fundamento deste princípio está ligado à própria razão de ser do Direito do Trabalho”. Ele, portanto, busca a proteção do ser humano que trabalha sob um propósito essencial que o difere de outros Direitos: o nivelamento das desigualdades, isto é, a busca de uma igualdade material entre os sujeitos da relação de emprego.

Seu dever, portanto, é proteger a dignidade da pessoa humana trabalhadora, para

⁴ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3 ed. fac-similada. São Paulo: LTr, 2015, p. 85.

que esta não venha a ser tratada como coisa. E como todo dever, ele possui fundamentos. São eles: “a) a *dependência* do trabalhador em relação à alienação da sua força de trabalho; b) a *subordinação* do trabalhador ao empregador no curso da relação de emprego; c) a *desigualdade* econômica, social e política entre empregado e empregador e capital e trabalho⁵.” Assim, “diante da desigualdade de poder entre empregador e trabalhador e capital e trabalho, o Direito do Trabalho se faz um *direito desigual*, se comparado ao direito privado clássico”⁶.

Estar protegido, segundo Robert Castel⁷, é estar diante de uma proteção social constituída por “[...] uma base de direitos e recursos que possibilitam ao humano moderno se converter em um membro de uma sociedade com direito próprio”⁸. Para o autor, é por meio da proteção social que se torna sociedade⁹. Mas para ser possível a proteção social, explica o autor, é necessário que ela cumpra duas dimensões: a universalista (protege o conjunto de membros da sociedade e garante assim a solidariedade) e a individual (indivíduo protege a si mesmo, já que dotado de direitos para tanto)¹⁰.

É nesse sentido que, para o autor, não se pode priorizar a proteção individual sem que se reduza a concepção da proteção social¹¹.

Quando se prioriza a proteção individual em detrimento da universalista, explica Robert Castel¹², passa a propagar a ideia de que “[...] o indivíduo responsável protege a si mesmo, assume os riscos que toma e se constrói movimentando seus próprios recursos”¹³. Mas essa lógica faz pesar sobre os indivíduos que não possuem recursos para enfrentá-la¹⁴.

É nesse sentido que o Direito do Trabalho deve proteger aquele que não possui

⁵ ALMEIDA, Cléber Lucio de. ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. **Direito do Trabalho e Constituição**. A Constitucionalização do direito do trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2017, p. 137.

⁶ *Ibidem*. p. 138.

⁷ CASTEL, Robert. *El ascenso de las incertidumbres: Trabajo, protecciones, estatuto del individuo*. 1 ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 189, tradução nossa.

⁸ “[...] *el basamento de recursos e derechos que proporciona al individuo moderno y que le permitió convertirse en un miembro de la sociedad con derecho propio*”

⁹ CASTEL, Robert. *El ascenso de las incertidumbres: Trabajo, protecciones, estatuto del individuo*. 1 ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 190.

¹⁰ CASTEL, Robert. *El ascenso de las incertidumbres: Trabajo, protecciones, estatuto del individuo*. 1 ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 189.

¹¹ *Ibidem*. p. 193.

¹² *Ibidem*. tradução nossa.

¹³ “[...] *El individuo responsable se protege a sí mismo, asume los riesgos que toma y se construye movilizandando sus propios recursos.*”

¹⁴ CASTEL, Robert. *El ascenso de las incertidumbres: Trabajo, protecciones, estatuto del individuo*. 1 ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 204.

uma autonomia da vontade ilimitada. Aquele indivíduo que não possui recursos para proteger a si mesmo, para recorrer a si mesmo, encontrando-se, geralmente, em um estado de necessidade.

Mas o Direito do Trabalho possui uma dupla dimensão, já que não somente protege a pessoa humana que trabalha, mas também legitima o próprio sistema capitalista¹⁵. É nesse sentido que ele possui como essência a busca pelo equilíbrio entre essas duas dimensões: a econômica, uma vez que legitima o sistema capitalista e a humana, uma vez que protege a pessoa humana do trabalhador¹⁶.

Tudo isso demonstra como o trabalho é central tanto na vida humana quanto na manutenção do próprio sistema capitalista. Mas, no cenário atual, marcado por ventos flexibilizadores, o trabalho – e o próprio Direito do Trabalho – vem perdendo a sua centralidade e a sua razão de ser.

3 O ESTADO DE NECESSIDADE DO TRABALHADOR

No sistema capitalista de produção, o trabalho, apesar de ser instrumento para criação humana, é apropriado pelo capital de tal forma que passa a ser alienante e explorador. Como consequência, tem-se uma polarização inevitável. De um lado, os detentores dos meios de produção e de outro, aqueles que colocam a venda a sua força de trabalho em troca de remuneração – a pessoa humana que trabalha.

Marx¹⁷ ensina que o trabalho alheio passa a ser explorado, por meio da alienação da força de trabalho em troca de uma contraprestação e o capital, através do excedente da força de trabalho, extrai o lucro obtido pela venda da produção, a mais valia.

¹⁵ Sobre o tema, há autores que possuem uma visão mais crítica do Direito do Trabalho. De acordo com Amauri Cesar Alves e Thiago Henrique Lopes de Castro: O Direito do Trabalho é fruto do capitalismo, se desenvolve no capitalismo e se presta, também e principalmente, para atender às demandas do capital. Há certo consenso, entretanto, de que o ramo jurídico especializado pretende corrigir as desigualdades havidas na contratação de trabalho no sistema capitalista, com a pacificação de uma relação que seria naturalmente conflituosa. Em verdade é o Direito do Trabalho instrumento de proteção do trabalho, mas, principalmente, é estrutura de preservação do capital e do *status quo*. ALVES, Amauri Cesar; DE CASTRO, Thiago Henrique Lopes. Reforma trabalhista e movimentos de reestruturação, precarização e redução do direito do trabalho no Brasil. **Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas**, v. 4, n. 3, p. 130-156, 2018, p. 131.

¹⁶ TEODORO, Maria Cecília Máximo. Para Repensar o Direito do Trabalho, sob uma Perspectiva Humana e Econômica. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo *et al.* **Direito Material e Processual do Trabalho. VI Congresso Latino-Americano de Direito Material e Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2018, p. 39.

¹⁷ MARX, Karl. **O Capital: Crítica da economia política**. Livro I. Tradução de Rubens Enderle. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2017.p. 289-304.

Márcio Túlio Viana¹⁸ explica que, geralmente, os trabalhadores da empresa estão divididos em três grupos: um grupo mais qualificado e reduzido, com bons salários e perspectivas de carreira; o grupo dos exercentes de atividade meio, com salários baixos e praticamente sem perspectivas de carreira e; o grupo dos trabalhadores eventuais, a prazo ou por tempo parcial, que transitam entre o emprego precário e o desemprego.

A classificação exposta pelo autor reflete a heterogeneidade das empresas, as quais são compostas por trabalhadores de diversos nichos e posições sociais. Para o Direito do Trabalho, entretanto, essa classificação é capaz de estratificar os trabalhadores, elegendo quais serão titulares de determinados direitos e quais serão escolhidos para renunciá-los.

Isso ocorre em função de diversos fatores. Trabalhadores desde a base operacional até os de alto escalão estão todos imbrincados na lógica empresarial, tendo seu trabalho explorado e dele extraindo a mais valia. Indistintamente, todos eles contribuem para o sucesso ou insucesso do empreendimento, todos eles são cidadãos e consumidores, que com seus diversos padrões de vida, possuem necessidades de subsistência.

Como se verá adiante, diversos ramos do Direito reconhecem que, diante da necessidade, a autonomia da vontade do agente é limitada, ou até mesmo nula, e, portanto, merecedora de uma proteção, de um amparo legal e com o Direito do Trabalho não deveria ser diferente.

Inicia-se a análise pelo Direito do Consumidor. No texto *Misturas e fraturas do direito do trabalho: do poder diretivo à concepção do trabalho como necessidade*, Maria Cecília Máximo Teodoro e Márcio Túlio Viana defendem que, assim como o consumidor se mostra vulnerável ao consumo para satisfazer as utilidades que lhe são impostas pelo capitalismo, o empregado tem a necessidade de trabalhar¹⁹.

Assim, “nem o consumo, nem o trabalho por conta alheia se desgarram do elemento necessidade. Cada vez mais, o ser humano necessita consumir para viver, e,

¹⁸ VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado – o direito do trabalho no limiar do século XXI. **Revista da Faculdade de Direito**, UFMG, Belo Horizonte, n. 37, p. 153-186, 2000. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1145/1078>. Acesso em: 31 jan. 2018. p. 8-9.

¹⁹ VIANA, Márcio Túlio; TEODORO, Maria Cecília Máximo. *Misturas e fraturas do trabalho: do poder diretivo à concepção do trabalho como necessidade*. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 114, n. 114, p. 299-343, jun. 2017. p. 319-320.

para tanto, precisa trabalhar. Torna-se, portanto, alvo de uma dupla-vulnerabilidade – como consumidor e como trabalhador”²⁰.

Além disso, a sujeição do trabalho ao capital, com a conseqüente necessidade do trabalho para o consumo e para a manutenção de uma vida digna, não resulta de déficit intelectual ou social, mas de diversos fatores, de acordo com as circunstâncias históricas ou conjunturais de relações de trabalho coletivas e individuais²¹.

Não por acaso, o próprio Código de Defesa do Consumidor²², traz o conceito de vulnerabilidade para caracterizar a situação na qual o consumidor se encontra. É que o Direito do Consumidor considera aquele que consome como a parte mais fraca da relação firmada, buscando proteger a parte vulnerável e reequilibrar eventuais desigualdades. A Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) entrou em vigor para dispor sobre a proteção do consumidor. Isso pode ser observado logo no art. 1º da Lei que dispõe que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) estabelece as normas de *proteção e defesa do consumidor*. A legislação consumerista protege o consumidor de vícios, práticas abusivas, condições unilaterais impostas em contrato de adesão, propaganda enganosa, dentre outros.

Passa-se, então, à análise sobre o que dispõe o Direito Civil. Até mesmo este ramo, reconhecido por primar pela autonomia da vontade das partes, reconhece que, em certas situações, inclusive quando o indivíduo se encontrar em estado de necessidade, a autonomia da vontade do agente estará limitada, e, portanto, deverá este agente ser resguardado de amparo legal.

Neste cenário, o Código Civil (CC), ao dispor dos defeitos do negócio jurídico, prevê que o mesmo será anulável quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial ou ignorância (arts. 138 a 144), por dolo (arts. 145 a 150), coação (arts. 151

²⁰ VIANA, Márcio Túlio; TEODORO, Maria Cecília Máximo. Misturas e fraturas do trabalho: do poder diretivo à concepção do trabalho como necessidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 114, n. 114, p. 299-343, jun. 2017. p. 316.

²¹ MELHADO, Reginaldo. Trabalhador pseudossuficiente: a hipossuficiência do conceito de autonomia da vontade na "reforma" trabalhista. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (Coord.). **Resistência**: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. 1.ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2017. p. 135.

²² Em seu art. 4º dispõe: A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das **necessidades dos consumidores**, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da **vulnerabilidade** do consumidor no mercado de consumo; BRASIL. **Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidente da República, grifos nossos.

a 155), fraude contra credores (arts. 158 a 165), lesão (art. 157) e estado de perigo (art. 156). Sobre esses dois últimos, estabelece o Código Civil, em seu art. 157 que ocorrerá “a lesão quando uma pessoa, **sob premente necessidade**, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta²³”, tendo como consequência a anulação do negócio jurídico. Desta maneira, o Código Civil protege o agente que, sob estado de necessidade, sofre lesão na celebração do negócio jurídico.

O ordenamento civil estabelece, ainda, que quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa, resta configurado o estado de perigo (art. 156).

Além disso, dentre os fatos capazes de romper o nexo causal, excluindo a responsabilidade do agente, tem-se o estado de necessidade, previsto no art. 188, II do Código Civil:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

[...]

II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Por sua vez, o art. 929 do CC estabelece que se pessoa lesada, no caso do inciso II do art. 188, não for culpada do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreu. Na mesma linha, o art. 930 do CC estabelece que se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. Veja que, o próprio Código Civil, um dos pais da autonomia da vontade das partes, reconhece o estado de necessidade, relativizando os efeitos sobre aquele que agiu em situação extrema.

Aliás, os próprios civilistas vêm reconhecendo a adoção de uma nova metodologia civil- constitucional, buscando ultrapassar a ideia de um Direito Civil em que tudo aquilo que não está proibido seria válido, regido por uma igualdade meramente material, por meio de uma leitura do Código Civil segundo a Constituição Federal e não o contrário:

²³ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. DF: Presidência da República, grifos nossos.

Com o posicionamento da Constituição no ápice do ordenamento e o reconhecimento de que tanto o chamado direito público como o dito privado devem servir à realização dos preceitos constitucionais, a distinção passa a atender a uma finalidade mais didática do que ontológica, uma vez que ambos compartilham o mesmo fundamento e apontam para uma mesma finalidade²⁴.

Defendem, portanto, um Direito Civil apoiado na dignidade da pessoa humana, tendo em vista a busca pela solidariedade social, pelo diálogo entre a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, bem como pela isonomia, na qual somente é alcançada pela igualdade material.

Isso comprova que, até mesmo no campo do Direito Civil, já se ultrapassou a ideia de uma liberdade/autonomia plena nas relações entre as partes. Questiona-se, então, por que razão, no Direito do Trabalho, ainda há a preservação dessa premissa, sendo que se trata de ramo fundado sob o manto de proteção à parte mais fraca: o trabalhador.

Se mesmo após a exposição das disposições contidas nos ramos cível e consumerista, ainda não se convenceu acerca do tratamento diferenciado dado ao indivíduo que age em estado de necessidade, em razão da autonomia da vontade estar comprometida, passa-se, portanto, a análise do que dispõe Direito Penal, ramo do direito que, diferente dos demais, não rege a relação entre duas partes em planos fático-jurídicos, tratando-se de uma regulação Estatal para definir, tipificar e punir as condutas desviantes.

Por passa-se à análise do Direito Penal. Neste ramo jurídico, dentre as causas de justificação previstas, ou seja, possibilidade de excludente da ilicitude, tem-se o estado de necessidade, previsto no art. 24²⁵ do Código Penal (CP) e definido por Cezar Roberto Bitencourt da seguinte forma:

O estado de necessidade pode ser caracterizado pela colisão de bens jurídicos de distinto valor, devendo um deles ser sacrificado em prol da preservação daquele que é reputado como mais valioso. Como salientava Heleno Fragoso: “O que justifica a ação é a necessidade que impõe o sacrifício de um bem em

²⁴ SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. **Revista Brasileira de Direito Civil-RBDCivil**, v. 10, n. 04, 2017, p. 12

²⁵ Código Penal. Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

situação de conflito ou colisão, diante da qual o ordenamento jurídico permite o sacrifício do bem de menor valor”, desde que imprescindível, acrescentamos, para a salvaguarda do bem preservado²⁶.

Observe-se que tanto no Direito Civil quanto no Direito Penal, o estado de necessidade é a conduta praticada por meio de critério de ponderação entre dois ou mais bens jurídicos envolvidos, em que o agente, por meio de uma ação, opta por qual deseja preservar para salvaguarda de um bem maior.

No Direito Penal, caracterizado o estado de necessidade, haverá a exclusão da ilicitude. Já no Direito Civil, a vontade viciada pode ser o suficiente para romper o liame causal, reduzindo ou afastando eventual dever de indenizar.

Inclusive, para o Código Penal brasileiro, todas as hipóteses de exclusão de ilicitude, implicam em lacuna de autonomia da vontade do agente. Observe-se que até mesmo o Direito Penal reconhece a inexistência de livre escolha e autonomia plena diante da necessidade, acionando o seu papel de proteção e excluindo, ainda que típico o fato, a ilicitude do crime cometido pelo agente.

Mostra-se inevitável, portanto, que se trace um paralelo entre a necessidade do trabalho e o estado de necessidade previsto no art. 24 do Código Penal (CP). Isso porque, o empregado, ao se sujeitar a precarização das condições do trabalho e flexibilização de seus direitos legalmente previstos, realizará uma ponderação de bens jurídicos envolvidos – o emprego e as suas necessidades (que se mantêm apenas com a manutenção do trabalho). E assim, a permanência no trabalho implica na abdicação de sua livre escolha.

Veja-se que, diante do temor pela impossibilidade de manutenção de suas necessidades, custeadas pelo seu salário, o trabalhador se encontra em clara situação de perigo atual e inevitável. Trata-se de um perigo concreto – se não negociar, poderá perder seu sustento e de sua família.

É claro que, “quando se fala que o trabalho está na esfera da necessidade, não se deseja negar a liberdade, mas demonstrar que as pressões que resultam do meio social e da própria natureza biológica de subsistência da pessoa, sem dúvida, são fortes e inegáveis condicionantes da sua liberdade”²⁷. Da mesma forma que quando se fala em

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral 1. 17.ed. rev. ampl. e atualizada de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 882.

²⁷ TEODORO, Maria Cecília Máximo. Para Repensar o Direito do Trabalho, sob uma Perspectiva Humana e Econômica. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo *et al.* **Direito Material e Processual do**

estado de necessidade nas relações civis, consumeristas e penais, não se nega a liberdade do agente, mas reconhece sua vulnerabilidade diante de situação que vicia a autonomia da vontade naquele momento.

Ainda que se considere os trabalhadores do alto escalão, aquele grupo mais qualificado e reduzido, com bons salários e perspectivas de carreira, não se pode desconsiderar a posição de hipossuficiência em relação ao seu empregador, que capaz de manter empregados com salários mais altos, possui faturamento ainda mais alto, com lucros mais altos e alto poder de negociação. É ilusório pensar que a faixa salarial, cargo ou posição hierárquica, seria capaz de excluir a desigualdade própria da relação de emprego, a subordinação intensa, a ponto de viabilizar a imposição de vontade por parte do empregado no curso da relação empregatícia. Ademais, a maior retribuição salarial alça o indivíduo a um maior padrão de consumo, ainda que de necessidades artificiais, ao qual se vincula e se sujeita igualmente àquele que consome apenas necessidades básicas.

No Direito do Consumidor, já é relevante a discussão acerca do papel desempenhado pelo consumo na sociedade contemporânea, na qual o consumo, muito além de mecanismo de satisfação de necessidades naturais, tornou-se um poderoso instrumento do capital voltado à assimilação de desejos enquanto necessidades e à consequente satisfação de necessidades cada vez mais artificiais²⁸.

Diante de todo o exposto, se o Direito do Consumidor, o Direito Civil e até mesmo o Direito Penal é capaz de proteger o agente quando este se encontra – devido ao estado de necessidade – com sua autonomia da vontade limitada, seu poder de escolha relativizado, por que o Direito do Trabalho caminhará na contramão dos outros ramos do Direito?

O Direito do Trabalho, após as recentes alterações – ou desconstruções - abre espaço para a negociação individual do trabalhador, como se a autonomia da vontade se manifestasse sempre de forma plena e não fosse comprometida pela necessidade do trabalho. Tal fato, paradoxalmente, compromete a autonomia do trabalhador para

Trabalho. VI Congresso Latino-Americano de Direito Material e Processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 2018, p. 44.

²⁸ TEODORO, Maria Cecília Máximo; RIBEIRO, Ailana Santos. A Relação Trabalho e Consumo na Modernidade Líquida. In: Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSC/Univali/UPF/FURG. Coordenadores: Carlos López, Frederico da Costa carvalho Neto e Vivian de Almeida Gregori Torres – Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 63-78, p. 70.

negociar e/ou aceitar condições de trabalho.

Acredita-se que o trabalho, por estar na esfera da necessidade, obriga a pessoa humana que trabalha a ponderar valores quando se depara com uma situação de negociação de cláusulas do seu contrato; a aceitar a precarização das condições de trabalho, tudo em função da manutenção da sua fonte de renda e subsistência.

Não se mostra razoável que no Direito do Trabalho, ramo do direito regido primordialmente pelo Princípio da Proteção, a necessidade do trabalho não possa afastar a ideia de autonomia plena na manifestação da vontade por parte do trabalhador para negociar individualmente o contrato de trabalho. Então por que isso vem acontecendo? Quais são os reais motivos por detrás disso?

A que tudo indica, a ampliação do exercício da autonomia da vontade, no plano individual e coletivo, “não passa de um argumento cínico e falacioso para intensificar a exploração da mão de obra”²⁹, tendo em vista os ventos flexibilizadores – escondendo uma opção política – que tornam o futuro do Direito do Trabalho incerto.

4 O FUTURO INCERTO DO DIREITO DO TRABALHO DEVIDO AOS VENTOS FLEXIBILIZADORES

A desconstrução das normas protetivas do trabalhador não se trata de acontecimento abrupto, não é fruto de uma lei específica ou de um acontecimento político pontual. Ela se apresenta como um processo e ocorre de forma fragmentada, gradual e, muitas vezes, silenciosa.

Nos anos 1980 e 1990, com a reestruturação produtiva do capital e com o aumento da circulação de riquezas, as empresas começaram a fragmentar suas produções, atuando de forma mais dispersa, para atender objetivos econômicos. Como consequência desse processo, fruto da globalização, aumentou-se a terceirização de trabalhadores, como estratégia de redução de custos e ampliação dos lucros³⁰.

Na mesma época, com a promulgação da Constituição Federal de 1988,

²⁹MELHADO, Reginaldo. Trabalhador pseudossuficiente: a hipossuficiência do conceito de autonomia da vontade na "reforma" trabalhista. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (Coord.). **Resistência**: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. 1.ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2017. p. 133.

³⁰ BIAVASCHI, Magda Barros. O processo de construção e desconstrução da tela de proteção social do trabalho: tempos de regresso. **Estudos avançados**. São Paulo, v. 30, n. 87, p. 75-87, Ago. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000200075&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 jul. 2020. p. 8-9.

restou extinta a estabilidade decenal, para dar lugar ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), implicando na não recepção do artigo 492 da CLT.

A partir da década de 1990, com o aumento da desregulamentação dos mercados, da privatização, globalização e financeirização dos produtos, mais mudanças foram experimentadas sob o intuito de baratear os custos de produção. A regulamentação pela Constituição Federal de direitos trabalhistas como direitos humanos e sociais foi vista pelo empresariado brasileiro como um aumento da rigidez, que deveria ser eliminada com reformas legislativas³¹. Com isso, a informalidade passou a se tornar mais frequente, assim como a rotatividade, o desemprego e a redução de salários.

Nesse período, as alterações legislativas foram intensas, no sentido de flexibilizar os direitos trabalhistas. Houve a permissão para o trabalho terceirizado, a ampliação do trabalho temporário, a criação de incentivos para o desligamento de servidores, a ampliação da utilização do contrato por tempo determinado e tempo parcial, a implementação do banco de horas, e muito mais³².

Já nos anos 2000, o Brasil voltou a presenciar um protagonismo nas políticas laborais e sociais. Todavia, não obstante a expansão dos direitos individuais tenha sido experimentada nos anos 2000, houve retração de direitos, fragilizando ainda mais o núcleo protetivo do Direito do Trabalho. Na época houve a permissão da contratação por meio de pessoa jurídica, com a entrada em vigor das Leis n°s 11.196/2005, 11.442/2007, a permissão da contratação do trabalhador rural por prazo reduzido, sem anotação na carteira de trabalho, por meio da Lei n° 11.718/2008³³.

Mais recentemente, o Direito do Trabalho vem sendo atacado de forma mais incisiva, com a entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017, que originou a Reforma Trabalhista; com a edição da Medida provisória (MP) n. 881/2019.

Observe-se que o movimento de desconstrução (assim como o de construção) do Direito do Trabalho é constante. A mais expressiva mudança ocorrida nos últimos anos

³¹ CAMPOS, André Gambier. Breve Histórico das mudanças na regulação do trabalho no Brasil. 2024 Texto para discussão. IPEA. Rio de Janeiro, jan. 2015. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3513/1/td_2024.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020. p. 16-17.

³² CAMPOS, André Gambier. Breve Histórico das mudanças na regulação do trabalho no Brasil. 2024 Texto para discussão. IPEA. Rio de Janeiro, jan. 2015. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3513/1/td_2024.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020. p. 19.

³³ CAMPOS, André Gambier. Breve Histórico das mudanças na regulação do trabalho no Brasil. 2024 Texto para discussão. IPEA. Rio de Janeiro, jan. 2015. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3513/1/td_2024.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020. p. 23.

foi a entrada em vigor da Reforma Trabalhista³⁴, aprovada às pressas, em um cenário político duvidoso.

Acredita-se, em função disso, que a Reforma Trabalhista seja uma opção política, dentro de um cenário no qual o trabalho se mostra em uma posição desfavorável, e, de acordo com Vicent de Gaulejac são três os fatores que contribuem para essa posição:

As empresas têm a tendência de deslocar suas unidades de produção para os países em que a legislação é menos favorável para os empregados.

A credibilidade e o poder dos sindicatos são inversamente proporcionais à globalização das empresas. Quanto mais estas se tornam “multinacionais”, mais aqueles perdem seu poder crítico. A ação sindical tende a se reduzir a uma representação formal, fundada mais sobre regras legais do que sobre lutas coletivas.

O gerenciamento liberal e a “gestão dos recursos humanos” produzem uma individualização das relações salariais, neutralizam as reivindicações coletivas e enfraquecem as solidariedades concretas³⁵.

O Brasil é um dos países que se encontra nesse contexto. Como país subdesenvolvido, ele adota medidas de flexibilização de sua legislação trabalhista para atrair empresas multinacionais e investimentos de países centralizados. A Reforma Trabalhista, portanto, é a manifestação do fenômeno descrito por Alain Supiot como *law shopping*: por parte “[...]do Estado, a busca pela redução do custo da mão de obra com vistas à obtenção de vantagens na precificação de seus produtos no mercado internacional, bem como à atração de investimentos produtivos[...]”³⁶. Por sua vez, por “[...] parte dos empresários, a escolha daqueles ordenamentos jurídicos trabalhistas menos onerosos no que concerne aos custos com o pessoal”³⁷. É nesse sentido que:

[...] a reforma trabalhista revelava a sua estratégia – que pode ser resumida na palavra *fraude*. O legislador observa cuidadosamente a realidade e –ao invés de corrigir suas distorções –joga com elas. Usa as próprias distorções para atingir o seu verdadeiro fim. E este fim não é simplesmente o de baixar custos, e nem mesmo o de aumentar os postos de trabalho, apesar do discurso oficial. É o de ir demolindo, pouco a pouco, o edifício representado pelas

³⁴ Na época da aprovação da Lei nº 13.467/2017, veiculou-se pela grande mídia que a Reforma Trabalhista criaria condições para crescimento da economia e que não geraria perdas de direitos para os trabalhadores. Um exemplo é a matéria publicada no jornal O Globo em 10/11/2017, disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/ministro-diz-que-reforma-trabalhista-cria-condicoes-para-crescimento-da-economia-22057028>. Acesso em 14 mai 2020.

³⁵ GAULEJAC, Vicent de. **Gestão como doença social**. Trad. de Ivo Storniolo. São Paulo: Ideias & Letras, 2017, p. 53-54.

³⁶ EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. O trabalho autônomo na reforma trabalhista e sua compreensão à luz da constituição federal. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto (coords). **Resistência**: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. São Paulo: Expressão Popular, 2017, p. 119.

³⁷ EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. O trabalho autônomo na reforma trabalhista e sua compreensão à luz da constituição federal. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto (coords). **Resistência**: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. São Paulo: Expressão Popular, 2017, p. 119.

conquistas sociais, que ele interpreta simplesmente como entrave ao crescimento econômico e à acumulação capitalista³⁸.

Ocorre que, enquanto para partidos ou homens políticos, desregulamentar significa liberdade, para os trabalhadores “não pode haver liberdade nisso sem um mínimo de segurança, de respeito pelo direito, de possibilidade de negociar as condições de trabalho, de ter peso nas decisões. A questão da liberdade não se coloca nos mesmos termos”³⁹. Lacordaire⁴⁰ já dizia: “entre o fraco e o forte, entre o rico e o pobre, entre o senhor e o servo, é a liberdade que oprime e a lei que liberta”⁴¹.

São por essas razões que se acredita ser a Reforma Trabalhista, na realidade, uma opção política. Assim como a tentativa de afastar – no campo do Direito do Trabalho – a proteção tendo em vista a autonomia da vontade limitada do trabalhador pelo estado de necessidade no qual se encontra.

O discurso no qual o Direito do Trabalho protege demais é um tanto quanto perverso. Ele não protege demais, se assim o fizesse, ele desequilibraria a relação entre empregador e empregado. Pense em uma balança em que um dos lados se tem um objeto mais pesado e no outro um mais leve, em seu topo se encontra o empregador e em sua base o empregado. Se o Direito do Trabalho protegesse demais, essa situação se inverteria, no topo encontrar-se-ia o empregado e na base o empregador. O Direito do Trabalho não busca o desequilíbrio e sim equilíbrio dessa balança, colocando as partes em uma condição linear, minimizando as desigualdades dessa relação.

Tudo indica que essas medidas e esse discurso, na realidade, são tentativas de normalizar a precarização do trabalho. Isso tudo permite aos detentores do poder econômico alcançarem maior lucro. A ganância humana é algo um tanto quanto inacreditável e assim: “entre a lógica do lucro e o respeito pelas pessoas, as armas não são iguais”⁴².

Esses ventos flexibilizadores levam a um futuro incerto do Direito do Trabalho.

³⁸ RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Marcio Túlio; LIMA, Leonardo Tibo Barbosa; NUNES, Raquel Portugal. A REFORMA DA LEI REFORMANDO O JUIZ. **Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas**, v. 5, n. 2, p. 132-153, 2019, p. 136.

³⁹ GAULEJAC, Vicent de. **Gestão como doença social**. Trad. de Ivo Storniolo. São Paulo: Ideias & Letras, 2017, p. 61.

⁴⁰ LACORDAIRE, Jean Baptiste Henri Dominique. **Conférences de Notre-Dame de Paris**. Paris: Sagnier et Bray, 1848, p. 246, tradução nossa.

⁴¹ “Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c’est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit”.

⁴² GAULEJAC, Vicent de. **Gestão como doença social**. Trad. de Ivo Storniolo. São Paulo: Ideias & Letras, 2017, p. 29.

E diante de incertezas, torna-se necessário pensar em perspectivas que dão esperanças para que, no ciclo de construção e desconstrução do Direito do Trabalho, a construção vença a desconstrução.

5 PARA UM FUTURO INCERTO, PERSPECTIVAS QUE DÃO ESPERANÇA

Como visto, parece haver uma tendência de no Direito do Trabalho se tentar afastar o estado de necessidade do trabalhador e, conseqüentemente, o alcance do Princípio do Proteção. O mesmo fenômeno não parece acontecer nas outras esferas, não há uma tentativa de afastar a proteção do Direito Penal, do Direito Civil ou do Direito do Consumidor ao agente que, diante da necessidade, possui sua autonomia relativizada. Por que o Direito do Trabalho? Ora, se o trabalho fosse um fator de irrelevância dentro do sistema capitalista, se fosse um passivo na empresa como muitos pensam, por que tantas tentativas de desconstruir seu manto protetor normativo?

Diante de tais constatações poder-se-á traçar perspectivas que não necessariamente sejam novas, configurando-se, na realidade, uma retomada. Em um cenário incerto é necessário **retomar a centralidade que o trabalho ocupa na vida humana e no próprio sistema capitalista.**

Inclusive, ao trazer essa premissa para os dias atuais, marcados por uma pandemia⁴³ vivenciada mundialmente, em razão do surgimento do novo coronavírus, pode-se perceber que o governo brasileiro editou inúmeras medidas provisórias relacionadas ao trabalho. Ora, se o trabalho não fosse central ao próprio sistema capitalista, não haveria motivos para tomar-se tantas medidas⁴⁴ – às pressas - em sua relação. É que, justamente pelo trabalho ser central dentro do sistema capitalista, é que o Direito do Trabalho se torna um alvo maior de desconstrução do que outros ramos do Direito.

⁴³ Até a presente data, em 19 de julho de 2020, já foram oficialmente registrados 14.321.366 casos no mundo e 2.074.860 casos no Brasil, chegando em território nacional brasileiro a 78.772 mortes. Os dados foram retirados do relatório oficial de Covid-19, disponível em: <https://www.arcgis.com/apps/opsdashboard/index.html#/bda7594740fd40299423467b48e9ecf6>. Acesso em: 19 jul. 2020.

⁴⁴ Em 22 de março de 2020 entrou em vigor a Medida Provisória n. 927 para dispor sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública. Em 23 de março de 2020 entrou em vigor a Medida Provisória n. 928 para alterar a Lei n° 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 e a Medida Provisória n° 927, de 22 de março de 2020. Em 1° de abril de 2020 entrou em vigor a Medida Provisória n° 936, instituindo o programa emergencial de manutenção do emprego e da renda. A mais polêmica das Medidas Provisórias é a MP n° 936, que autoriza a redução de salário, jornada e suspensão de contrato de trabalho.

Mas o trabalho é muito mais do que isso. Ele também é central na própria vida humana. Por meio do trabalho, o ser humano “[...] se insere na sociedade e se afirma como cidadão”⁴⁵. É a partir do trabalho:

[...]que o homem se torna social, distinguindo-se até mesmo de outras formas não humanas e dos seres irracionais. O homem é o único ser com capacidade teleológica e, nesse sentido, o trabalho funciona como mediação odontológica para a realização das suas satisfações⁴⁶.

Para Engels, o trabalho vai muito além do que o simples atendimento de necessidades materiais, ele é fundamental a toda vida humana:

O trabalho é a fonte de toda riqueza, afirmam os economistas. Assim é, com efeito, ao lado da natureza, encarregada de fornecer os materiais que ele converte em riqueza. O trabalho, porém, é muitíssimo mais do que isso. É a condição básica e fundamental de toda a vida humana. E em tal grau que, até certo ponto, podemos afirmar que o trabalho criou o próprio homem⁴⁷.

A partir do momento em que o trabalho retoma a sua posição de centralidade – tanto para a manutenção do próprio sistema capitalista, mas principalmente na própria vida humana – o futuro incerto do Direito do Trabalho, causado pelos ventos flexibilizadores de uma Reforma política, poderá atender ao seu projeto enquanto ramo jurídico híbrido, de valorização da pessoa humana que trabalho, mas também de manutenção da ordem econômica hígida e próspera.

Isto porque, a retomada da centralidade do trabalho poderá contribuir para a retomada da solidariedade, da justiça social, da conscientização de classe, do próprio Estado Democrático de Direito. Quando se coloca o trabalho no centro, é possível retomar a força do próprio Direito do Trabalho, abrindo margens para a sua ressignificação⁴⁸, ampliando o seu manto protetor à parte mais fraca da relação de trabalho pela busca de um equilíbrio, e assim, retomando a sua própria razão de ser, que tentam tanto desconstruí-la. Porque antes de se pensar apenas no dinheiro, deve-se (ou

⁴⁵ TEDORO, Maria Cecília Máximo. Por um direito do trabalho repersonalizado. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo *et al.* **Direito Material e Processual do Trabalho. III Congresso Latino-Americano de Direito Material e Processual do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2016.

⁴⁶ TEODORO, Maria Cecília Máximo. O Trabalhador em Tempos de Modernidade Líquida e Destruição Criadora. In: BIER, Clerilei Aparecida; PLAZA, José Luiz Tortuero (Orgs.) **I Encontro de Internacionalização do CONPEDI.** 1. ed. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015. p. 197-218.

⁴⁷ ENGELS, Friedrich. O papel do trabalho na transformação do macaco em homem. **Revista Trabalho Necessário**, Niterói, vol. 4, n. 4, p. 1-9, 2006. Disponível em: <http://periodicos.uff.br/trabalhonecessario/article/view/4603>. Acesso em 19 jul. 2020.

⁴⁸ Inclusive, alguns autores propõem novas formas de ressignificação do Direito do Trabalho, sob um olhar para a além da relação de emprego. Sobre o tema, apesar de não ser o que se defende aqui, sugere-se a seguinte leitura: SUPLOT, Alain. Para além do emprego: os caminhos de uma verdadeira reforma do direito do trabalho. **Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas**, v. 4, n. 3, p. 17-52, 2018.

ao menos dever-se-ia) compatibilizá-lo e pensar também no humano, a força motriz capaz de sustentar o sistema capitalista, seja por meio do trabalho, seja pelo consumo.

6 CONCLUSÃO

Em diversos ramos do Direito, como o Direito do Consumidor, o Direito Civil e o Direito Penal, se reconhece o dever de proteger o agente que, por se encontrar em um estado de necessidade, tem sua autonomia da vontade limitada, seu poder de escolha relativizado.

Da mesma forma que esses ramos jurídicos, o Direito do Trabalho também deve proteger o trabalhador, o qual se encontra em um real estado de necessidade para permanecer em seu emprego, sustentar seu padrão de vida, se alimentar, subsistir em uma sociedade capitalista e, conseqüentemente não possui um livre poder de escolha, uma ilimitada autonomia da vontade. Por esse motivo, o Direito do Trabalho possui como princípio fundante o Princípio da Proteção.

Mesmo desses fatos, percebe-se uma tendência nas últimas décadas de tentar afastar a proteção conferida ao trabalhador por esse ramo jurídico, por meio de um discurso que, forçosamente, aufere uma autonomia da vontade ao trabalhador quase plena, negando assim, o real estado de necessidade em que ele se encontra. Nesse sentido, é como se ele fosse plenamente livre para tomar decisões, negociar em condições de igualdade, não havendo por que conferi-lo “tanta proteção” como o conferem.

Esses discursos, que se escondem por trás motivos políticos/econômicos, levam à uma desconstrução do Direito do Trabalho e um futuro incerto desse ramo jurídico. Eles normalizam a precarização do labor humano, em favor do aumento do lucro aos detentores do poder econômico.

Esse cenário por si só já demonstra como o trabalho é central para a manutenção do próprio sistema capitalista, já que o incômodo do dever de proteger encontra-se no campo do Direito do Trabalho- ao menos mais do que os outros ramos do Direito. É ele o alvo principal do discurso.

Mas o trabalho, além de ser central no sistema capitalista, é muito mais do que isso. Ele é central na própria vida humana. Por meio dele o ser humano se afirma como ser social e se insere na sociedade. Ele é essencial para a criação e recriação do próprio ser humano, que tudo produz e tudo consome.

Portanto, como uma perspectiva para um futuro incerto ao Direito do Trabalho, recomenda-se a retomada da centralidade do trabalho. Ela poderá contribuir para a retomada da solidariedade, da cidadania, da justiça social, da conscientização de classe, da valoração do trabalho humano, da proteção da dignidade da pessoa humana, do próprio Estado Democrático de Direito e principalmente, da retomada da razão de ser do Direito do Trabalho: proteger aquele ser humano que aliena sua força de trabalho a outrem em troca de uma contraprestação, encontrando-se em uma esfera da necessidade para manter-se no emprego, e que, justamente por isso, não possui uma autonomia da vontade plena.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Amauri Cesar; DE CASTRO, Thiago Henrique Lopes. Reforma trabalhista e movimentos de reestruturação, precarização e redução do direito do trabalho no Brasil. **Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas**, v. 4, n. 3, p. 130-156, 2018.

BIAVASCHI, Magda Barros. O processo de construção e desconstrução da tela de proteção social do trabalho: tempos de regresso. **Estudos avançados**. São Paulo, v. 30, n. 87, p. 75-87, Ago. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000200075&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 jul. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral 1. 17.ed. rev. ampl. e atualizada de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [da] União, Brasília, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm . Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.. DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.078%2C%20DE%2011%20DE%20SETEMBRO%20DE%201990.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20prote%C3%A7%C3%A3o%20do%20consumidor%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.&text=Art.&text=Equipara%20Dse%20a%20consumidor%20a,intervindo%20nas%20rela%C3%A7%C3%B5es%20de%20consumo. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial [da] União, Brasília, 14 de jul. 2017f. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/113467.htm. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 881-B,** projeto de lei de conversão nº 21 de 2019. Brasília, DF: Congresso Nacional. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3A0774356E91E03FFE0E7D52F31605F4.proposicoesWebExterno1?codteor=1790851&filename=Tramitacao-MPV+881/2019. Acesso em: 20 jul. 2020.

CAMPOS, André Gambier. Breve Histórico das mudanças na regulação do trabalho no Brasil. 2024 Texto para discussão. **IPEA.** Rio de Janeiro, jan. 2015. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3513/1/td_2024.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

CASTEL, Robert. *El ascenso de las incertidumbres: Trabajo, protecciones, estatuto del individuo.* 1 ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2012.

EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. O trabalho autônomo na reforma trabalhista e sua compreensão à luz da constituição federal. *In:* SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto (coords). **Resistência:** aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. São Paulo: Expressão Popular, 2017, p. 119.

ENGELS, Friedrich. O papel do trabalho na transformação do macaco em homem. **Revista Trabalho Necessário,** Niterói, vol. 4, n. 4, p. 1-9, 2006. Disponível em: <http://periodicos.uff.br/trabalhonecessario/article/view/4603>. Acesso em 19 jul. 2020.

GAULEJAC, Vicent de. **Gestão como doença social.** Trad. de Ivo Storniolo. São Paulo: Ideias & Letras, 2017.

JOHNS HOPKINS UNIVERSITY. Whitin school of engineering. **COVID-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE).** Baltimore, 2020. Disponível em: <https://www.arcgis.com/apps/opsdashboard/index.html#/bda7594740fd40299423467b48e9ecf6>. Acesso em 19 jul. 2020.

LACORDAIRE, Jean Baptiste Henri Dominique. *Conférences de Notre-Dame de Paris.* Paris: Sagnier et Bray, 1848.

MARX, Karl. **O Capital:** Crítica da economia política. Livro I. Tradução de Rubens Enderle. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

MELHADO, Reginaldo. Trabalhador pseudossuficiente: a hipossuficiência do conceito de autonomia da vontade na "reforma" trabalhista. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (Coord.). **Resistência**: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. 1.ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2017. p. 131-151.

NASCIMENTO, Bárbara. Ministro diz que reforma trabalhista cria condições para crescimento da economia. **O Globo**. 10/11/2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/ministro-diz-que-reforma-trabalhista-cria-condicoes-para-crescimento-da-economia-22057028>. Acesso em 14 maio 2020.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3 ed. fac-similada. São Paulo: LTr, 2015.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Marcio Túlio; LIMA, Leonardo Tibo Barbosa; NUNES, Raquel Portugal. A REFORMA DA LEI REFORMANDO O JUIZ. **Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas**, v. 5, n. 2, p. 132-153, 2019.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. **Revista Brasileira de Direito Civil-RBDCivil**, v. 10, n. 04, 2017.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. O Trabalhador em Tempos de Modernidade Líquida e Destruição Criadora. In: BIER, Clerilei Aparecida; PLAZA, José Luiz Tortuero (Orgs.) **I Encontro de Internacionalização do CONPEDI**. 1. ed. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015. p. 197-218.

_____. Para Repensar o Direito do Trabalho, sob uma Perspectiva Humana e Econômica. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo *et al.* **Direito Material e Processual do Trabalho. VI Congresso Latino-Americano de Direito Material e Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2018. P. 39-48.

_____. Por um direito do trabalho repersonalizado. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo *et al.* **Direito Material e Processual do Trabalho. III Congresso Latino-Americano de Direito Material e Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2016.

VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado – o direito do trabalho no limiar do século XXI. **Revista da Faculdade de Direito, UFMG**, Belo Horizonte, n. 37, p. 153-186, 2000. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1145/1078>. Acesso em: 31 jan. 2018.

VIANA, Márcio Túlio; TEODORO, Maria Cecília Máximo. Misturas e fraturas do trabalho: do poder diretivo à concepção do trabalho como necessidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 114, n. 114, p. 299-343, jun. 2017.

MOVILIDAD TRANSNACIONAL DE TRABAJADORES ESPAÑÓLES Y LEY APLICABLE EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL⁴⁹

TRANSNATIONAL MOBILITY OF SPANISH WORKERS AND APPLICABLE LAW ON SOCIAL SECURITY

MOBILIDADE TRANSNACIONAL DE TRABALHADORES ESPANHÓIS E LEGISLAÇÃO APLICÁVEL DE SEGURIDADE SOCIAL

EVA LÓPEZ TERRADA⁵⁰

RESUMEN: La internacionalización de la producción y el intercambio económico explica cómo la movilidad transnacional de los trabajadores se ha convertido en una realidad común. La determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social en los casos de movilidad transnacional de trabajadores españoles necesita de estudio debido a los innumerables y complejos problemas jurídicos que suscita su regulación. En caso de los trabajadores españoles es, por tanto, una tarea especialmente ardua, que precisa del conocimiento y análisis de las distintas fuentes reguladoras, sean éstas comunitarias, internacionales o españolas. Para abordar el tema, el presente trabajo ha combinado las distintas nacionalidades del lugar de trabajo y de la empresa –y la residencia del trabajador español. A partir de ahí ha delimitado un catálogo de nueve supuestos a analizar, según el trabajador preste servicios en España, en un país comunitario o en un país extracomunitario, y según la empresa sea española, comunitaria o extracomunitaria. El objeto de estudio se centra en los trabajadores por cuenta ajena de nacionalidad española. La finalidad perseguida es clarificar en cada supuesto cuál es la fuente reguladora encargada de determinar la ley aplicable en materia de Seguridad Social que debe seleccionarse. La descripción detallada de las reglas contenidas en cada una de ellas excedería, con mucho, del objeto del presente trabajo.

PALABRAS CLAVE: Seguridad Social; Trabajadores españoles por cuenta ajena; Movilidad transnacional; Fuentes reguladoras.

SUMARIO: 1. Planteamiento de la cuestión. 2. Supuestos en los que el trabajador presta servicios en España. 2.1. La prestación de servicios en España a una empresa española. 2.2. La prestación de servicios en España a una empresa comunitaria, suiza o del EEE. 2.3. La

Artigo recebido em 03/12/2020

Artigo aprovado em 15/06/2021

⁴⁹O artigo será mantido no idioma original do autor e serão mantidas as normas de referência do país de origem.

⁵⁰Profesora Titular de Derecho Del Trabajo y de La Seguridad Social en Universitat de València (Espanã).

prestación de servicios en España a una empresa extracomunitaria. 3. Supuestos en los que el trabajador presta servicios en una empresa comunitaria, suiza o del EEE. 3.1. La prestación de servicios en un país comunitario o asimilado a una empresa española. 3.2. La prestación de servicios en un país comunitario o asimilado a una empresa comunitaria, suiza o del EEE. 3.3. La prestación de servicios en un país comunitario o asimilado a una empresa extracomunitaria. 4. Supuestos en los que el trabajador presta servicios en un país extracomunitario. 4.1. La prestación de servicios en un país extracomunitario a una empresa española. 4.2. La prestación de servicios en un país extracomunitario a una empresa comunitaria, suiza o del EEE. 4.3. La prestación de servicios en un país extracomunitario a una empresa extracomunitaria. 5. Conclusiones.

ABSTRACT: The internationalization of production and economic exchange explains how the transnational mobility of workers has become a common reality. The determination of the applicable law in matters of Social Security in cases of transnational mobility of Spanish workers needs to be studied due to the numerous and complex legal problems that its regulation raises. In the case of Spanish workers, this is, therefore, a particularly arduous task, which requires knowledge and analysis of different regulatory sources, whether community, international or Spanish. To solve the problem, this work combined the different nationalities of the workplace and the company - and the residence of the Spanish worker. From that point onwards, he drew up a catalog of nine hypotheses to be analyzed, depending on whether the worker provides services in Spain, in a Community country or in a non-Community country, and depending on whether the company is Spanish, Community or extra-Community. The object of study focuses on employed workers of Spanish nationality. It is intended to clarify in each case which is the regulatory source in charge of determining which legislation applicable to Social Security should be selected. A detailed description of the rules contained in each of them would extrapolate the scope of this work.

KEYWORDS: Social Security; Spanish workers employed; Transnational mobility; Regulatory standards.

SUMMARY: 1. Statement of the issue. 2. Cases where the employee provides services in Spain. 2.1. Provision of services in Spain to a Spanish company. 2.2. The provision of services in Spain to a community, Swiss or EEA company. 2.3. The provision of services in Spain to a non-Community company. 3. Cases where the worker provides services in a community, Swiss or EEA company. 3.1. The provision of services in a community country or equivalent to a Spanish company. 3.2. The provision of services in a community country or assimilated to a community, Swiss or EEA company. 3.3. The provision of services in a community country or equivalent to a non-community company. 4. Cases where the employee provides services in a third country. 4.1. The provision of services in a third country to a Spanish company. 4.2. The provision of services in a non-EU country to a community, Swiss or EEA company. 4.3. The provision of services in a non-EU country to a non-EU company. 5. Conclusions.

1 PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La internacionalización de la producción y de los intercambios económicos, las exigencias de competitividad derivadas de la nueva economía globalizada y, desde luego, la crisis económica, explican que, cada vez con mayor frecuencia, las prestaciones de servicios de los trabajadores por cuenta ajena tengan lugar en países distintos a su Estado de origen y/o en empresas cuya nacionalidad puede diferir tanto de la nacionalidad del trabajador como de la del lugar de prestación de servicios. La movilidad transnacional de estos trabajadores se ha convertido, por ello, en una realidad habitual, pero también especialmente necesitada de estudio, debido a los innumerables y complejos problemas jurídicos que suscita su regulación.

En el caso concreto de la ley aplicable en materia de Seguridad Social, aunque no existe unanimidad a la hora de determinar si la Seguridad Social queda incluida o no en el campo del conflicto de leyes⁵¹, no ofrece discusión que la determinación de la ley aplicable plantea dos tipos de problemas esenciales: por un lado, conocer el sistema de Seguridad Social en el que el trabajador debe afiliarse y cotizar; por otro lado, determinar el sistema de Seguridad Social al que el trabajador puede dirigirse a efectos del reconocimiento y cálculo de las prestaciones. En efecto, en las relaciones de afiliación pueden plantearse tanto conflictos positivos de leyes -si existe obligación de afiliarse simultáneamente en varios sistemas- como conflictos negativos -si el trabajador no cumple los requisitos de afiliación de ningún sistema-. Mientras, en las relaciones de protección pueden producirse situaciones de desprotección, infraprotección o sobreprotección relativa, ya que su estrecha conexión con la naturaleza de cada uno de los sistemas de Seguridad Social puede desembocar en diferencias de trato no justificadas entre los nacionales de los países involucrados⁵².

Determinar la ley aplicable en materia de Seguridad Social en caso de movilidad transnacional de los trabajadores españoles es, por tanto, una tarea especialmente

⁵¹ FOTINOPOULOU BASURKO, O., *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional. Estudio del Convenio de 19 de junio de 1980, hecho en Roma, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*, 2006, Aranzadi, p. 85, y la bibliografía que allí se cita.

⁵² CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, 2004, Consejo Económico y Social, p. 24-25; CORREA CARRASCO, M., "El contrato de trabajo internacional y la protección social extraterritorial: problemas y soluciones", en: Correa Carrasco, M. (coord.), *Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/097537.pdf>, p. 28 y 32-34.

ardua, que precisa del conocimiento y análisis de las distintas fuentes reguladoras, sean éstas comunitarias, internacionales o españolas. Pese a ello, parece una tarea de indudable utilidad y, por ello, pretende abordarse en el presente trabajo. Para ello, se han combinado las distintas nacionalidades del lugar de trabajo y de la empresa – y la residencia del trabajador español – y de ahí ha surgido un catálogo de nueve supuestos a analizar, según el trabajador preste servicios en España, en un país comunitario o en un país extracomunitario, y según la empresa sea española, comunitaria o extracomunitaria:

-Trabajador español prestando servicios en España a una empresa española (2.1.).

-Trabajador español prestando servicios en España a una empresa comunitaria (2.2.).

-Trabajador español prestando servicios en España a una empresa extracomunitaria (2.3).

-Trabajador español prestando servicios en un país comunitario a una empresa española (3.1).

-Trabajador español prestando servicios en un país comunitario a una empresa comunitaria (3.2).

-Trabajador español prestando servicios en un país comunitario a una empresa extracomunitaria (3.3).

-Trabajador español prestando servicios en un país extracomunitario a una empresa española (4.1).

-Trabajador español prestando servicios en un país extracomunitario a una empresa comunitaria (4.2).

-Trabajador español prestando servicios en un país extracomunitario a una empresa extracomunitaria (4.3).

Lógicamente, para poder alcanzar un propósito tan ambicioso como el planteado, el objeto de estudio se ha delimitado desde varios puntos de vista que deben exponerse con carácter previo:

En primer lugar, el estudio se centra en los trabajadores por cuenta ajena de nacionalidad española, y ello a pesar de que las principales fuentes reguladoras (Reglamentos comunitarios de Seguridad Social, convenios internacionales multilaterales o bilaterales, derecho interno) ni siempre utilizan el criterio de la nacionalidad ni se refieren en exclusiva a los trabajadores por cuenta ajena.

En segundo lugar, no debe perderse de vista que la finalidad perseguida es clarificar en cada supuesto cuál es la fuente reguladora encargada de determinar la ley aplicable en materia de Seguridad Social que debe seleccionarse. La descripción detallada de las reglas contenidas en cada una de ellas excedería, con mucho, del objeto del presente trabajo.

2 SUPUESTOS EN LOS QUE EL TRABAJADOR PRESTA SERVICIOS EN ESPAÑA

El primer grupo de supuestos abarca las situaciones en las que el trabajador español presta sus servicios en España. En estos casos, a su vez, se hace imprescindible distinguir según la empresa sea española, comunitaria o extracomunitaria.

2.1 La prestación de servicios en España a una empresa española

Por lo que a la primera situación se refiere, y en contra de lo que pudiera parecer a primera vista, podría haberse producido la internacionalización de la relación laboral del trabajador español, aunque se encuentre prestando servicios en España a una empresa española. En efecto, no hay que descartar la posibilidad de que el trabajador español, residente en un país comunitario o extracomunitario, haya sido

contratado por una empresa española para trabajar allí y, con posterioridad, haya sido desplazado temporalmente a España, dentro o fuera de una prestación de servicios.

a) Trabajador desplazado desde un país comunitario, Suiza o países del EEE

Si el trabajador ha sido desplazado temporalmente a España desde un país comunitario, o bien desde Suiza o desde los países del Espacio Económico Europeo⁵³, la determinación de la ley aplicable a la Seguridad Social se regirá por el Reglamento 883/2004, de 29 de abril, que entró en vigor a los veinte días de su publicación en el DOUE, pero cuya aplicación empezó a producirse a partir del 1 de mayo de 2010, fecha de entrada en vigor del Reglamento de aplicación 987/2009, de 16 de septiembre.

De su interpretación se encarga el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social a través de sus Decisiones y Recomendaciones (artículo 72 Reglamento 883/2004). Además, sin perjuicio de las tareas y actividades de la Comisión Administrativa, la Autoridad Laboral Europea apoyará la aplicación del Reglamento de conformidad con sus funciones, establecidas en el Reglamento 2019/1149, de 20 de junio de 2019, del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se crea la Autoridad Laboral Europea, se modifican los Reglamentos 883/2004, 492/2011 y 2016/589 y se deroga la Decisión 2016/344 (artículo 74 *bis* Reglamento 883/2004)⁵⁴.

⁵³Desde el 1 de abril de 2012 los Reglamentos resultan de aplicación en Suiza (Decisión nº 1/2012, de 31 de marzo, del Comité Mixto establecido en virtud del acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra) y desde el 1 de junio de 2012 en los países del Espacio Económico Europeo (Noruega, Islandia y Liechtenstein. Anexo VI del Acuerdo sobre el EEE, modificado por la decisión nº 76/2011, de 1 de julio, del Comité Mixto del EEE).

⁵⁴ El Reglamento prevé que la Autoridad Laboral Europea esté operativa a partir del 1 de agosto de 2021 (artículo 44.1) para ayudar a reforzar la equidad y la confianza en el mercado interior. Sus objetivos – según se explicita en el considerando sexto- son “ayudar a los Estados miembros y a la Comisión para reforzar el acceso a la información, apoyar el cumplimiento y la cooperación entre los Estados miembros de cara a una aplicación y cumplimiento coherente, eficiente y eficaz de la legislación de la Unión en materia de movilidad laboral en toda la Unión, y la coordinación de los sistemas de Seguridad Social en la Unión, y debe mediar y facilitar una solución en caso de litigios”.

El artículo 2 del Reglamento 883/2004 precisa que éste se aplicará, además de a los nacionales de uno de los Estados miembros, a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros, que estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes. Además, se prevé su aplicación a los supervivientes 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 supervivientes sean nacionales de uno de los Estados miembros o apátridas o refugiados que residan en uno de los Estados miembros⁵⁵.

Desde el 1 de enero de 2011, y con la excepción del Reino Unido y Dinamarca⁵⁶, los Reglamentos Comunitarios se aplican, también, a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén aún cubiertos por los mismos, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, siempre que estén residiendo legalmente en el territorio de un Estado miembro y siempre que su situación no esté circunscrita, en todos sus aspectos, al interior de un solo Estado miembro (Reglamento 1231/2010, de 24 de noviembre).

Materialmente, el Reglamento 883/2004 se aplica a toda la legislación relativa a las ramas de Seguridad Social relacionadas con (artículo 3 Reglamento 883/2004):

- las prestaciones de enfermedad,
- las prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas,
- las prestaciones de invalidez; las prestaciones de vejez,
- las prestaciones de supervivencia,
- las prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional,
- los subsidios de defunción,

⁵⁵ La situación respecto del *Brexit*, todavía no resuelta, se remite, por todos, a MARTÍN POZUELO, A. "Retos actuales de la coordinación europea en materia de Seguridad Social: la (eterna) Propuesta de reforma y el «Brexit»", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 2019, nº 439, p. 160-170.

⁵⁶ Tampoco se aplica, según la STJUE de 18 de noviembre de 2010, *Xhymshiti*, C-247/09, TJCE 346\2010, a un nacional de un Estado tercero que trabaja en Suiza y reside con sus hijos en un Estado miembro cuya nacionalidad tienen sus hijos.

- las prestaciones de desempleo,
- las prestaciones de prejubilación,
- las prestaciones familiares;
- y las prestaciones especiales en metálico no contributivas previstas en el Artículo 70 del Reglamento (ver Anexo X)⁵⁷.

El Reglamento se aplica a los Regímenes de Seguridad Social generales y especiales, contributivos y no contributivos, así como a los Regímenes relativos a las

⁵⁷ Es fundamental tener en cuenta la propuesta de revisión de la normativa de coordinación presentada el 13 de diciembre de 2016 por la Comisión Europea (COM (2016) 815 final). En ella se proponía la inclusión en el ámbito de aplicación de los Reglamentos de las “prestaciones asistenciales de duración indeterminada” (prestaciones destinadas a cubrir el riesgo de dependencia) con el fin de aportar seguridad jurídica, como reflejo de la jurisprudencia del TJUE contenida en las Sentencias de 5 de marzo de 1998, *Molenaar*, C-160/1996, TJCE 1998\39; de 8 de marzo de 2001, *Jauch*, C-215/1999, TJCE 2001\75; y de 8 de julio de 2004, *Gaumain-Cerri y Barth*, C-31/2002, TJCE 2004\181.

Por otra parte, proponía incluir un apartado segundo en el artículo 4 del Reglamento de base en el que se precisase que los Estados miembros podrán exigir que el acceso de los ciudadanos económicamente inactivos (aquellos que no están trabajando o buscando empleo activamente y no tienen el derecho de residencia legal) a sus prestaciones sociales esté sujeto a la condición de tener un derecho de residencia legal según lo establecido en la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Cabe recordar a este respecto que los ciudadanos económicamente inactivos tienen derecho de residencia sólo cuando disponen de medios de subsistencia y una cobertura sanitaria completa. La propuesta de la Comisión acogía, de esta forma, la jurisprudencia del TJUE que parece respaldar la cruzada que en los últimos años se ha mantenido, especialmente desde el Reino Unido, contra el llamado “turismo social”. Así lo reconoce la propia Comisión en la explicación de la propuesta, al afirmar que la aplicación de la Directiva 2004/38 a los Reglamentos ha sido aclarada por la jurisprudencia del TJUE (SS.TJUE de 19 de Septiembre de 2013, *Brey*, C- 140/2012, TJCE 2013\287; de 11 de noviembre de 2014, *Dano*, C- 333/2013, TJCE 2014\311; y de 14 de Junio de 2016, *Comisión vs. Reino Unido*, C-308/2014, TJCE 2016\101), en virtud de la cual nada se opone, en principio, a que la concesión de prestaciones sociales a ciudadanos de la Unión que no ejercen actividades económicas esté supeditada a la exigencia de que éstos cumplan los requisitos para gozar del derecho de residencia legal en el Estado miembro de acogida. Además, la propuesta presentaba modificaciones en materia de trabajadores desplazados, prestaciones familiares y desempleo -orientadas, en este último caso, entre otras cosas, a que los solicitantes de empleo puedan exportar sus prestaciones de desempleo durante un período mínimo de seis meses, en lugar de los tres meses actuales- cuyo análisis, por alejarse de los objetivos que aquí se pretenden, se remite a CARRASCOSA BERMEJO, D., “Los Reglamentos de la Unión Europea sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social (Rgtos CE/883/2004 y CE/987/2009): propuesta de modificación de 13-12-2016 y tendencias interpretativas en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia (I)”, *Actum Social*, 2017, nº 119, p. 29-45. Como con la propuesta comenzó el procedimiento legislativo ordinario que regula el artículo 294 del TFUE, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea alcanzaron un acuerdo provisional sobre esta propuesta el 19 de marzo de 2019 que debería aprobar el Parlamento Europeo y, posteriormente, el Consejo, si bien, tras paralizarse el procedimiento en la primera fase, deberá decidir el Parlamento constituido el 2 de julio. El estudio de las modificaciones acaecidas en este proceso puede encontrarse, por su parte, en MARTÍN POZUELO, A. “Retos actuales de la coordinación europea en materia de Seguridad Social: la (eterna) Propuesta de reforma...”, cit., p. 146-160.

obligaciones del empleador o del armador, salvo disposición en contrario del Anexo XI, relativo a las disposiciones especiales para la aplicación de la legislación de los Estados miembros. No obstante, las disposiciones particulares para cada una de las categorías de prestaciones no afectarán a las disposiciones de la legislación de los Estados miembros relativas a las obligaciones del armador.

En sentido negativo, hay que descartar, además, la aplicación del Reglamento a:

a) La asistencia social y sanitaria⁵⁸.

b) Las prestaciones respecto a las cuales un Estado miembro asuma la responsabilidad de los daños causados a las personas y prevea una compensación, tales como las concedidas a las víctimas de guerra y de acciones militares o de sus consecuencias, a las víctimas de delitos de asesinato o de actos terroristas, a las víctimas de daños ocasionados por agentes del Estado miembro en el ejercicio de sus funciones o a las víctimas que se hayan visto perjudicadas por razones políticas o religiosas o debido a su origen,

c) La Seguridad Social complementaria, a cuya coordinación se refiere la Directiva 49/1998, de 29 de Junio, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad, y la Directiva 50/2014, de 16 de Abril, en proceso de transposición, relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión.

Debe precisarse, finalmente, que los Estados miembros han de realizar una notificación anual a la Comisión Europea por escrito declarando las legislaciones y los Regímenes relativos a prestaciones de Seguridad Social comprendidos en el ámbito de aplicación material del Reglamento (artículo 9 Reglamento 883/2004). Tales

⁵⁸ Que, como indica CARRASCOSA BERMEJO, D. "Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales", en: Nogueira Gustavino, M.; Fontinopoulo Basurko, O.; Miranda Boto, J. M., *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, 2012, Tirant lo Blanch.cit., p. 197, es un concepto próximo al de beneficencia que no se corresponde con el de asistencia sanitaria derivada de enfermedad o accidente, que sí está incluido.

declaraciones crean una presunción de que las legislaciones nacionales declaradas están comprendidas en el ámbito de aplicación material; por el contrario, cuando un Estado miembro no ha declarado una legislación nacional con arreglo a esos Reglamentos, los demás Estados miembros pueden, en principio, deducir de ello que esa legislación no está comprendida en el ámbito de aplicación material de los citados Reglamentos. Ahora bien, al margen de la denominación y ubicación que les haya otorgado el Estado miembro, el TJUE puede recalificar o integrar las prestaciones nacionales que se sometan a su consideración. Por ello, incluso a falta de una obligación general a cargo de los Estados miembros de verificar si la normativa de los demás Estados está comprendida o no en el ámbito de aplicación material, un órgano jurisdiccional nacional, que conoce de un litigio relativo a una ley o una normativa de ese tipo, puede siempre ser llamado a pronunciarse sobre la calificación del régimen de que se trata en el asunto de que conoce y, en su caso, plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial al respecto (STJUE de 3 de marzo de 2016, *Comisión Europea vs. República de Malta*, C-12/21014, TJCE 2016\62).

Pues bien, la determinación de la ley aplicable adopta en los Reglamentos comunitarios como punto de partida el principio de unicidad, ya que se entiende que las personas que circulan dentro de la Comunidad deben estar sujetas al sistema de Seguridad Social de un solo Estado miembro, a fin de evitar la concurrencia de diversas legislaciones nacionales aplicables y las complicaciones que ello podría entrañar (*vid.* artículo 11 R. 883/2004 y considerando 15). Ambos Reglamentos dedican su Título II de manera expresa a esta cuestión – bajo la rúbrica “*determinación de la ley aplicable*” – optando por designar como legislación aplicable con carácter general, por lo que aquí interesa (y dejando al margen funcionarios, trabajadores del mar y miembros de la tripulación de vuelo o de cabina), la del Estado miembro en que el interesado realiza la actividad (*lex loci laboris*) “para garantizar del modo más eficaz posible la igualdad de trato de todas las personas que trabajen en el territorio de un Estado miembro” (considerando 17 del R. 883/2004).

Esta primera conclusión debe matizarse, sin embargo, en el caso que se estudia, al menos, desde cuatro puntos de vista fundamentales:

1º. En primer lugar, no cabe olvidar que la regulación contenida en el Título II de los Reglamentos comunitarios se refiere exclusivamente, en realidad, a la relación de afiliación-cotización de los trabajadores migrantes. En consecuencia, estas normas precisarán ser completadas, en su caso, con objeto de poder determinar también la legislación aplicable a la relación de protección, con las *“disposiciones particulares para las distintas categorías de prestaciones”* a las que los Reglamentos comunitarios de base y de desarrollo dedican su Título III. No es de extrañar, por tanto, que el TJUE haya afirmado que la norma general del Estado de empleo contenida en el Título II no es aplicable *“más que en la medida en que las diferentes disposiciones particulares para las diferentes categorías de prestaciones, que constituyen el Título III del mismo Reglamento, no establezcan una excepción a la misma”* (por todas, STJUE de 27 de Mayo de 1982, Caso *Aubin*, C-227/1981).

2º. En segundo lugar, es fundamental tener en cuenta que, tratándose de un trabajador desplazado, podría resultar aplicable el artículo 12.1 del Reglamento 883/2004, que exceptúa la regla general del Estado de empleo y la sustituye por la del Estado de envío para determinados desplazamientos que no excedan los veinticuatro meses. El objeto de esta norma particular es, según reiterada jurisprudencia, *“superar las trabas que pudieran obstaculizar la libre circulación de los trabajadores y favorecer la interpenetración económica, evitando complicaciones administrativas, en particular, a los trabajadores y a las empresas”* (SS.TJUE de 17 de diciembre de 1970, *Manpower*, 35/70; de 10 de febrero de 2000, *FTS*, C-202/97; y de 9 de noviembre de 2000, *Josef Plum*, C- 404/98).

La aplicación de esta regla especial exige tener en cuenta, no obstante, además de los requisitos establecidos en el artículo 12.1, las precisiones que incorpora el artículo 14 del Reglamento 987/2009 y la interpretación que de la misma ha efectuado la jurisprudencia del TJUE y la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, especialmente en su Decisión nºA2 de 12 de junio de 2009.

En efecto, el artículo 12.1 se refiere, exclusivamente, a *“la persona que ejerza una actividad asalariada en un Estado miembro por cuenta de un empleador que*

ejerce normalmente en él sus actividades y a la que este empleador envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro”, y requiere que “la duración previsible de dicho trabajo no exceda de 24 meses” y “que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona”. Es necesaria, pues, la existencia de una relación directa previa entre el empleador y el trabajador desplazado que se mantenga a lo largo del desplazamiento (*vid.* Decisión nºA2). Aunque puede tratarse de una persona contratada con miras a enviarla a otro Estado miembro es exigible, además, que el interesado, inmediatamente antes de ocupar su puesto de trabajo, esté ya sujeto a la legislación del Estado en el que la empresa que la emplea esté establecida (art. 14.1 R. 987/2009). Según la Comisión Administrativa de Coordinación, el trabajador que haya estado sujeto al menos un mes a la legislación del Estado miembro en el que está establecido el empleador puede considerarse que cumple tal condición⁵⁹. Por su parte, la expresión “que ejerce normalmente en él sus actividades” se entiende referida a una empresa que realiza normalmente actividades sustanciales, distintas de la mera gestión interna, en el territorio del Estado miembro de establecimiento, teniendo en cuenta todos los criterios que caracterizan las actividades realizadas por la empresa en cuestión (art. 14.1 R. 987/2009). Esta exigencia de ejercer actividades “normalmente” en el primer Estado, con la que se tratan de evitar “domicilios de conveniencia”⁶⁰, se refiere también a las empresas de trabajo temporal que, desde un primer Estado miembro, ponen trabajadores a disposición de empresas situadas en el territorio de otro Estado miembro (SS. TJUE de 17 de diciembre de 1970, *Manpower*, C-35/70; y de 10 de febrero de 2000, *FTS*, C-202/97). Los criterios pertinentes deberán adecuarse a las características específicas de cada empresa y a la naturaleza real de las actividades que realiza (art. 14.2 R. 987/2009. *Vid.* STJUE de 9 de noviembre de 2000, *Josef Plum*, C- 404/98). En cuanto al período de desplazamiento, la Comisión Administrativa de Coordinación ha indicado

⁵⁹ Sobre el Informe de la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones de la Tesorería General de la Seguridad Social relativo a la posibilidad de aplicar la Seguridad Social española cuando no se cumplen estrictamente los requisitos establecidos en la Decisión A.2. *vid.* CASTELLÓ ENGUIX, B., “Aspectos relativos a la Seguridad Social de los trabajadores expatriados. Unión Europea y Países Emergentes”. Ponencia presentada a la jornada *Aspectos laborales de la movilidad internacional de trabajadores*, celebrada en Valencia el 9 de marzo de 2017.

⁶⁰ Por todos, CARRASCOSA BERMEJO, D., *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social*, cit., p. 163.

que si se produce una breve interrupción de las actividades que el trabajador realiza en la empresa situada en el Estado de empleo, independientemente del motivo (vacaciones, enfermedad, formación en la empresa que lo envía, etc.), no se considera interrumpido el período de desplazamiento. Sin embargo, cuando un trabajador finaliza un período de desplazamiento, no podrá autorizarse un nuevo desplazamiento del mismo trabajador a las mismas empresas y al mismo Estado miembro hasta transcurridos al menos dos meses a partir de la fecha de expiración del anterior período de desplazamiento.

El Reglamento de desarrollo indica, por lo que al procedimiento de aplicación del artículo 12 del Reglamento de base se refiere, que, salvo disposición contraria del artículo 16 del Reglamento 883/2004/21, si una persona ejerce su actividad en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente, el empleador informará de ello a la institución competente del Estado miembro cuya legislación sea aplicable, siempre que sea posible por adelantado. Dicha institución expedirá el certificado contemplado en el artículo 19.2 del Reglamento de aplicación para la persona interesada y pondrá sin demora la información relativa a la legislación aplicable a dicha persona a disposición de la institución designada por la autoridad competente del Estado miembro en el que se ejerza la actividad (artículo 15 Reglamento 987/2009).

En la medida en que establece una presunción de la conformidad a Derecho de la afiliación del trabajador de que se trate al régimen de Seguridad Social del Estado miembro en el que está establecida la empresa que lo emplea, en principio el certificado A-1 (anterior E-101) es vinculante para la institución competente del Estado miembro en el que dicho trabajador realiza un trabajo. Por ello, hasta tanto no se retire o se declare la invalidez del certificado, la institución competente del Estado miembro en el que el trabajador efectúa un trabajo debe tener en cuenta que éste ya está sometido a la legislación de Seguridad Social del Estado donde está establecida la empresa que lo emplea y, por consiguiente, esa institución no puede someter al trabajador en cuestión a su propio régimen de Seguridad Social (STJUE de 27 de abril de 2017, *A-Rosa Flussschiff*, C-620/15). No obstante, cuando la institución del Estado miembro al que han sido desplazados los trabajadores presenta ante la institución expedidora de los certificados A-1 (antes E-101) una solicitud de revisión de oficio y de

retirada de éstos a la luz de información obtenida en una investigación judicial que le ha permitido constatar que los mencionados certificados se han obtenido o invocado fraudulentamente y la institución expedidora no ha tenido en cuenta esa información para revisar la fundamentación de su expedición, el juez nacional puede, en un procedimiento incoado contra las personas sospechosas de haber recurrido a trabajadores desplazados al amparo de dichos certificados, no tenerlos en cuenta si, sobre la base de esa información, y siempre que se respeten las garantías inherentes al derecho a un proceso equitativo que deben concederse a estas personas, comprueba la existencia de tal fraude (STJUE de 6 de febrero de 2018, *Altun*, C 359/16).

3º. En tercer lugar, habrá que considerar que los Reglamentos comunitarios también exceptúan la regla general de la ley del lugar de trabajo cuando se trata de personas que ejerzan normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros (artículo 13.1 R. 883/2004). Se entiende por tales las personas que ejerzan, de manera simultánea o alterna, para la misma empresa o empleador o para varias empresas o empleadores, una o varias actividades diferentes, en dos o más Estados miembros (artículo 14.5 R. 987/2009). No tiene esta condición, sin embargo, una persona que, en el marco de sucesivos contratos de trabajo en los que se especifica como lugar de trabajo el territorio de varios Estados miembros, únicamente trabaja, de hecho, durante cada uno de esos contratos, en el territorio de uno sólo de esos Estados a la vez (STJUE de 4 de octubre de 2012, asunto *Format Urządzenia*, C-115/11).

Tras las reformas introducidas por el Reglamento 465/2012, de 22 de mayo, queda establecida la sujeción a la legislación del Estado miembro de residencia, pero únicamente si se ejerce una parte sustancial de la actividad – al menos el 25% del tiempo de trabajo o la remuneración – en dicho Estado miembro (artículos 13.1 R. 883/2004 y 14.8 R. 987/2009). Si no se ejerce una parte sustancial de la actividad en el Estado miembro de residencia, la legislación aplicable depende de que la contratación se haya efectuado por uno o varios empleadores y de dónde se encuentre la sede o domicilio de dichos empleadores (*vid.* artículos 13.1 R. 883/2004 y 14.11 del R. 987/2009), entendiéndose por tal la sede o domicilio en el que se adopten las decisiones

fundamentales de la empresa y en el que se ejerzan las funciones de su administración central (artículo 5 bis R. 987/2009).

4º. En cuarto lugar, cabe destacar que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 16 del R. 883/2004, tanto las normas generales como las normas particulares sobre determinación de la ley aplicable descritas pueden ser exceptuadas. En efecto, dicho precepto permite que dos o más Estados miembros, las autoridades competentes de dichos Estados miembros, o los organismos designados por dichas autoridades prevean de común acuerdo excepciones a tales reglas, en beneficio de determinadas personas o categorías de personas. El TJUE ha admitido, incluso, la aplicación retroactiva de dichos acuerdos por entender que nada en la literalidad de la norma permite afirmar que la posibilidad de admitir excepciones concedidas por esta disposición a los Estados miembros sólo pueda ejercerse de cara al futuro. Por el contrario, según el Tribunal, tanto el espíritu como el sistema del precepto exigen que un acuerdo celebrado con arreglo a esta disposición “pueda cubrir igualmente, en interés del o de los trabajadores de que se trate, unos períodos ya transcurridos” (SS.TJUE de 29 de junio de 1995, asunto *Joop Van Gestel* C- 454/93, relativo a un acuerdo que designa al Reino de los Países Bajos en lugar del Reino de Bélgica, el cual, en principio, era competente debido al lugar de empleo, celebrado después de que el interesado residiera y trabajara en Bélgica).

b) Trabajador desplazado desde un país extracomunitario

Para determinar la ley aplicable a la Seguridad Social de los trabajadores españoles que han sido desplazados temporalmente a España, dentro o fuera de una prestación de servicios, desde un país extracomunitario, habrá que estar al convenio multilateral o bilateral aplicable que tendrá en cuenta el tiempo del desplazamiento

para obligar a afiliarse y cotizar en el país extracomunitario de procedencia o en España⁶¹.

Así, en el caso de los convenios multilaterales, cabría destacar en este momento, a modo de ejemplo, lo dispuesto por el Convenio Europeo de Seguridad Social y el Acuerdo Complementario para la aplicación del mismo, de 14 de diciembre de 1972, elaborado en el seno del Consejo de Europa, o lo establecido en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, de 10 de noviembre de 2007. El primero – que es un instrumento de protección importante de los trabajadores turcos en España y de los trabajadores españoles en Turquía, ya que ni existe un Convenio bilateral entre España y Turquía ni en este país se aplican los Reglamentos comunitarios⁶²– fija en su Título II un criterio de conexión distinto a la *lex loci laboris* tratándose de trabajadores desplazados, ya que estos continúan sometidos a la legislación del Estado de origen siempre y cuando la duración previsible de trabajo no exceda a 12 meses y no se les envíe para sustituir a otros trabajadores que hayan cumplido el período de destino.

Por su parte, el Convenio Iberoamericano también exceptúa la regla general del Estado de empleo cuando se trata de trabajadores por cuenta ajena al servicio de una empresa con sede en el territorio de uno de los Estados Parte que desempeñe tareas profesionales, de investigación, científicas, técnicas, de dirección o actividades similares y que sea trasladada para prestar servicios de carácter temporal en el territorio de otro Estado Parte. En esos casos (*vid.* artículo 10) se declara igualmente la sujeción a la legislación del Estado Parte de origen hasta un plazo de doce meses,

⁶¹ Lógicamente, su aplicación se limita a las prestaciones incluidas, en cada caso, en su ámbito material de aplicación. Un análisis reciente de los Convenios bilaterales y multilaterales en vigor puede encontrarse, entre otros, en ARRIETA IDIAKEZ, F. J. (coord.), *La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*, 1ª ed., Aranzadi, 2014, p. 59 a 182; o ALONSO-OLEA GARCÍA, b., *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, 1ª ed., Aranzadi, 2016, p. 252-305.

⁶² MANRIQUE LÓPEZ, F., ARRIETA IDIAKEZ, F.J., “Los convenios multilaterales suscritos por España en materia de Seguridad Social” en Arrieta Idiakez, F.J. (coord.), *La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 97.

susceptible de ser prorrogado por un plazo similar, con carácter excepcional, previo consentimiento expreso de la Autoridad Competente del otro Estado Parte⁶³.

Tratándose de Convenios bilaterales suscritos con países extracomunitarios se reconoce, en la misma línea, la posibilidad de mantener excepcionalmente la legislación del país de origen del trabajador en el caso de un traslado temporal. Normalmente, este mantenimiento se condiciona a que el trabajador no haya sido enviado para reemplazar a otro trabajador que haya agotado su período de desplazamiento y a que la duración previsible del trabajo no exceda un plazo determinado. Así, la duración inicial permitida para los trabajadores por cuenta ajena oscila entre los dos años fijados en los Convenios de Andorra, Argentina, México, Paraguay, Perú, Túnez, Ucrania, Uruguay y Venezuela y los seis años mencionados en el Convenio firmado con China. Los Convenios de Brasil, Cabo Verde, Chile, Colombia, Ecuador, Marruecos y República Dominicana establecen una duración inicial de tres años; mientras que los de Australia, Canadá, Corea, EE.UU, Filipinas, Japón y Rusia hablan de cinco. También resultan cambiantes las prórrogas permitidas a estas duraciones iniciales: no se especifican en los Convenios de Argentina, Austria, Canadá, Corea, Filipinas, Japón, Marruecos, Paraguay, Rusia, Uruguay y China; es de un año en los Convenios de Cabo Verde, EE.UU, Perú y Venezuela; de dos en los Convenios de Brasil, Chile, Ecuador, México, República Dominicana, Túnez y Ucrania; de 3 años en el de Colombia; y de 5 en el de Andorra. A ello hay que añadir la posibilidad, prevista en la inmensa mayoría de Convenios, de que las autoridades competentes lleguen a

⁶³ Ahora bien, en el caso de que existan Convenios bilaterales de Seguridad Social entre dos Estados Parte, se aplican las disposiciones que resulten más favorables al interesado (artículo 8) siguiendo la técnica del “espiguo” (vid. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Aproximación a la coordinación de regímenes de Seguridad Social en el Reglamento 883/2004 y en Convenio multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2016, Vol. I, nº 1, p. 10). De ahí que a efectos de determinar la legislación aplicable a los trabajadores desplazados sólo se aplique – según se indica en la página web del MESS- a Bolivia, El Salvador, Chile (en este caso para los trabajadores con nacionalidad diferente a la española o chilena) y Uruguay (para los trabajadores por cuenta propia). Para los trabajadores desplazados a Argentina, Chile, (trabajadores españoles y chilenos), Brasil, Ecuador, Paraguay y Uruguay, (en este último caso solo para los trabajadores por cuenta ajena) se siguen aplicando las disposiciones establecidas en los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos con España.

acuerdos excepcionales que permitan ampliar las duraciones inicial y prorrogada del desplazamiento⁶⁴.

Para el caso de inexistencia de convenio aplicable, y sin perjuicio de que pueda existir doble cotización, el principio de territorialidad llevaría a entender incluido al trabajador en el sistema español de Seguridad Social en virtud de lo establecido en el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS), en virtud del cual estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social español, a efectos de las prestaciones contributivas, tanto los españoles que residan en España como los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional⁶⁵.

Respecto al problema de las dobles cotizaciones la doctrina ha señalado, no obstante, que las gestiones de los interesados podrían desembocar en acuerdos puntuales entre las instituciones de Seguridad Social de ambos países, que resultan tanto más probables cuanto mayor sea la duración del desplazamiento. Se recuerda, en este sentido, que el artículo 5.1.a) del Convenio de la OIT número 157 sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social –aunque sólo ratificado por España, Filipinas, Kirguistán y Suecia- proclama la sujeción a la legislación del Estado de empleo únicamente para asalariados que ocupen “habitualmente” un empleo en el territorio de un Miembro⁶⁶.

2.2 La prestación de servicios en España a una empresa comunitaria, suiza o del EEE

⁶⁴ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., “La Seguridad Social de los trabajadores desplazados al extranjero por sus empresas”, en M. Correa Carrasco, *et. al.*, *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/097537.pdf>, p. 493.

⁶⁵ Ello con independencia de que una de las modalidades de Convenio especial que cabe suscribir en virtud de lo establecido por el artículo 15 de la Orden 2865/2003 es la relativa a los emigrantes españoles e hijos de estos que trabajen en el extranjero.

⁶⁶ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., “La Seguridad Social de los trabajadores desplazados al extranjero por sus empresas”, *cit.*, p. 493-494.

En esta ocasión, el supuesto analizado se refiere a un trabajador español contratado por una empresa comunitaria, suiza o del EEE, que es desplazado temporalmente a España, dentro o fuera de una prestación de servicios, o a un trabajador español contratado por una empresa comunitaria, suiza o del EEE, que desde el principio de su relación laboral ha desarrollado su trabajo en España.

La determinación de la ley aplicable a la Seguridad Social de los trabajadores que han desarrollado desde el principio su trabajo en España se rige por el artículo 7 de la LGSS, de manera que el trabajador queda incluido en la Seguridad Social española.

Sin embargo, para determinar la ley aplicable a la Seguridad Social de los trabajadores que han sido desplazados temporalmente a España, dentro o fuera de una prestación de servicios, rigen, en principio, los Reglamentos Comunitarios 883/2004 y 987/2009. Ello supone que, según se ha indicado, resultará posible el mantenimiento de la ley del Estado de envío si se cumplen los requisitos por ellos establecidos.

No cabe obviar, además, que, aunque la regla general sea la aplicación de lo dispuesto en los Reglamentos comunitarios, en ocasiones resultará posible la aplicación de la regulación contenida en los convenios bilaterales suscritos con otros países de la Unión Europea, Suiza, o del EEE. La relación entre unos y otros –que dista mucho de ser sencilla- exige diferenciar, de entrada, entre los convenios internacionales suscritos con anterioridad y los concluidos con posterioridad a la entrada en vigor del Reglamento 883/2004.

Con posterioridad a su entrada en vigor, el Reglamento 883/2004 permite la celebración de convenios entre dos o más Estados miembros basados “en los principios y el espíritu” del Reglamento (artículo 8.2 R. 883/2004). Las normas comunitarias se convierten, de esta forma, en derecho imperativo mínimo respecto a

dichos convenios internacionales⁶⁷ cuya suscripción debe notificarse, por lo demás, anualmente a la Comisión Europea (artículo 9 R. 883/2004).

Si se trata de convenios anteriores a la entrada en vigor del Reglamento 883/2004, la regla general será la aplicación preferente de los Reglamentos comunitarios en caso de colisión. Pero dicha regla general cuenta con una serie de excepciones cuando se trata de convenios más favorables. Así, por un lado, el propio Reglamento dispone que continúan siendo de aplicación determinadas disposiciones de convenios de Seguridad Social suscritos entre los Estados miembros, siempre que resulten más favorables para los beneficiarios o deriven de circunstancias históricas específicas y tengan un efecto temporal limitado. Para que estas disposiciones sigan siendo aplicables, deberán ser inscritas en el Anexo II del Reglamento, especificando si por razones objetivas no es posible extender algunas de ellas a todas las personas a las que se aplica el Reglamento (artículo 8.1 R. 883/2004). En el caso que nos ocupa únicamente cabría mencionar el Convenio hispano-alemán de 1973. Por otro lado, el TJUE ha permitido la aplicación preferente de convenios bilaterales preexistentes suscritos entre los Estados miembros e integrados en su Derecho nacional si resultan más favorables que los Reglamentos comunitarios (STJCE de 7 de febrero de 1991, asunto *Rönfeldt*, C-227/89, que modifica la doctrina anterior, contenida en la sentencia de 7 de junio de 1973, asunto *Walder*, C-82/72), pero únicamente cuando el trabajador, por haber estado sometido a dichos convenios preexistentes, ha cumplido períodos de seguro con anterioridad a la entrada en vigor de los Reglamentos. Así pues, la aplicabilidad de los convenios no puede extenderse a los trabajadores que no han ejercitado su derecho a la libre circulación hasta después de la entrada en vigor de los Reglamentos comunitarios, esto es, en una fecha en la que el convenio bilateral ya había sido sustituido por el Reglamento (por todas, STJCE de 9 de noviembre de 1995, asunto *Thévenon*, C-475/93). Ahora bien, cuando la perpetuación del derecho adquirido procede, la aplicación del convenio bilateral hay que referirla a la totalidad de las ventajas de Seguridad Social que contempla la normativa comunitaria, tanto si

⁶⁷ CARRASCOSA BERMEJO, D., "Trabajadores migrantes", en: *Memento práctico Lefebvre Seguridad Social* <http://online.elderecho.com>, 2016, marginal 6805.

las prestaciones tienen carácter definitivo como si indemnizan momentáneamente a un asegurado (STJCE de 5 de febrero de 2002, asunto *Kaske*, C-277/99).

2.3 La prestación de servicios en España a una empresa extracomunitaria

En este supuesto, se trata de determinar la ley aplicable en materia de Seguridad Social de un trabajador español contratado por una empresa extracomunitaria que es desplazado temporalmente a España, dentro o fuera de una prestación de servicios, o del trabajador español contratado por una empresa extracomunitaria que desde el principio de su relación laboral ha desarrollado su trabajo en España.

Como sucedía en el supuesto anterior, los trabajadores que han desarrollado desde el principio su trabajo en España quedarán incluidos en el sistema de Seguridad Social español (artículo 7 LGSS).

Sin embargo, la determinación de la ley aplicable a la Seguridad Social de los trabajadores que han sido desplazados temporalmente, dentro o fuera de una prestación de servicios, dependerá de lo establecido en el Convenio multilateral o bilateral aplicable que, según se ha expuesto, tendrá en cuenta el tiempo del desplazamiento para obligar a afiliarse y cotizar en el país extracomunitario de la empresa contratante o en España, país del desplazamiento. Para el caso de inexistencia de Convenio aplicable que reconozca y regule el supuesto de desplazamiento de trabajadores, también habrá que mantener aquí, en principio, pese a la posibilidad de dobles cotizaciones, la inclusión del trabajador en el sistema español de Seguridad Social.

3 SUPUESTOS EN LOS QUE EL TRABAJADOR PRESTA SERVICIOS EN UNA EMPRESA COMUNITARIA, SUIZA O DEL EEE

3.1 La prestación de servicios en un país comunitario o asimilado a una empresa española

Se trata del supuesto de un trabajador español contratado por una empresa española que es desplazado temporalmente a un país comunitario o asimilado (Suiza y países del EEE), dentro o fuera de una prestación de servicios, o del trabajador español contratado por una empresa española que desde el principio de su relación laboral ha desarrollado su trabajo en un país comunitario o asimilado.

La determinación de la ley aplicable a la Seguridad Social de los trabajadores que han desarrollado desde el principio su trabajo en un país comunitario o asimilado se regirá, como consecuencia del principio de aplicación territorial de las normas de Seguridad Social, por lo dispuesto en la ley de Seguridad Social del país comunitario o asimilado donde se presten los servicios.

Sin embargo, para la determinación de la ley aplicable a la Seguridad Social de los trabajadores que han sido desplazados temporalmente, dentro o fuera de una prestación de servicios, habrá que estar a lo dispuesto por los Reglamentos comunitarios 883/2004 y 987/2009 y, en su caso, según se ha analizado ya, por los convenios internacionales.

3.2 La prestación de servicios en un país comunitario o asimilado a una empresa comunitaria, suiza o del EEE

El caso hace referencia a un trabajador español contratado por una empresa comunitaria, suiza o del EEE que es desplazado temporalmente a otro país comunitario o asimilado, dentro o fuera de una prestación de servicios, o del trabajador español contratado por una empresa comunitaria, suiza o del EEE que desde el principio de su relación laboral ha desarrollado su trabajo en un país comunitario o asimilado.

La ley aplicable a la Seguridad Social de los trabajadores que desde el principio de la relación laboral han desarrollado su trabajo en un país comunitario o asimilado se

determinará en virtud de lo dispuesto por la legislación de Seguridad Social de dicho país comunitario o asimilado.

Sin embargo, como en el caso anterior, para determinar la ley aplicable a la Seguridad Social de los trabajadores desplazados temporalmente a otro país comunitario o asimilado, dentro o fuera de una prestación de servicios, rigen los Reglamentos Comunitarios 883/2004 y 987/2009 y, en su caso, los convenios internacionales aplicables.

3.3 La prestación de servicios en un país comunitario o asimilado a una empresa extracomunitaria

El supuesto estudiado es el de un trabajador español contratado por una empresa extracomunitaria que es desplazado temporalmente a un país comunitario o asimilado, dentro o fuera de una prestación de servicios, o del trabajador español contratado por una empresa extracomunitaria que desde el principio de su relación laboral ha desarrollado su trabajo en un país comunitario o asimilado.

La ley aplicable a la Seguridad Social de los trabajadores que han desarrollado desde el principio su trabajo en un país comunitario o asimilado se determina en virtud de lo dispuesto por la legislación de Seguridad Social de dicho país, ya que la naturaleza de orden público imperativo de dicha legislación determina la aplicación del principio de territorialidad.

Ahora bien, para determinar la ley aplicable a la Seguridad Social de los trabajadores españoles que han sido desplazados temporalmente, dentro o fuera de una prestación de servicios, desde un país extracomunitario, habrá que estar, una vez más, al Convenio multilateral o bilateral aplicable, que tendrá en cuenta el tiempo del desplazamiento para obligar a afiliarse y cotizar en el país extracomunitario de la empresa contratante o en el país comunitario o asimilado de desplazamiento. Es cierto que, con frecuencia, los Convenios internacionales restringen su ámbito subjetivo de aplicación a los trabajadores nacionales de los países firmantes. Sin embargo, hay que entender que tales Convenios deberán incluir a los trabajadores españoles por

aplicación de la Doctrina *Gottardo* contenida en la STJUE de 15 de Enero de 2002 (Caso *Gottardo*, C.-55/2000, que cambia la doctrina contenida en la STJUE de 2 de Agosto de 1993, Caso *Grana-Novoa*, C-23/1992). En el caso *Gottardo* el Tribunal dictaminó que, cuando un Estado miembro celebra con un tercer Estado un Convenio internacional bilateral de Seguridad Social, el principio fundamental de igualdad de trato obliga al Estado miembro en cuestión a conceder a los nacionales de los demás Estados miembros las mismas ventajas que las que disfrutaban sus propios nacionales en virtud de dicho convenio, a menos que dicho Estado miembro pueda justificar objetivamente su denegación. En cuanto a los nuevos Convenios bilaterales de Seguridad Social que se celebren entre un Estado miembro y un tercer Estado, la Recomendación de la Comisión Administrativa nº H1, de 19 de Junio de 2013, relativa a la Doctrina *Gottardo*, recuerda que estos deben incluir una referencia expresa al principio de no discriminación por razón de nacionalidad de los nacionales de otro Estado miembro que hayan ejercido el derecho a la libre circulación en el Estado miembro firmante del convenio en cuestión. Con todo, se reconoce que la aplicación de la Doctrina *Gottardo* a casos específicos depende en gran medida de la cooperación de los terceros Estados, en especial porque son ellos quienes deben certificar los períodos de seguro cumplidos allí por el interesado.

Por lo demás, para el caso de inexistencia de Convenio aplicable, habrá que mantener la aplicación de lo establecido por la legislación de Seguridad Social del país comunitario o asimilado.

4 SUPUESTOS EN LOS QUE EL TRABAJADOR PRESTA SERVICIOS EN UN PAÍS EXTRACOMUNITARIO

4.1 La prestación de servicios en un país extracomunitario a una empresa española

Se aborda a continuación el supuesto de un trabajador español contratado por una empresa española que es desplazado temporalmente a un país extracomunitario,

dentro o fuera de una prestación de servicios, o del trabajador español contratado por una empresa española que desde el principio de su relación laboral ha desarrollado su trabajo en un país extracomunitario.

Para determinar la ley aplicable a la Seguridad Social de los trabajadores que han desarrollado desde el principio su trabajo en un país extracomunitario habrá que estar a la ley del país extracomunitario donde se presten los servicios.

Ahora bien, para determinar la ley aplicable a la Seguridad Social de los trabajadores que han sido desplazados temporalmente, dentro o fuera de una prestación de servicios, regirá lo dispuesto en los convenios bilaterales o multilaterales aplicables. En ausencia de ellos, lo normal será que rija la ley del país extracomunitario de prestación de los servicios.

Pero, además, en este caso será de aplicación lo dispuesto en las normas internas de protección de los trabajadores españoles emigrantes en el extranjero, que otorgan una especial protección a los trabajadores españoles en el exterior, fundamentalmente cuando las normas internacionales de coordinación no existen o no otorgan una cobertura suficiente⁶⁸. A efectos de determinación de la ley aplicable hay que tener en cuenta, fundamentalmente, lo previsto en el artículo 166.3 de la LGSS y en la Orden de 27 de enero de 1982. En su virtud, y con independencia de la doble cotización, procede la asimilación al alta en los casos de traslado por la empresa fuera del territorio nacional, continuando la obligación de cotizar mientras se permanezca en el país de traslado, cuando no se produce el traslado:

- al territorio de un país con el que España tenga suscrito un Convenio, en virtud del cual el trabajador continúe sometido a la legislación española con obligación de cotizar a su Seguridad Social durante el tiempo de su traslado por la Empresa, o

- al territorio de un país con el que España tenga suscrito Convenio sobre Seguridad Social y en el que, de acuerdo con tal Convenio, sea obligatoria la afiliación a

⁶⁸ Sobre el tema, por todos, LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., La normativa interna española de Seguridad Social con proyección internacional y otros aspectos relacionados con la protección social, en: F. J. Arrieta Idiakez (coord.), *La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*, 1ª ed., Aranzadi, 2014, p. 15-52.

su Seguridad Social y se establezca el reconocimiento de las cotizaciones realizadas en dicho país a efectos de la Seguridad Social española, sin obligación, por tanto, de cotizar a la misma. No obstante ello, estos trabajadores serán considerados en situación asimilada a la de alta a efectos de aquellas contingencias del Régimen General de la Seguridad Social no incluidas en la acción protectora dispensada por el país de traslado, manteniéndose la obligación de cotizar a la Seguridad Social española por dichas contingencias.

4.2 La prestación de servicios en un país extracomunitario a una empresa comunitaria, suiza o del EEE

El supuesto estudiado es el de un trabajador español contratado por una empresa comunitaria, suiza o del EEE que es desplazado temporalmente a un país extracomunitario, dentro o fuera de una prestación de servicios, o del trabajador español contratado por una empresa comunitaria, suiza o del EEE, que desde el principio de su relación laboral ha desarrollado su trabajo en un país extracomunitario.

Para determinar la ley aplicable a la Seguridad Social de los trabajadores que han desarrollado desde el principio su trabajo en un país extracomunitario habrá que estar a la ley del país extracomunitario donde se presten los servicios, con base en el principio de territorialidad aplicable a la Seguridad Social, dada su naturaleza de orden público imperativo.

Para determinar la ley aplicable a la Seguridad Social de los trabajadores que han sido desplazados temporalmente, dentro o fuera de una prestación de servicios, habrá que estar, en principio, a los convenios bilaterales o multilaterales aplicables, que deberán incluir a los trabajadores españoles, según la Doctrina *Gottardo* del TJUE. En ausencia de convenio aplicable regirá la ley del país extracomunitario de prestación de los servicios.

Pero, además, en estos casos, podrían resultar de aplicación los Reglamentos comunitarios siempre, claro está, que se haya ejercido el derecho a la libre circulación

de personas dentro de la Comunidad y, en consecuencia, se haya producido uno de los conflictos de leyes que los Reglamentos pretenden resolver.

Ciertamente, ninguna de las disposiciones del Título II aborda directamente, al regular la legislación aplicable, la situación de los trabajadores que, aunque contratados por una empresa comunitaria, ejercen su actividad fuera de ella (STJUE de 29 de junio de 1994, *Aldewereld*, C-60/93). Por eso, cabría pensar que la consecuencia lógica de ello es la inaplicación de las normas de coordinación comunitarias a los trabajadores de los Estados miembros que presten servicios en países extracomunitarios (o en buques que enarboles pabellón de un tercer Estado). Se trata, sin embargo, de una conclusión errónea, pues, como ha puntualizado el TJUE, como el criterio determinante para la aplicabilidad de los Reglamentos es “el del vínculo de un asegurado con un régimen de Seguridad Social de un Estado miembro, carece de importancia que el asegurado haya ejercido sus actividades exclusivamente o no fuera del territorio de los Estados miembros de la Comunidad” (STJUE de 23 de octubre de 1986, asunto *Van Roosmalen*, C-300/84)⁶⁹.

Puede añadirse a este respecto que el TJUE ha permitido la aplicación extraterritorial de las normas comunitarias sobre libre circulación de trabajadores en distintos pronunciamientos cuando exista un “vínculo de conexión” suficientemente estrecho entre la relación laboral y el territorio de la Comunidad (SS.TJUE de 12 de julio de 1984, *Prodest*, C-237/83; de 27 de septiembre de 1989, *Lopes da Veiga*, C-9/88, de 29 de junio de 1994, *Aldewereld*, C-60/93; de 30 de abril de 1996, *Boukhalfa*, C-214/1994; o de 19 de marzo de 2015, *Kik*, C-266/13). Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, resultará haber una vinculación suficientemente estrecha entre la relación laboral en cuestión y el territorio de la Unión, en particular, si un ciudadano de la Unión residente en un Estado miembro ha sido contratado por una empresa, establecida en otro Estado miembro, por cuenta de la cual ejerce sus actividades⁷⁰.

⁶⁹ En relación con la posibilidad de invocar las reglas del Reglamento 883/2004 si se reside en un país en el que no resulta aplicable puede verse la STJUE de 3 de abril de 2008, *Check*, C-331/06, comentada por SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, 1ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 55-58.

⁷⁰ En la STJUE de 30 de abril de 1996, *Boukhalfa*, C-214/1994, se añade que “Debe entenderse que este principio abarca asimismo los casos en que la relación laboral está suficientemente vinculada al Derecho

Sentada la inclusión en el campo de aplicación personal del Reglamento de los trabajadores comunitarios en estas circunstancias cuando la actividad se desarrolla fuera de la UE, la legislación aplicable -a efectos de evitar dobles cotizaciones en países comprendidos en la órbita de los Reglamentos- resultará de las disposiciones del Título II del Reglamento relativas a los trabajadores itinerantes (esencialmente, la ley de la sede o domicilio del empresario y de manera accesoria la residencia, artículo 13 del R. 1408/1971, ahora artículo 14 R. 883/2004), habida cuenta de los elementos de vinculación que presente la concreta situación del trabajador con la legislación de los Estados miembros (*vid.* SS.TJUE de 29 de junio de 1994, *Aldewereld*, C-60/93, relativa a un trabajador neerlandés residente en los Países Bajos que trabaja para una empresa alemana, manteniendo los vínculos con el sistema de Seguridad Social alemán, en Tailandia; y de 19 de marzo de 2015, *Kik*, C-266/13, relativa a un trabajador del mar neerlandés residente en los Países Bajos empleado por una empresa Suiza para trabajar en un buque que enarbola pabellón de un Estado tercero).

4.3 La prestación de servicios en un país extracomunitario a una empresa extracomunitaria

El supuesto analizado se refiere un trabajador español contratado por una empresa extracomunitaria que desde el principio de su relación laboral ha desarrollado su trabajo en un país extracomunitario o que es desplazado temporalmente a otro país extracomunitario, dentro o fuera de una prestación de servicios.

Para determinar la ley aplicable a la Seguridad Social de los trabajadores que han desarrollado desde el principio su trabajo en un país extracomunitario habrá que estar, en principio, a la ley de Seguridad Social de ese país.

de un Estado miembro y, por consiguiente, a las normas pertinentes del Derecho comunitario". La sentencia aplica el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad a una trabajadora belga con residencia permanente en Argelia empleada en la embajada alemana en dicho país teniendo en cuenta que está afiliada al régimen de Seguridad Social del Estado alemán y sujeta limitadamente al Impuesto sobre la Renta de este mismo Estado, y que celebró su contrato de trabajo con arreglo al Derecho alemán incluyendo una cláusula atributiva de competencia en favor de los tribunales alemanes.

Para determinar la ley aplicable a la Seguridad Social de los trabajadores desplazados temporalmente, dentro o fuera de una prestación de servicios, habrá que estar a los convenios bilaterales o multilaterales aplicables. En ausencia de convenio aplicable se aplicará la ley del país extracomunitario donde se presten los servicios, así como lo dispuesto en la legislación española de protección de los trabajadores españoles emigrantes (especialmente, Orden de 27 de enero de 1982).

5 CONCLUSIONES

El análisis de los distintos supuestos de internacionalización de la relación laboral de los trabajadores españoles demuestra, en primer término, que la existencia de normas comunitarias e internacionales de coordinación en materia de Seguridad Social no impide la persistencia, en determinados casos, de las situaciones –como las dobles cotizaciones o la desprotección frente a ciertas contingencias- que este tipo de normas tratan de evitar. Con todo, debe observarse que este tipo de situaciones se producen, normalmente, como consecuencia de la falta de suscripción de Convenio bilateral, o como resultado de las limitaciones presentes en los ámbitos objetivos y subjetivos de las normas de coordinación en vigor. El supuesto paradigmático en este sentido es el de los trabajadores españoles que prestan sus servicios en países extracomunitarios con los que no se ha suscrito Convenio bilateral, bien porque han sido contratados para trabajar allí –en cuyo caso resulta posible su desplazamiento temporal a España, con obligación de cotizar en nuestro país- o bien porque han sido contratados por una empresa española y, con posterioridad, han sido trasladados al país extracomunitario. En este segundo escenario, es importante tener en cuenta que la Orden de 27 de enero de 1982 declara en situación asimilada al alta con mantenimiento de la obligación de cotizar, sin perjuicio de la concurrencia o no de dobles cotizaciones, tanto a los trabajadores que han sido trasladados a un país con el que no existe Convenio bilateral, como a los trabajadores trasladados a un país con Convenio bilateral que deban afiliarse a la Seguridad Social de dicho país, a efectos de

las contingencias del Régimen General no incluidas en la acción protectora dispensada por el país de traslado.

El análisis efectuado permite concluir, en segundo término, que, cuando existen normas comunitarias o internacionales de coordinación, la inseguridad jurídica y la complejidad son las notas que caracterizan la determinación de la ley aplicable al trabajador español cuya relación laboral se ha internacionalizado. Son muy diversos los argumentos que permiten ilustrar esta afirmación.

Así, por ejemplo, cabría advertir, en primer lugar, que, incluso cuando la aplicación de los Reglamentos comunitarios parece clara, es posible que prevalezca la regulación contenida en alguno de los Convenios bilaterales suscritos entre países comunitarios. Según se ha expuesto, el Reglamento 883/2004 permite la celebración de convenios entre dos o más Estados miembros, con posterioridad a su entrada en vigor, basados “en los principios y el espíritu” del Reglamento (artículo 8.2 R. 883/2004). Si se trata de Convenios anteriores, es posible excepcionalmente aplicar los contenidos en el Anexo II del Reglamento (como el Convenio hispano-alemán de 1973) y los preexistentes más favorables cuando el trabajador, por haber estado sometido a ellos, ha cumplido períodos de seguro con anterioridad a la entrada en vigor de los Reglamentos (SS.TJCE de 7 de febrero de 1991, asunto *Rönfeldt*, C-227/89; de 9 de noviembre de 1995, asunto *Thévenon*, C-475/93; y de 5 de febrero de 2002, asunto *Kaske*, C-277/99). Algo parecido ocurre en el ámbito de los Convenios internacionales, según se ha descrito, con el Convenio Iberoamericano, ya que, según su artículo 8, en el caso de que existan Convenios bilaterales de Seguridad Social entre dos Estados Parte, se aplican las disposiciones que resulten más favorables al interesado.

En segundo lugar, y en un sentido opuesto, no debe descartarse sin más la aplicación de los Reglamentos de coordinación cuando la prestación de servicios para una empresa comunitaria haya tenido lugar en países extracomunitarios, a pesar de no ser una situación expresamente resuelta por ellos (STJUE de 29 de junio de 1994, *Aldewereld*, C-60/93). Ello es así porque, como se ha indicado también, para el TJUE, como el criterio determinante para la aplicabilidad de los Reglamentos es “el del vínculo de un asegurado con un régimen de Seguridad Social de un Estado miembro,

carece de importancia que el asegurado haya ejercido sus actividades exclusivamente o no fuera del territorio de los Estados miembros de la Comunidad” (STJUE de 23 de octubre de 1986, asunto *Van Roosmalen*, C-300/84). Así pues, el TJUE permite la aplicación extraterritorial de las normas comunitarias sobre libre circulación de trabajadores cuando exista un “vínculo de conexión” suficientemente estrecho entre la relación laboral y el territorio de la Comunidad (SS.TJUE de 12 de julio de 1984, *Prodest*, C-237/83; de 27 de septiembre de 1989, *Lopes da Veiga*, C-9/88, de 29 de junio de 1994, *Aldewereld*, C-60/93; de 30 de abril de 1996, *Boukhalfa*, C- 214/1994; o de 19 de marzo de 2015, *Kik*, C-266/13). Como ese vínculo concurre, en particular, si un ciudadano de la Unión residente en un Estado miembro ha sido contratado por una empresa, establecida en otro Estado miembro, por cuenta de la cual ejerce sus actividades, la legislación aplicable -a efectos de evitar dobles cotizaciones en países comprendidos en la órbita de los Reglamentos- resultará de las disposiciones del Título II del Reglamento relativas a los trabajadores itinerantes (esencialmente, la ley de la sede o domicilio del empresario y de manera accesoria la residencia, artículo 13 del R. 1408/1971, ahora artículo 14 R. 883/2004), habida cuenta de los elementos de vinculación que presente la concreta situación del trabajador con la legislación de los Estados miembros (*vid.* SS.TJUE de 29 de junio de 1994, *Aldewereld*, C-60/93; y de 19 de marzo de 2015, *Kik*, C-266/13).

Tampoco debe descartarse de entrada, en tercer lugar, que por aplicación de la Doctrina *Gottardo* (STJUE de 15 de enero de 2002, C-55/2000), resulten de aplicación a los trabajadores españoles los Convenios bilaterales suscritos entre un Estado miembro y un tercer Estado, ya que según el TJUE el principio de igualdad de trato obliga al Estado miembro a conceder a los nacionales de los demás Estados miembros las mismas ventajas que las que disfrutaban sus propios nacionales en virtud de dicho Convenio. Sin embargo, tal aplicación, lejos de ser segura, queda supeditada, como ha reconocido la Recomendación de la Comisión Administrativa nº H1, de 19 de junio de 2013, a la cooperación de los terceros Estados que son los que deben certificar los períodos de seguro cumplidos allí por el interesado.

La incertidumbre rodea también, en cuarto lugar, en contra de lo que pudiera parecer a primera vista, la propia consideración del trabajador como desplazado,

fundamental para mantener la aplicación de la ley del Estado de envío. En efecto, las dificultades interpretativas en el ámbito de los Reglamentos comunitarios han traído consigo diversos pronunciamientos del TJUE (entre otros, SS.TJUE de 17 de diciembre de 1970, *Manpower*, C-35/70; de 10 de febrero de 2000, *FTS*, C-202/97 o de 9 de noviembre de 2000, *Josef Plum*, C- 404/98) y una Decisión de la Comisión Administrativa de Coordinación (Nº A2 de 12 de junio de 2009) relativa a la interpretación del artículo 12 del Reglamento 883/2004. Son muchas, no obstante, las dudas que persisten en la práctica, ya que no siempre resulta fácil dejar cerradas las cuestiones que se presentan. A este respecto, podría valer como ejemplo la necesidad de que el interesado esté ya sujeto a la legislación del Estado en el que la empresa que le emplea esté establecida (art. 14.1 R. 987/2009). Aunque la Comisión Administrativa de Coordinación ha entendido que el trabajador que haya estado sujeto al menos un mes a la legislación del Estado miembro en el que está establecido el empleador puede considerarse que cumple tal condición, también ha afirmado que para períodos más cortos se entiende preciso hacer una evaluación en cada caso teniendo en cuenta todos los demás factores en juego. No extraña, por ello, que en España la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones de la Tesorería General de la Seguridad Social haya sido consultada sobre la posibilidad de aplicar la Seguridad Social española cuando no se cumplen estrictamente los requisitos establecidos en la Decisión A.2. indicando en su Informe que un trabajador contratado para ser desplazado que ha tenido antecedentes "en cualquier momento" en el sistema de Seguridad Social no cumple el requisito si ese momento no es anterior al desplazamiento, como tampoco lo cumpliría una persona residente tres meses antes en un Estado, si esta residencia - cuyo periodo de tres meses por otro lado no está establecido en disposición de Seguridad Social- no se traduce en niveles de protección del sistema de Seguridad Social, más allá de la mera cobertura de la asistencia sanitaria en los casos en que proceda.

La inseguridad descrita se ve potenciada, además, por la posibilidad de exceptuar mediante acuerdo las reglas sobre determinación de la ley aplicable, posibilidad que incluye tanto el artículo 16 del Reglamento 883/2004 como la inmensa mayoría de Convenios bilaterales.

Sin ánimo exhaustivo, y aunque no sea el objetivo del presente estudio, cabría recordar, finalmente, que la ley aplicable en materia de afiliación-cotización puede variar por lo que a la relación de protección se refiere. Ello es así porque en las normas internacionales de coordinación, sobre todo en caso de posible acumulación de prestaciones, la residencia puede jugar, desplazando a la *lex loci laboris*, un papel destacado como norma de conflicto. Dichas normas, además, suelen permitir, tratándose de pensiones, la aplicación simultánea de varias legislaciones nacionales, ya que el trabajador ha estado sujeto a ellas, y el monto de la prestación se ajusta, por aplicación del principio *pro rata temporis*, considerando el tiempo de aseguramiento, trabajo o residencia que ha tenido lugar en cada sistema.

INCONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS CELETISTAS SOBRE TRABALHO INTERMITENTE: CONSTRUÇÕES TEÓRICAS E COMPREENSÕES PRÁTICAS NA PERSPECTIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO.

UNCONSTITUTIONALITY OF CELETIST RULES ON INTERMITTENT WORK: THEORETICAL CONSTRUCTIONS AND PRACTICAL UNDERSTANDINGS FROM THE PERSPECTIVE OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO DECENT WORK.

Amauri César Alves⁷¹

RESUMO: O artigo tem por objetivos a análise teórica da constitucionalidade das normas celetistas sobre trabalho intermitente e, em perspectiva prática, compreender se há consonância entre tais regras e o direito fundamental ao trabalho digno. O artigo parte, então, de problemas concretos, que são identificar se a contratação de trabalho intermitente está ou não em conformidade com os ditames constitucionais e analisar os principais efeitos práticos, nocivos ao empregado, da sua adoção pelo empregador. A hipótese é que as normas contidas no artigo 452-A da CLT são inconstitucionais e sua aplicação, respaldada ou não pelo TST e STF, têm o condão de promover prejuízos insanáveis à classe trabalhadora no cotidiano dos contratos de emprego. A construção teórica se consolida com as principais lições de Direito do Trabalho sobre o tema, e, também, necessariamente, do Direito Constitucional. A análise prática perpassa os principais efeitos já sentidos pela classe trabalhadora nos contratos de trabalho intermitente, com destaque aqui para temas constitucionais relevantes. A conclusão é no sentido de que é inconstitucional a regra do artigo 452-A da CLT e que, se aplicados seus dispositivos haverá, na prática dos contratos de emprego, incompatibilidade insanável com o direito fundamental ao trabalho digno.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho Intermitente. Constituição da República. Direito Fundamental ao Trabalho Digno.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Trabalho intermitente na CLT reformada. 2.1 Norma jurídica positivada e dificuldade conceitual teórica. 2.2 Direito fundamental ao trabalho digno e controle de constitucionalidade. 2.3 Inconstitucionalidade das normas da CLT sobre trabalho intermitente. 3 Incompatibilidade entre Direitos Sociais Constitucionais e trabalho intermitente. 3.1 Duração do trabalho: CR, artigo 7º, inciso XVII. 3.2 Remuneração e salário: CR, artigo 7º, incisos IV e VIII. 3.3 Patamar constitucional mínimo, normas de cidadania: CR, artigo 7º, inciso III e ADCT, CR, artigo 10, inciso II, alínea “b”. 4 Conclusão. Referências.

ABSTRACT: *The article aims to theoretically analyze the constitutionality of CLT norms on intermittent work and, in a practical perspective, to understand if there is consonance between such rules and the fundamental right to decent work. The article starts, then, from concrete problems, which are to identify whether the hiring of intermittent work is or is not in accordance with the constitutional dictates and to analyze the main practical effects, harmful to the employee, of its adoption by the employer. The hypothesis is that the rules contained in article 452-A of the CLT are unconstitutional and their application, supported or not by the TST and STF, has the power to promote irremediable damage to the working class in the daily life of employment contracts. The theoretical construction is consolidated with the main lessons of Labor Law on the subject, and also, necessarily, of Constitutional Law. The practical*

Artigo enviado em: 23/06/2021

Artigo aprovado em: 26/08/2021

⁷¹ Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC.Minas). Professor da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP) na Graduação e no Mestrado Acadêmico em Direito (Área de Concentração "Novos Direitos, Novos Sujeitos"). Coordenador do Grupo de Estudos de Direito do Trabalho (GEDIT) da Universidade Federal de Ouro Preto. Membro do Comitê de Mediação e Humanização das Relações de Trabalho COMHUR UFOP.

analysis permeates the main effects already felt by the working class in intermittent employment contracts, with emphasis here on relevant constitutional themes. The conclusion is that the rule of article 452-A of the CLT is unconstitutional and that, if its provisions are applied, there will be, in the practice of employment contracts, an irremediable incompatibility with the fundamental right to decent work.

KEYWORDS: *Intermittent work. Constitution of the Republic. Fundamental Right to Decent Work.*

SUMMARY: *1 introduction. 2 intermittent work on the renovated CLT. 2.1 Positive legal norm and theoretical conceptual difficulty. 2.2 Fundamental right to decent work and constitutional review. 2.3 Unconstitutionality of the CLT rules on intermittent work. 3 Incompatibility between constitutional social rights and intermittent work. 3.1 Duration of work: CR article 7, item XVII. 3.2 Remuneration and salary: CR, article 7, items IV and VIII. 3.3 Minimum constitutional threshold, citizenship norms: CR, article 7, item III and ADCT, CR, article 10, item II, letter "b". 4 Conclusion. References.*

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa, independentemente de decisões do Tribunal Superior do Trabalho (TST) ou mesmo do Supremo Tribunal Federal (STF), a inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais sobre o trabalho intermitente, especificamente aquelas contidas no artigo 452-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A abordagem será tanto teórica, de compreensão doutrinária de controle de constitucionalidade, quanto prática, na perspectiva dos efeitos da aplicação das normas celetistas novas nos contratos de emprego em temas constitucionais sensíveis.

O artigo parte, então, de problemas concretos, que são identificar se a contratação de trabalho intermitente está ou não em conformidade com os ditames constitucionais e analisar os principais efeitos práticos, nocivos ao empregado, da sua adoção pelo empregador.

A hipótese é que as normas contidas no artigo 452-A da CLT são inconstitucionais e sua aplicação, respaldada ou não pelo TST e STF, têm o condão de promover prejuízos insanáveis à classe trabalhadora no cotidiano dos contratos de emprego.

A construção teórica se consolida com as principais lições de Direito do Trabalho sobre o tema, e, também, necessariamente, do Direito Constitucional. A análise prática perpassa os principais efeitos já sentidos pela classe trabalhadora nos contratos de trabalho intermitentes, com destaque aqui para temas constitucionais relevantes.

Para que seja possível concretizar o que está proposto, o artigo se estrutura em

dois itens. O primeiro cuida do trabalho intermitente na CLT reformada, em perspectiva teórica que aborda a conceituação do novo instituto, o controle de constitucionalidade das leis e a inconstitucionalidade do disposto no artigo 452-A da CLT. O segundo item trata da incompatibilidade entre efetivação de direitos sociais constitucionais e o novo instituto celetista do trabalho intermitente, em perspectiva prática que pretende comprovar a negação da dignidade do trabalho nessa nova modalidade de pacto laboral.

Ao final do presente artigo será possível responder ao problema que norteia a pesquisa, que é saber se a contratação de trabalho intermitente se dá em conformidade com as normas constitucionais da República e quais são os efeitos mais nocivos, em perspectiva de direitos constitucionalmente assegurados, de sua aplicação na prática.

2 TRABALHO INTERMITENTE NA CLT REFORMADA: INCONSTITUCIONALIDADE

De início segue a abordagem teórica acerca da inconstitucionalidade das normas celetistas sobre o trabalho intermitente, sendo necessária a compreensão básica do novo instituto, com atenção à dificuldade conceitual teórica decorrente da inépcia do legislador ordinário da Reforma Trabalhista. Em seguida será analisado o controle de constitucionalidade das leis e a supremacia do direito fundamental ao trabalho digno, para que seja possível, ao final do item, afirmar a inconstitucionalidade das normas contidas no artigo 452-A da CLT.

2.1 Norma jurídica positivada e dificuldade conceitual teórica: parágrafo 3º do artigo 443 da CLT

A Reforma Trabalhista (especificamente, aqui, a Lei 13.467/2017) foi feita sem diálogo social, de modo açodado, acelerado e aparvalhado, principalmente no que concerne a uma débil tentativa de conceituação jurídica contida na regra contida no artigo 443, parágrafo 3º, da CLT.

Estabelecer conceitos para institutos jurídicos novos é um desafio complexo, sobretudo quando o legislador além de não facilitar a análise insiste em complicar sua compreensão. Pior ainda quando os legisladores, tanto o ordinário quanto o presidencial, criam institutos jurídicos novos, com impactos amplos e nocivos, sem

debate com a sociedade e sem prazo de assimilação pela comunidade jurídica, como foi o caso do trabalho intermitente no Brasil. Sendo assim, o instituto novo tende a ser tão ilegítimo quanto quem o construiu.

Em relação ao trabalho intermitente há boas construções doutrinárias estrangeiras e brasileiras, estas sobretudo empreendidas após o advento da “Reforma Trabalhista”, que trazem a compreensão básica e a aplicação prática do instituto, sem, no entanto, estabelecer uma conceituação clara. Exemplificativamente as lições de Pedro Romano Martinez no direito português:

Sempre que a atividade na empresa tenha desconformidades temporais ou variação de intensidade, pode acordar-se que a prestação de trabalho seja intercalada por períodos de inatividade. No fundo, em vez do paradigma do trabalho de cinco dias por semana e oito horas por dia com intervalo de descanso, pode ajustar-se que os períodos de atividade são interrompidos por períodos de inatividade. Os períodos de inatividade podem ser prolongados, de dias, semana, etc., muito comum em atividades sazonais, ou curtos de horas, caso em que a prestação de trabalho é interpolada em cada dia⁷².

Entender como pretendeu o legislador ver aplicado o contrato de trabalho intermitente é simples: imprevisibilidade em relação à jornada e ao salário, sem maiores restrições fático-jurídicas. Fácil também é compreender as teses jurídicas já publicadas que tendem a limitar ou impedir a pretensão precarizante do legislador, com destaque para Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, que propõem interpretação “lógico-racional, sistemática e teleológica do art. 443, *caput* e parágrafo 3º, combinado com o art. 452-A da CLT, *caput*, e seus parágrafos e incisos”⁷³ para reconhecer não uma nova modalidade contratual celetista, mas, sim, uma nova modalidade de salário por unidade de obra ou salário-tarefa. Explicam:

A interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica do art. 443, *caput* e parágrafo 3º, combinado com o art. 452-A da CLT, *caput* e seus parágrafos e incisos diversos, conduz, naturalmente, a resultado interpretativo diverso.

O que os preceitos legais fazem é, nada mais nada menos, do que criar mais uma modalidade de salário por unidade de obra ou, pelo menos, de salário-tarefa: o salário contratual será calculado em função da produção do trabalhador no respectivo mês, produção a ser estimada pelo número de horas em que se colocou, efetivamente, à disposição do empregador no ambiente de trabalho, segundo a convocação feita por esse empregador.

Tratando-se, pois, de salário por unidade de obra ou de salário-tarefa, tem o empregado garantido, sem dúvida, o mínimo fixado em lei (salário mínimo legal), em periodicidade mensal. É o que assegura a Consolidação das Leis do Trabalho (art. 78, *caput* e parágrafo único, CLT); com mais clareza, a propósito, é o que assegura também a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 7º,

⁷² MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do Trabalho**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 520.

⁷³ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**. São Paulo: LTr., 2017. p. 155.

VII. (...)

Embora estrategicamente louvável o esforço doutrinário dos Professores Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, para os fins do presente artigo pretende-se apresentar um conceito de contrato de trabalho intermitente nos termos do disposto no parágrafo 3º do artigo 443 da CLT, ou seja, como uma nova modalidade contratual trabalhista celetista. Para tanto, inicia-se, brevemente, pelo que não é trabalho intermitente, até mesmo como alerta para os que, de modo pouco técnico, tendem a aplicar a regra legal celetista reformada em situações para as quais há regra legal específica e que não se amoldam à intermitência.

Do ponto de vista prático, ou seja, da aplicação das regras celetistas ao caso concreto, não é difícil também estabelecer limitações, ou melhor, compreender o que o trabalho intermitente não é e em que situações não são lícitas sua pactuação. Não é lícito contratar trabalho intermitente para trabalho em finais de semana, todos os fins de semana, exemplificativamente, vez que para tal situação a contratação trabalhista específica é a do trabalho em tempo parcial, ajustado por tempo indeterminado. Não é lícito contratar trabalho intermitente para substituição permanente de pessoal, vez que há certeza e previsibilidade em relação à jornada, duração do trabalho e até mesmo permanência da necessidade de prestação laborativa. Não é lícito contratar trabalho intermitente para demandas complementares previsíveis, como safra, temporada e outras situações de acréscimo ordinário de serviços, tendo por parâmetro o prazo de um ano, expressamente referido nas regras sobre a matéria, ainda que para outros fins. É lícito, entretanto, contratar bilateralmente trabalho intermitente para demanda complementar imprevisível. Não é lícito contratar trabalho intermitente se já é possível, na admissão do empregado, antever o marco final da necessidade de trabalho. Não é lícito contratar trabalho intermitente nas situações em que o empregador e seu empreendimento são transitórios, vista também a certeza com relação ao período de necessidade de contratação do trabalho. Por fim, não é lícito contratar trabalho intermitente para submeter o trabalhador a período de experiência.

É possível fixar conceito do que seja contrato de trabalho intermitente no Brasil pós-Reforma Trabalhista. Contrato de trabalho intermitente é modalidade contratual trabalhista bilateral e celetista, com prestação de serviço não eventual e em razão da necessidade de trabalho descontínua, mas comum e corriqueira para o empregador que não pode antever, na admissão do empregado, quando se dará e por quanto tempo

demandará a prestação laborativa, que é *sui generis* em relação à previsão de sua duração, marcada pela incerteza do momento exato da necessidade do trabalho e das interrupções e não pelo número reduzido de horas trabalhadas em um dia, semana ou mês⁷⁴.

2.2 Direito fundamental ao trabalho digno e controle de constitucionalidade

Embora óbvia, infelizmente é necessário reafirmar, em todos os espaços acadêmicos, políticos e sociais possíveis no Brasil, a supremacia da Constituição da República e, especialmente aqui, do direito fundamental ao trabalho digno. Na prática justrabalhista tal supremacia deve se afirmar, também e principalmente, no âmbito do controle de constitucionalidade das leis.

De início a compreensão do Estado brasileiro em 1988 de que os direitos trabalhistas deveriam ser (ou manter-se) constitucionalizados, consagrados como direitos sociais dos cidadãos. Tal decisão, que não é inédita no país, pois a Constituição da República promulgada em 1943 já consagrava direitos constitucionais sociais, foi reafirmada sob novo status em 1988, sendo agora também direitos fundamentais. A relevância dos direitos sociais pode ser reconhecida nas seguintes lições de Bernardo Gonçalves Fernandes:

Os direitos sociais constituem-se no segundo grupo integrador do conceito de Direitos Fundamentais, que, por mais que adicionem ao catálogo anterior (direitos individuais), são responsáveis por empreender uma releitura completa e radical, inclusive produzindo alterações no significado destes (direitos individuais). Ou seja, os direitos sociais não só alargam a tábua de direitos fundamentais, mas também redefinem os próprios direitos individuais⁷⁵.

Os direitos constitucionais sociais trabalhistas foram erigidos, em 1988, ao *status* de direitos fundamentais, vista a escolha soberana da Assembleia Nacional Constituinte em razão da inserção do Capítulo II “Dos Direitos Sociais”, no âmbito do seu Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Tal escolha topográfica já seria suficiente para a afirmação dos direitos sociais como fundamentais, mas além desse há outros.

José Joaquim Gomes Canotilho ensina que a fundamentalidade formal de

⁷⁴ ALVES, Amauri Cesar. Trabalho Intermitente e os Desafios da Conceituação Jurídica. In. **Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo, n. 346, abril/2018.

⁷⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 705.

normas constitucionais apresenta quatro dimensões relevantes: são normas “colocadas no grau superior da ordem jurídica”; sua revisão enfrenta “procedimentos agravados de revisão”; constituem normalmente “limites materiais da própria revisão” e vinculam imediatamente os poderes públicos⁷⁶. Essencialmente são os direitos sociais trabalhistas fundamentais, em tal sentido, em razão da sua topografia constitucional, do que decorrem efeitos que devem ser considerados no momento de construção, interpretação e aplicação das regras jurídicas.

Com relação à fundamentalidade material leciona Canotilho que “a ideia de fundamentalidade material insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade”⁷⁷. O destaque no presente estudo é para a centralidade e relevância da norma constitucional que foi reconhecida como fundamental não só pela sua topografia, mas principalmente pelo seu conteúdo material relevante, como é o caso dos direitos sociais trabalhistas.

Sendo assim, em razão de ter o legislador constituinte de 1987-1988 estabelecido os direitos sociais trabalhistas dos artigos 7º, 8º e 9º como fundamentais, formal e materialmente, devem as normas neles contidas receber especial proteção, compreensão e aplicação, sobretudo na validação ou não das regras infraconstitucionais. Em tal, perspectiva é importante a análise não só de sua fundamentalidade no plano teórico, mas, principalmente, de sua aplicação efetiva no plano fático das relações intersubjetivas, dentre elas as que envolvem trabalho intermitente. Até mesmo em relação aos direitos sociais do artigo 6º da Constituição da República é possível compreender sua eficácia plena, não sendo meras normas programáticas de cumprimento incerto. Tal compreensão é também apresentada por Rogério Luiz Nery da Silva e Cristiane Brum dos Santos, que entendem que “o texto constitucional pátrio ordena que as normas de direitos fundamentais gozem da máxima efetividade, extensível, inclusive, aos direitos sociais”⁷⁸, não sendo meras normas programáticas, de cumprimento futuro e incerto, sem eficácia.

Clèmerson Merlin Clève defende que tudo o que está na Constituição da

⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 379.

⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 379.

⁷⁸ SILVA, Rogério Luiz Nery da; SANTOS, Cristiane Brum dos. Reflexos da proibição de retrocesso na efetividade dos direitos sociais: limites aos limites dos direitos sociais na deflagração de crise econômica. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 13, n. 2, p. 120-136, Mai-Ago. 2017. p. 134.

República obriga, em uma teorização que privilegia a dignidade da pessoa humana:

Na moderna concepção do direito constitucional desenvolveu-se uma renovada linha doutrinária conhecida como dogmática constitucional emancipatória, tendo, esta vertente, o objetivo de estudar o texto constitucional à luz da ideia de dignidade da pessoa humana. Consiste em formação discursiva que procura demonstrar a radicalidade do Constituinte de 1988, tendo em vista que o tecido constitucional passou a ser costurado a partir de uma hermenêutica prospectiva que não procura apenas conhecer o direito como ele é operado, mas que, conhecendo suas entranhas e processos concretizadores, ao mesmo tempo fomenta uma mudança teórica capaz de contribuir para a mudança da triste condição que acomete a formação social brasileira.

O foco desta dogmática não é o Estado, mas, antes, a pessoa humana exigente de bem-estar físico, moral e psíquico. Esta dogmática distingue-se da primeira, pois não é positivista, embora respeite de modo integral a normatividade constitucional, emergindo de um compromisso principialista e personalizador para afirmar, alto e bom som, que o direito Constitucional realiza-se, verdadeiramente, na transformação dos princípios constitucionais, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e dos direitos fundamentais em verdadeiros dados inscritos em nossa realidade existencial⁷⁹.

No contexto das relações capital-trabalho não há melhor modo de realização fática do princípio da dignidade da pessoa humana do que a via da consagração e efetivação de direitos sociais trabalhistas. Para os fins do presente estudo há uma compreensão importante, no sentido de que princípios constitucionais, na qualidade de normas centrais do ordenamento, no mínimo obrigam posição estatal (Congresso Nacional) de respeito à dignidade da pessoa humana, o que não se revelou na prática no que concerne à Reforma Trabalhista, especificamente em relação ao novo contrato de trabalho intermitente. Valdete Souto Severo explica a relevância dos princípios, dentre eles o da proteção e o da dignidade da pessoa, no capitalismo:

O problema é que em uma sociedade fundada na troca entre capital e trabalho, na qual o trabalho não é apenas um meio de realização do ser humano, mas é sobretudo meio de subsistência física, o trabalhador – sem uma proteção minimamente adequada – será transformado em coisa (mercadoria) durante o tempo de trabalho, e perderá a possibilidade de viver dignamente fora dele. Isso não depende de maldade ou de bondade de qualquer das partes dessa relação social. Bem sabemos que o melhor empregado será sempre aquele que mais conseguir anular sua condição humana enquanto trabalha. Ou seja, aquele que não reclamar, não contestar, não se atrasar, não conversar, não trazer os problemas de casa para o trabalho; produzir muito e de preferência sem distrações⁸⁰.

Manuel Jorge e Silva Neto trata da supereficácia das normas constitucionais de direito social, com uma leitura da ordem jurídica brasileira que será importante para as

⁷⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 54, 2006. p. 28.

⁸⁰ SOUTO SEVERO, Valdete. A PROTEÇÃO NO PRINCÍPIO: elementos para a resistência à “reforma”. In. EÇA, Vitor Salino de Moura; OLIVEIRA, Ariete Pontes de; REIS, Ítalo Moreira (Coord.) **TEORIA CRÍTICA DA REFORMA TRABALHISTA**. Belo Horizonte: RTM, 2018. p. 39-54. p. 45.

conclusões que seguirão no presente estudo:

Não há o menor cabimento em negar a condição de preceito intocável à cláusula social sob a pífia reflexão de não se tratar de direito e garantia individual, mas “meramente” fundamental, o que autorizaria o agente legiferante em função revisora ou de emenda a suprimir, direta ou indiretamente, mediata ou imediatamente, a norma constitucional de natureza trabalhista e previdenciária, por exemplo. As normas constitucionais de direito social – exemplos significativos e concretos de tentativa constituinte de abrandar as graves desigualdades que grassam em nosso meio social – representam compromisso solenemente assumido pelos diversos segmentos da sociedade no sentido de se traçar uma nova moldura econômica fundada, a um só tempo, na valorização social do trabalho e na livre-iniciativa (art. 1º, IV)⁸¹.

A ideia básica de Direito Fundamental ao Trabalho Digno parece combinar direito fundamental ao trabalho com dignidade da pessoa humana⁸². Nesse sentido pouco faz o capital ou o empregador quando apenas permite ao homem trabalhar e produzir. Na mesma linha não deve o Estado determinar que o trabalhador escolha entre ter trabalho e ter direitos. Cumpre sua função o capital quando além de proporcionar trabalho, que é necessário para gerar lucros, o faz reconhecendo no homem que trabalha a sua dignidade de pessoa. O Estado, por sua vez, está constitucionalmente vinculado à concretização não só do direito ao trabalho, mas, também e principalmente do direito ao trabalho digno e protegido. Objetivamente e para os fins do presente estudo são importantes as lições de Gabriela Neves Delgado sobre o trabalho digno:

Se o trabalho é um direito fundamental, deve pautar-se na dignidade da pessoa humana. Por isso, quando a Constituição Federal de 1988 refere-se ao direito ao trabalho, *implicitamente* já está compreendido que o trabalho valorizado constitucionalmente é o trabalho digno.

Primeiro, devido ao nexo lógico existente entre direitos fundamentais (direito fundamental ao trabalho, por exemplo) e o fundamento nuclear do Estado Democrático de Direito que é a dignidade da pessoa humana.

Segundo, porque apenas o trabalho exercido em condições dignas é que é instrumento capaz de construir a identidade social do trabalhador⁸³.

Vale aqui compreender as principais características que conferem dignidade ao trabalho, para que seja possível demonstrar sua ocorrência ou não no trabalho

⁸¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 156.

⁸² “O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.” SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 67-68.

⁸³ DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. São Paulo: LTr., 2006. p. 209.

intermitente. Consideram-se seis as características principais do direito fundamental ao trabalho digno: 1. a vedação à coisificação do trabalhador; 2. a inserção (mínima) do trabalhador na riqueza gerada pelo capitalismo; 3. a efetivação de direitos trabalhistas mínimos; 4. o respeito à integridade física e moral do trabalhador; 5. a garantia de contraprestação pecuniária mínima por uma jornada razoável e controlada e 6. respeito aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente. Tais características podem ser inferidas das lições de Gabriela Neves Delgado, em sua obra “Direito Fundamental ao Trabalho Digno”. Leciona a autora que é vedada a coisificação da pessoa que trabalha, pois “o ser humano jamais poderá ser utilizado como objeto ou meio para a realização do querer alheio”⁸⁴. Outra característica que permite identificar trabalho digno é sua possibilidade de inserção do trabalhador na “riqueza social, provendo sua vida das necessidades materiais e espirituais”⁸⁵. Objetivamente pode ser considerado digno o trabalho que permite acesso efetivo aos direitos trabalhistas mínimos “alçados à qualidade de indisponibilidade absoluta”⁸⁶. Também em perspectiva objetiva é necessário para que haja trabalho digno que o contratante respeite a “integridade física e moral do trabalhador” e lhe garanta “contraprestação pecuniária mínima”⁸⁷. Em síntese, é possível dizer que “a condição de dignidade no trabalho se afirma por meio da declaração, afirmação e concretização dos direitos fundamentais”, e que, portanto, “as múltiplas possibilidades de trabalho humano digno se constroem na dinâmica histórica com suporte constitucional”⁸⁸.

Possível estabelecer conceito de direito fundamental ao trabalho digno como direito assegurado a toda e qualquer pessoa que trabalha, que deve ser vista e reconhecida enquanto tal e não como mero instrumento de realização de lucros, que deve ser tratada pelo Estado e pelo contratante com respeito à sua integridade física e moral, que deve ter acesso a direitos previstos em normas autônomas ou heterônomas que lhe garantam contraprestação pecuniária mínima por jornada razoável e controlada, bem como a capacidade plena e efetiva de fruição de direitos constitucionais.

Ariete Pontes de Oliveira e Ítalo Moreira Reis falam da centralidade dos direitos

⁸⁴ *Ibidem.* p. 206.

⁸⁵ *Ibidem.* p. 206.

⁸⁶ *Ibidem.* p. 207.

⁸⁷ *Ibidem.* p. 207.

⁸⁸ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais: Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr., 2017. p. 69.

humanos fundamentais do trabalho na perspectiva da Reforma Trabalhista:

Enfim, das exemplificações enumeradas, depreende-se que a Lei 13.467/2017 viola aporeticamente os comandos de tutela da nossa ordem jurídica que é a pessoa humana. Ao estabelecer reduções de direitos juslaborais passa a reduzir o trabalhador a coisa, de modo a afetar diretamente a sua dignidade humana. E, nessa perspectiva o Direito deixa de ser promotor da pessoa humana. Assim, não há como defender a legitimidade da Lei 13.467/2017 uma vez que viola diretamente o conceito do reconhecimento do outro e por consequência o conceito de Estado Democrático de Direito por afetar um de seus elementos, a dignidade humana⁸⁹.

Empregadores e Estado (legislativo, executivo, judiciário) têm o dever de observar os direitos fundamentais do cidadão trabalhador, ainda que não expressos na específica legislação trabalhista. A norma empresarial, o agir patronal ou a atuação estatal, contrários ao direito constitucional fundamental social, devem receber competente reprimenda, nos termos da ordem jurídica vigente. O Estado brasileiro não pode atuar contrariamente à expressão fixada no conjunto dos direitos sociais, nem mesmo pela via legislativa reformadora da Constituição da República, menos ainda ordinariamente como fez a “Reforma Trabalhista” ao disciplinar o novo contrato de trabalho intermitente.

2.3 Inconstitucionalidade das normas da CLT sobre trabalho intermitente

A inconstitucionalidade das regras contidas no artigo 452-A da CLT é tão flagrante que foi reconhecida pelo Senado da República e pelo então Presidente da República Michel Temer, ainda em 2017. Conforme o anteriormente exposto o trabalho intermitente é fruto da “Reforma Trabalhista” estabelecida pela Lei 13.467/2017. Imediatamente após a entrada em vigor da citada lei e visto o trabalho açodado, mal feito e incompleto, resolveu o presidente da república editar Medida Provisória para acrescentar dispositivos às regras celetistas do trabalho intermitente, com os seguintes argumentos:

Contrato de trabalho intermitente

10.10 Para melhor definir os elementos que caracterizam o regime de contratação de trabalho intermitente, propõe-se alterar o art. 452-A e incluir os arts. 452-B a 452-H ao Decreto-Lei nº 5.452, de 1943, para não restar dúvida quanto às diferenças desta forma de contratação das demais já previstas na legislação, como o contrato por prazo

⁸⁹ OLIVEIRA, Ariete Pontes de; REIS, Ítalo Moreira. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHO: a centralidade do valor trabalho na ordem jurídica brasileira e a inconstitucionalidade da Lei 13.467/2017. In EÇA, Vitor Salino de Moura; OLIVEIRA, Ariete Pontes de; REIS, Ítalo Moreira (Coord.) **TEORIA CRÍTICA DA REFORMA TRABALHISTA**. Belo Horizonte: RTM, 2018. p. 21-38. p. 34.

indeterminado, o contrato com jornada parcial e o contrato temporário.

10.11 O art. 452-A estabelece que o contrato de trabalho intermitente deverá ser celebrado por escrito e registrado em carteira de trabalho, ainda que previsto em acordo ou convenção coletiva, e estabelece também integrantes básicos deste contrato de trabalho, como identificação, valor da hora ou do dia de trabalho, que não poderá ser inferior ao valor horário ou diário do salário mínimo, as parcelas integrantes do pagamento imediato (remuneração, férias proporcionais com acréscimo de um terço, décimo terceiro salário proporcional, repouso semanal remunerado e adicionais legais), dentre outros dispositivos⁹⁰.

Em verdade não é só isso. Ou não é exatamente isso. Fato inequívoco é que a MPV 808/2017 tinha por pretensão satisfazer a uma necessidade de tentar conformar minimamente a “Reforma Trabalhista” à Constituição da República. O Senado da República, quando da tramitação do PLC 38/2017 na casa, destacou diversas inconstitucionalidades no texto enviado pela Câmara, mas não quis (se é que poderia deixar de querer) promover alterações para evitar o retorno do projeto à origem. E isso fica claro até mesmo na exposição de motivos da MPV 808/2017:

Dito isto, a presente proposta de Medida Provisória tem por objetivo o aprimoramento de dispositivos pontuais, relacionados a aspectos discutidos durante a tramitação do PLC nº 38, de 2017, no Senado Federal. Se, por um lado, tais aspectos refletem o profundo processo de diálogo e análise realizado pelo Senado Federal, por outro, esta Casa Legislativa observou a desnecessidade de alteração do projeto no momento de sua tramitação, o que implicaria atrasos desnecessários à eficácia deste importante diploma legal. É neste sentido que, como consequência da atuação do Senado Federal, e sem maiores atrasos, aguardamos a entrada em eficácia (s.i.c.) da Lei nº 13.467, de 2017 em da data de 11 de novembro de 2017⁹¹.

Ocorre que por falta de acordo com a Câmara dos Deputados, não houve a conversão da MPV 808/2017 em lei, do que decorre a manutenção consciente da inconstitucionalidade das regras do artigo 452-A da CLT reformada.

Ainda quando da breve tramitação do tema no Congresso Nacional, advertiu o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil sobre a inconstitucionalidade das ideias principais que posteriormente seriam convertidas em lei em relação ao trabalho intermitente:

[...] trata-se de instrumento de precarização relativamente ao paradigma empregatício vigente, pois, notoriamente, o que se visa é a satisfação da demanda empresarial, ficando clara a chamada coisificação da pessoa humana [...]. Assim a inconstitucionalidade mostra-se na afetação de direitos previstos na Constituição Federal, pois somente serão fruíveis a partir de determinada carga laboral, como, por

⁹⁰ BRASIL. **Medida Provisória 808, de 14 de novembro de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em www2.camara.leg.br, consulta em 19/06/2021.

⁹¹ BRASIL. **Medida Provisória 808, de 14 de novembro de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em www2.camara.leg.br, consulta em 19/06/2021.

exemplo, as férias e o décimo terceiro salário, os quais só serão devidas a partir de 15 dias trabalhados no mês. Sendo assim, em razão da possibilidade de limitação ao exercício de tais direitos e garantias mínimas, entende-se a afronta ao texto constitucional, previsto no art. 7º, IV e VIII. De outro modo, ainda existe evidente precarização das relações de trabalho, ferindo assim o caput do art. 7º da Constituição Federal – princípio do não retrocesso social. Por outro lado, os profissionais submetidos a essa modalidade contratual não terão a garantia de receber os valores referentes ao salário mínimo legal nacional, tendo em vista sua jornada totalmente fragmentada, podendo este empregado trabalhar meio período, integral ou algumas horas semanais, conforme a boa vontade e necessidade do empregador⁹².

A Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA), em estudos posteriores à publicação da Lei 13.467/2017, estabeleceu enunciados sobre o trabalho intermitente. O Enunciado 73 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA fixa tese de inconstitucionalidade das regras celetistas sobre o trabalho intermitente:

73. Contrato de trabalho intermitente: inconstitucionalidade. É inconstitucional o regime de trabalho intermitente previsto no art. 443, § 3º, e art. 452-a da CLT, por violação do art. 7º, I e VII da Constituição da República e por afrontar o direito fundamental do trabalhador aos limites de duração do trabalho, ao décimo terceiro salário e às férias remuneradas⁹³.

Também os efeitos da inconstitucionalidade no salário do trabalhador intermitente são mencionados pela ANAMATRA, em seu Enunciado 74 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho:

74. Contrato de trabalho intermitente: salário mínimo. A proteção jurídica do salário mínimo, consagrada no art. 7º, VII, da Constituição da República, alcança os trabalhadores em regime de trabalho intermitente, previsto nos arts. 443, § 3º, e 452-a da CLT, aos quais é também assegurado o direito à retribuição mínima mensal, independentemente da quantidade de dias em que for convocado para trabalhar, respeitado o salário mínimo profissional, o salário normativo, o salário convencional ou o piso regional⁹⁴.

Antônio Fabrício de Matos Gonçalves e Ariete Pontes de Oliveira relacionam a inconstitucionalidade das regras celetistas do contrato de trabalho intermitente à coisificação do trabalhador, do que decorre ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Concluem os autores que “a previsão do contrato

⁹² Nota Técnica - Reforma Trabalhista. Alteração da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. Relações de Trabalho. Projeto de Lei n. 6787, de 2016 (Câmara dos Deputados). Projeto de Lei da Câmara n. 38, de 2017 (Senado Federal) enviada pela Presidência do Conselho Federal da OAB. Memorando n. 059/2017-GPR a Comissão Relatora do Projeto de Lei da Reforma Trabalhista.

⁹³ Disponível em: Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho. Enunciados aprovados na 2ª Jornada. Disponível em <http://www.jornadanacional.com.br/>. Acesso em 18 jun. 2021.

⁹⁴ Disponível em: Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho. Enunciados aprovados na 2ª Jornada. Disponível em <http://www.jornadanacional.com.br/>. Acesso em 18 jun. 2021.

intermitente afeta diretamente os valores de tutela à pessoa do trabalhador, por permitir a coisificação do trabalho, nos termos de mercadoria que se pode usar quando assim entender.” Seguem ao afirmar que trabalho “é valor, inerente à existência humana, afeto a subjetividade do ser”⁹⁵, de modo que a nova regra celetista objetifica o ser humano que vive do trabalho, do que decorre, também por isso, a sua inconstitucionalidade.

Patrícia Maeda compreende a inconstitucionalidade do contrato de trabalho intermitente nos seguintes termos, em síntese:

No que tange à constitucionalidade do contrato de trabalho intermitente, entendemos que essa condição de trabalho afronta a dignidade humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), pois a norma jurídica prevê colocar o trabalhador numa condição de mero objeto, como ferramenta, equipamento, maquinário, à disposição da atividade econômica empresarial. Esse rebaixamento de *status* civilizatório contraria, ao mesmo tempo, a vedação de tratamento desumano (art. 5º, III) e a finalidade constitucional do direito do trabalho da melhoria da condição social do trabalhador (art. 7º, *caput*)⁹⁶.

A inconstitucionalidade das regras do artigo 452-A da CLT foi levada ao Supremo Tribunal Federal, pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5826/DF, cuja relatoria coube ao Ministro Luís Edson Fachin e que vale leitura na íntegra⁹⁷. Para os fins do presente estudo, eis a síntese do Voto do relator na citada ADI:

Sob essa perspectiva, é preciso reconhecer que a única garantia efetivamente observada pela legislação é, nos termos do art. 452-A, § 1º, da CLT, a convocação prévia com, pelo menos, três dias corridos de antecedência. Nenhuma outra medida foi fixada pelo legislador. É inegável, portanto, que há uma omissão inconstitucional na alteração promovida na CLT.

(...)

Por essa razão, ante a ausência de fixação de horas mínimas de trabalho e de rendimentos mínimos, ainda que estimados, é preciso reconhecer que a figura do contrato intermitente, tal como disciplinado pela legislação, não protege suficientemente os direitos fundamentais sociais trabalhistas⁹⁸.

A inconstitucionalidade apontada no Voto do Ministro Edson Fachin na ADI 5826/DF decorre, em síntese, da imprevisibilidade da jornada e consequentemente de

⁹⁵ MATOS, Antônio Fabrício de Matos; OLIVEIRA, Ariete Pontes de. A REFORMA TRABALHISTA E SEUS POSSÍVEIS IMPACTOS CONTRATUAIS: novos tipos contratuais e velhos tipos revisitados trabalho intermitente, tempo parcial e teletrabalho. In. EÇA, Vitor Salino de Moura; OLIVEIRA, Ariete Pontes de; REIS, Ítalo Moreira. **TEORIA CRÍTICA DA REFORMA TRABALHISTA**. Belo Horizonte: RTM, 2018. p. 129-144. p. 136.

⁹⁶ MAEDA, Patrícia. CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE. In SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SOUTO SEVERO, Valdete. (Coord.) **RESISTÊNCIA: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista**. São Paulo: Expressão Popular, 2017. p. 317-326. p. 323.

⁹⁷ Leia a íntegra do Voto do Relator em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5317595>

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5826/DF. Relator Ministro Edson Fachin. Requerentes Federação Nacional dos Empregados em Postos de Serviços de Combustíveis e Derivados de Petróleo - FENEPOSPETRO e FENATTEL - Federação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações e Operadores de Mesas Telefônicas, disponível em <http://www.stf.jus.br>, consulta em 18 jun.. 2021.

contraprestação, o que prejudica a fruição de diversos direitos assegurados no artigo 7º da Constituição da República.

Para além das constatações do voto acima citado, em síntese e diante do exposto é possível perceber ofensa das regras do artigo 452-A da CLT às normas constitucionais do artigo 1º, inciso III e 7º, incisos IV, VII, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX. Caso mantida íntegra a regra legal celetista, restará incompatibilidade entre direitos sociais constitucionais e o trabalho intermitente, como hoje já se verifica, na prática.

3 INCOMPATIBILIDADE ENTRE DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONAIS E TRABALHO INTERMITENTE

No presente item haverá a afirmação da incompatibilidade entre direitos sociais constitucionais e o trabalho intermitente tal como inserido na CLT. A abordagem aqui é prática, pois pretende compreender as regras celetistas do trabalho intermitente e sua desconformidade com as principais normas constitucionais referentes à duração do trabalho, remuneração e salário, patamar constitucional mínimo de normas de cidadania. Assim, caso não se reconheça no Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade das normas celetistas sobre o contrato de trabalho intermitente, será o trabalhador, na prática, privado da fruição de direitos fundamentais, conforme será analisado. A estratégia é apresentar alguns poucos exemplos práticos, dentre tantos possíveis⁹⁹, de incompatibilidade entre direitos sociais constitucionais e o cotidiano do contrato de trabalho intermitente.

3.1 Duração do trabalho: CR, artigo 7º, inciso XVII

Um dos pontos centrais do Voto do Ministro Edson Fachin na ADI 5826/DF foi a inexistência de duração (diária, semanal, mensal, anual) do trabalho mínima, do que decorre, em inúmeras situações fáticas, inexistência de contraprestação também mínima. Ocorre que há um tema referente à duração do trabalho que talvez seja tão grave quanto e que passa muitas vezes despercebido no debate acerca do trabalho intermitente, que é o problema das férias.

⁹⁹ Há outros tantos exemplos de inconstitucionalidades e incompatibilidades: CR, 7º, VI, VII, XV, XXI, XXIV.

A norma celetista sobre trabalho intermitente, em estratégia falaciosa, prevê férias para o empregado, que afinal de contas é celetista. As regras são as seguintes, do artigo 452-A da CLT, vênua para transcrição, dadas a especificidade e a relevância:

Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

(...)

§ 6º Ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas:

(...)

II - férias proporcionais com acréscimo de um terço;

(...)

§ 7º O recibo de pagamento deverá conter a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas referidas no § 6º deste artigo.

(...)

§ 9º A cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador¹⁰⁰.

Incautos podem dizer que a regra “garante” o direito às férias. Ocorre que o direito às férias é complexo, no sentido de que não é só tempo de descanso. É tempo de descanso remunerado, com pagamento do valor que seria devido no mês, com acréscimo de 1/3 constitucional. E isso o trabalho intermitente, de fato, não garante.

Inicialmente percebe-se a regra do parágrafo 6º do artigo 452-A. Ela estabelece uma espécie imprópria de “acerto”, que não é rescisório, “ao final de cada período de prestação de serviços”. Tome-se um exemplo corriqueiro de alguém que trabalhe de modo intermitente aos finais de semana, 3 dias por semana, sextas, sábados e domingos. Esse “pagamento imediato das parcelas” ao final de cada período, previsto em lei, tanto pode ser ao final da semana quanto no final de um mês, a depender de como se deu a convocação para o trabalho. Muito provavelmente a primeira hipótese. Mas nesse caso pouco importa. Fato é que em um mês não terá havido mais de 14 dias de trabalho. Sendo assim, não haverá férias proporcionais, que é o que a regra do inciso II do parágrafo 6º do artigo 452-A da CLT prevê, visto concomitantemente, por necessário, o disposto no parágrafo único do artigo 146 da CLT. A cada “pagamento imediato” de parcelas após “cada período de prestação de serviços” haverá a frustração do direito às férias em razão de em um mês não ter havido mais de 14 dias de trabalho, obviamente no caso do exemplo aqui trazido, que tende a ser regra geral e não exceção.

¹⁰⁰ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei n. 5452, de 1º de maio de 1943, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm, consulta em 19 jun. 2021.

Outro problema das regras celetistas do trabalho intermitente no que concerne às férias, na prática, é a péssima (deliberada, arbitrária e consciente) redação do disposto no parágrafo 9º do artigo 452-A, CLT. Haverá direito ao descanso concernente às férias, período no qual o empregado não poderá ser convocado para o trabalho, mas não se fala em remuneração de tal período. É possível afirmar, até corretamente, que o instituto das férias consiste em interrupção do contrato, do que decorre necessariamente descanso remunerado. Ocorre que o sentido da regra é de que a remuneração desse descanso anual previsto no parágrafo 9º do artigo 452 da CLT já se deu nos pagamentos feitos ao final de cada período, conforme previsão do parágrafo 6º da mesma norma legal. Explica-se com um exemplo talvez pouco usual. Suponha que o trabalhador intermitente tenha trabalhado mais de 14 dias em cada mês do ano em cada uma das convocações ao trabalho. Ao final de cada período terá recebido 1/12 de férias naquele “acerto” que se faz em decorrência do parágrafo 6º do artigo 452 da CLT. Teria havido, então, o pagamento das férias, faltando apenas a sua fruição na forma do parágrafo 9º da mesma regra legal.

Sendo assim, para o trabalhador intermitente o que a regra legal celetista inconstitucionalmente pretende, na prática, é fragmentar no tempo o pagamento e a fruição das férias. A prática, que decorre da lei, leva à sonegação do direito às férias enquanto instituto jurídico que prevê cumulativamente descanso e remuneração. O empregador poderá facilmente, e até legalmente, se organizar para que não haja mais de 14 dias de trabalho no mês, para que o pagamento feito imediatamente após cada período de convocação “zere” o previsto no inciso II do parágrafo 6º do artigo 452-A da CLT e que ao final haja, nos termos do seu parágrafo 9º, um mês de inatividade que na prática resultará apenas em um mês sem trabalho e sem salário.

É possível, diante do exposto, afirmar que na prática há incompatibilidade entre o direito social às férias e o trabalho intermitente, pois as regras celetistas sobre o tema infringem o direito fundamental ao trabalho digno em todas as suas seis características: 1. a vedação à coisificação do trabalhador; 2. a inserção (mínima) do trabalhador na riqueza gerada pelo capitalismo; 3. a efetivação de direitos trabalhistas mínimos; 4. o respeito à integridade física e moral do trabalhador; 5. a garantia de contraprestação pecuniária mínima por uma jornada razoável e controlada e 6. respeito aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

3.2 Remuneração e salário: CR, artigo 7º, incisos IV e VIII

É inequívoco, expresso e deliberado pelo legislador ordinário da Reforma Trabalhista que o objetivo da contratação de trabalho intermitente é somente remunerar tempo efetivamente trabalhado, quando essencialmente necessário ao empreendimento patronal. Disso decorre que a manipulação do empregador em relação ao salário de seus empregados é a tônica, com consequências graves à subsistência dos trabalhadores intermitentes.

Sem discutir a concretização do direito fundamental ao salário mínimo aos trabalhadores em geral, que deveria fazer face às suas despesas com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social (CR, artigo 7º, inciso IV), fato é que a essência do trabalho intermitente é não pagar o salário mínimo mensal. Também não vale aqui discutir a constitucionalidade do trabalho em tempo parcial, já referendado pelo TST e pelo STF, que permitem salário também parcial. Aqui a essência da desproteção e da agressão ao direito fundamental ao trabalho digno é a incerteza quanto a ter ou não ter o que receber ao final de cada mês.

No que concerne ao 13º salário, previsto na regra do inciso VIII do artigo 7º da Constituição da República o raciocínio empreendido pelo legislador ordinário da Reforma Trabalhista é o mesmo relativo às férias. Novamente aqui é necessária a transcrição da regra legal, excepcionalmente, para que se compreendam as falácias do legislador:

Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

(...)

§ 6º Ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas:

(...)

III - décimo terceiro salário proporcional;

(...)

§ 7º O recibo de pagamento deverá conter a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas referidas no § 6º deste artigo¹⁰¹.

Aqui também o que se garante é a proporcionalidade do 13º salário ao final de “cada período de prestação de serviços”. Ora, a Lei 4090/1962, que institui e

¹⁰¹ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei n. 5452, de 1º de maio de 1943, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm, consulta em 19 jun. 2021.

regulamenta o pagamento do 13º salário, em seu artigo 1º, “caput” e parágrafos 1º e 2º, só garante a proporcionalidade nos meses em que tenha havido “fração igual ou superior a 15 (quinze) dias de trabalho”. Mais uma vez, então, se o empregado em contrato intermitente for convocado a trabalhar em período inferior a 15 dias em cada mês do ano, o que é regra e não exceção, terá frustrado, na prática, o pagamento do 13º salário.

A prática, que decorre da lei, leva à sonegação do direito ao 13º salário. O empregador poderá facilmente, e até legalmente, se organizar para que não haja mais de 14 dias de trabalho no mês, para que o pagamento feito imediatamente após cada período de convocação “zere” o previsto no inciso III do parágrafo 6º do artigo 452-A da CLT.

É possível, diante do exposto, afirmar que na prática há incompatibilidade entre o direito social ao salário mínimo e ao 13º salário e o trabalho intermitente, pois as regras celetistas sobre o tema infringem o direito fundamental ao trabalho digno pelo menos quatro das suas seis características: 2. a inserção (mínima) do trabalhador na riqueza gerada pelo capitalismo; 3. a efetivação de direitos trabalhistas mínimos; 5. a garantia de contraprestação pecuniária mínima por uma jornada razoável e controlada e 6. respeito aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

3.3 Patamar constitucional mínimo, normas de cidadania: CR, artigo 7º, inciso III e ADCT, CR, artigo 10, inciso II, alínea “b”

Há aqui duas situações distintas de incompatibilidade prática entre direitos sociais constitucionais referentes ao patamar mínimo e o contrato de trabalho intermitente: Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e garantia provisória de emprego gestante. No primeiro caso a análise é simples e decorre da já exposta imprevisibilidade de jornada, do que decorre incerteza na remuneração e consequente reduzido aporte de crédito de valores em FGTS. A segunda situação é um tanto mais complexa, embora tenha obviamente a mesma origem.

No que se refere ao FGTS haverá, a cada mês, recolhimento da obrigação patronal em favor do empregado desde que tenha havido remuneração, é claro. Assim, a composição do Fundo em favor do empregado dependerá de ter havido convocação para o trabalho, prestação laborativa e pagamento. Na prática a tendência é que a composição do FGTS do trabalhador intermitente seja insuficiente para o propósito para o qual foi

criado, nos termos da Lei 8036/1990, com alterações posteriores e conforme lições de Maurício Godinho Delgado:

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, embora preservando nítida natureza trabalhista, também consubstancia, em seu conjunto global e indiferenciado de depósitos, um fundo social de destinação variada, que se especifica expressamente na ordem jurídica.

(...)

Apesar desses percalços sofridos pelo Fundo de Garantia recentemente, o fato é que, considerada a globalidade de seus valores, o FGTS constitui um fundo social dirigido a viabilizar, financeiramente, a “execução de programas de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana” (art. 6º, IV, VI e VII; art. 9º, parágrafo 2º, Lei n. 8.036/90).

Essa conformação diversificada e a destinação social do FGTS – as quais existem sem confronto com sua importante dimensão justrabalhista – conferem a ele o caráter de um instituto efetivamente complexo, dotado de múltiplas dimensões, que não podem ser descuradas pelo operador jurídico¹⁰².

Talvez no Brasil dos últimos anos a expressão máxima do FGTS na vida do trabalhador, para além da óbvia compensação pelo fim do contrato de emprego, seja a aquisição da casa própria. Inequívoco, da prática já percebida nos contratos de trabalho intermitente, a efetiva impossibilidade da realização do sonho do trabalhador brasileiro. Essa fragilização do FGTS tem repercussão individual e coletiva. Individual porque o trabalhador intermitente não poderá financiar seu imóvel. Coletiva porque as contribuições diminutas decorrentes do contrato intermitente enfraquecem o próprio Fundo, que pode perder parte de sua capacidade econômica para concretizar seus objetivos, dentre eles o financiamento imobiliário a taxas de juros razoáveis. Nesse plano há inobservância a quatro das seis características do trabalho digno: 2. a inserção (mínima) do trabalhador na riqueza gerada pelo capitalismo; 3. a efetivação de direitos trabalhistas mínimos; 5. a garantia de contraprestação pecuniária mínima por uma jornada razoável e controlada e 6. respeito aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Uma agressão a direito constitucional trabalhista talvez não pensada pelo legislador ordinário diz respeito à garantia provisória de emprego da trabalhadora gestante¹⁰³ na prática cotidiana de um contrato intermitente. O problema, aqui, é que a garantia provisória de emprego da trabalhadora gestante prevê apenas vedação à

¹⁰² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr., 2019. p. 1522.

¹⁰³ O mesmo raciocínio aqui esposado vale em relação à garantia provisória de emprego do trabalhador acidentado, nos termos do artigo 118, Lei 8.213/1991, pois também em tais casos pode haver garantia provisória contra dispensa injusta sem que se garanta o chamamento ao trabalho e consequente pagamento de salário.

dispensa arbitrária ou sem justa causa, o que facilmente se dará para a trabalhadora intermitente, mas não prevê que haverá pagamento de salário caso não haja convocação para o trabalho. Embora não seja essa a melhor interpretação, trata-se de uma análise infelizmente possível e prevista dentro do sistema legislativo resultante da Reforma Trabalhista. É possível que o empregador mantenha o emprego da trabalhadora intermitente sem que, entretanto, lhe convoque para o trabalho, do que poderá resultar em garantia de emprego sem garantia de salário, infelizmente, reafirme-se. Será a situação inédita e absurda de garantia de emprego sem garantia de trabalho e sem garantia de salário. Aqui não se defende obviamente tal linha de raciocínio, mas afirma-se que essa interpretação é possível e seguirá a lógica precarizante da Reforma Trabalhista e do contrato de trabalho intermitente fixado na CLT. Nesse caso, aplicada tal possibilidade (garantia de emprego sem garantia de salário) decorrente da literalidade do texto da lei, haverá agressão a todas as seis características do direito fundamental ao trabalho digno: 1. a vedação à coisificação do trabalhador; 2. a inserção (mínima) do trabalhador na riqueza gerada pelo capitalismo; 3. a efetivação de direitos trabalhistas mínimos; 4. o respeito à integridade física e moral do trabalhador; 5. a garantia de contraprestação pecuniária mínima por uma jornada razoável e controlada e 6. respeito aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

4 CONCLUSÃO

A Reforma Trabalhista brasileira de 2017 escolheu, sem debates ou participação social, alterar a Consolidação das Leis do Trabalho para incluir, dentre outras, a figura de uma nova modalidade contratual trabalhista consistente em trabalho intermitente. Além da óbvia prevalência dos interesses patronais na CLT reformada, a Lei 13.467/2017 ficará marcada pela deficiência técnica, que também é fruto do açodamento e da falta de diálogo com a sociedade. Dentre os pontos de deficiência técnica destaca-se a tentativa débil e infrutífera de se estabelecer um conceito legal de trabalho intermitente. Entretanto, mesmo diante de todas as dificuldades impostas pelo legislador, é possível afirmar que o contrato de trabalho intermitente é modalidade contratual trabalhista bilateral e celetista, com prestação de serviço não eventual e em razão da necessidade de trabalho descontínua, mas comum e corriqueira para o empregador que não pode antever, na admissão do empregado, quando se dará e por

quanto tempo demandará a prestação laborativa, que é *sui generis* em relação à previsão de sua duração, marcada pela incerteza do momento exato da necessidade do trabalho e das interrupções e não pelo número reduzido de horas trabalhadas em um dia, semana ou mês.

A possibilidade de contratar trabalho formal, celetista, registrado em CTPS, porém sem um mínimo compromisso em pagar salário habitualmente fere o direito fundamental ao trabalho digno e, em sede de controle de constitucionalidade, deveriam ser reconhecidos os novos dispositivos normativos celetistas sobre o tema inconstitucionais.

O presente estudo pretendeu trazer resposta a um problema objetivo: saber se a contratação de trabalho intermitente se dá em conformidade com as normas constitucionais da República e quais são os efeitos mais nocivos, em perspectiva de direitos constitucionalmente assegurados, de sua aplicação na prática.

Após compreensão doutrinária sobre o tema constitucional a primeira resposta foi pela inconstitucionalidade da regra do artigo 452-A da CLT, por agressão às normas dos artigos 1º, inciso III e 7º, incisos IV, VII, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX da Constituição da República.

Com relação aos efeitos nocivos a estratégia foi entender, na prática, como se dá a incompatibilidade entre direitos sociais constitucionais e o trabalho intermitente tal como inserido na CLT. A abordagem aqui, como visto, foi prática, com confronto das regras celetistas do trabalho intermitente e sua desconformidade com as principais normas constitucionais referentes à duração do trabalho, remuneração e salário, patamar constitucional mínimo de normas de cidadania.

Na prática, independentemente de reconhecimento ou não da inconstitucionalidade, há incompatibilidade entre o direito social às férias e o trabalho intermitente, pois as regras celetistas sobre o tema infringem o direito fundamental ao trabalho digno em todas as suas seis características: 1. a vedação à coisificação do trabalhador; 2. a inserção (mínima) do trabalhador na riqueza gerada pelo capitalismo; 3. a efetivação de direitos trabalhistas mínimos; 4. o respeito à integridade física e moral do trabalhador; 5. a garantia de contraprestação pecuniária mínima por uma jornada razoável e controlada e 6. respeito aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente. No mesmo sentido há incompatibilidade entre o direito social ao salário mínimo e ao 13º salário e o trabalho intermitente, pois as regras celetistas sobre

o tema infringem o direito fundamental ao trabalho digno pelo menos quatro das suas seis características: 2. a inserção (mínima) do trabalhador na riqueza gerada pelo capitalismo; 3. a efetivação de direitos trabalhistas mínimos; 5. a garantia de contraprestação pecuniária mínima por uma jornada razoável e controlada e 6. respeito aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Com relação ao direito ao FGTS, em sua completude, há inobservância a quatro das seis características do trabalho digno: 2. a inserção (mínima) do trabalhador na riqueza gerada pelo capitalismo; 3. a efetivação de direitos trabalhistas mínimos; 5. a garantia de contraprestação pecuniária mínima por uma jornada razoável e controlada e 6. respeito aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente. Por fim e mais grave, a possibilidade concreta de aplicação literal da legislação trabalhista reformada para se garantir emprego à gestante sem, entretanto, lhe garantir trabalho e consequente salário. Nesse caso, aplicada tal possibilidade haverá agressão a todas as seis características do direito fundamental ao trabalho digno: 1. a vedação à coisificação do trabalhador; 2. a inserção (mínima) do trabalhador na riqueza gerada pelo capitalismo; 3. a efetivação de direitos trabalhistas mínimos; 4. o respeito à integridade física e moral do trabalhador; 5. a garantia de contraprestação pecuniária mínima por uma jornada razoável e controlada e 6. respeito aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

REFERÊNCIAS

ALVES, Amauri Cesar. Trabalho Intermitente e os Desafios da Conceituação Jurídica. In. **Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo, n. 346, abril/2018.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei n. 5452, de 1º de maio de 1943, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm, consulta em 19 jun. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória 808, de 14 de novembro de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em [www2.camara.leg.br.](http://www2.camara.leg.br), consulta em 19 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5826/DF. Relator Ministro Edson Fachin. Requerentes FEDERAÇÃO NACIONAL DOS EMPREGADOS EM POSTOS DE SERVIÇOS DE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS DE PETRÓLEO - FENEPOSPETRO e FENATTEL - FEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES E OPERADORES DE MESAS TELEFÔNICAS, disponível em <http://www.stf.jus.br>, consulta em 18 jun. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 54, 2006.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr., 2019.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais: Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

MAEDA, Patrícia. CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE. In SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SOUTO SEVERO, Valdete. (Coord.) **RESISTÊNCIA: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista**. São Paulo: Expressão Popular, 2017. p. 317-326.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do Trabalho**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

MATOS, Antônio Fabrício de Matos; OLIVEIRA, Ariete Pontes de. A REFORMA TRABALHISTA E SEUS POSSÍVEIS IMPACTOS CONTRATUAIS: novos tipos contratuais e velhos tipos revisitados trabalho intermitente, tempo parcial e teletrabalho. In EÇA, Vitor Salino de Moura; OLIVEIRA, Ariete Pontes de; REIS, Ítalo Moreira. **TEORIA CRÍTICA DA REFORMA TRABALHISTA**. Belo Horizonte: RTM, 2018. p. 129-144.

OLIVEIRA, Ariete Pontes de; REIS, Ítalo Moreira. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHO: a centralidade do valor trabalho na ordem jurídica brasileira e a inconstitucionalidade da Lei 13.467/2017. In EÇA, Vitor Salino de Moura; OLIVEIRA, Ariete Pontes de; REIS, Ítalo Moreira (Coord.) **TEORIA CRÍTICA DA REFORMA TRABALHISTA**. Belo Horizonte: RTM, 2018. p. 21-38.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 67-68. SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Rogério Luiz Nery da; SANTOS, Cristiane Brum dos. Reflexos da proibição de retrocesso na efetividade dos direitos sociais: limites aos limites dos direitos sociais na

deflagração de crise econômica. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 13, n. 2, p. 120-136, Mai-Ago. 2017.

SOUTO SEVERO, Valdete. A PROTEÇÃO NO PRINCÍPIO: elementos para a resistência à “reforma”. In. EÇA, Vitor Salino de Moura; OLIVEIRA, Ariete Pontes de; REIS, Ítalo Moreira (Coord.) **TEORIA CRÍTICA DA REFORMA TRABALHISTA**. Belo Horizonte: RTM, 2018. p. 39-54.

PLATAFORMAS, SOCIEDADE E ESTADO: A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO E PRODUÇÃO NAS PLATAFORMAS DIGITAIS DE TRABALHO

PLATFORMS, SOCIETY AND STATE: THE ORGANIZATION OF WORK AND PRODUCTION IN DIGITAL WORK PLATFORMS

Massimo De Minicis¹⁰⁴

Priscila Lauande¹⁰⁵

RESUMO: O objetivo do presente artigo é analisar as estruturas emergentes no trabalho e na economia para além dos conceitos tradicionais de trabalho e sociedade, aderindo a modelos e perfis cognitivos do pós-fordismo que forjaram representações, análises e imaginações ao longo de uma fase delimitada pela crise econômica dos anos 2000. O estudo pretende analisar as novas formas de produção da era digital algorítmica, o seu funcionamento e impacto na sociedade. A perspectiva teórica consiste na utilização de uma renovada análise desta dimensão produtiva através de um viés teórico crítico, recorrendo, assim, a uma abordagem analítica baseada no pensamento e na interpretação da automação, da produção e do trabalho decorrente das ideias de Karl Marx. Uma teoria crítica para uma nova análise do trabalho e da produção por algoritmos.

PALAVRAS-CHAVE: Plataformas de trabalho; Sociedade; Precarização.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Máquinas, Empresa, Trabalho. 3. Gênese e natureza da produção digitalizada. 4. Imaterialidade e valor nas plataformas digitais de trabalho. 5. O ciclo de produção da plataforma de trabalho. 6. Subemprego e Polarização Tecnológica. 7. Propostas. Referências Bibliográficas.

ABSTRACT: The aim of this paper is to analyze the emerging structures in work and the economy beyond the traditional concepts of work and society, adhering to the cognitive models and profiles of post-Fordism that forged representations, analyses and imaginations throughout a phase delimited by the economic crisis of the 2000s. The study aims to analyze the new forms of production of the algorithmic digital age, their functioning and impact on society. The theoretical perspective consists in using a renewed analysis of this productive dimension through a critical theoretical bias, thus drawing on an analytical approach based on the thinking and interpretation of automation, production and labor stemming from the ideas and work of Karl Marx. A critical theory for a new analysis of work and production by algorithms.

KEYWORDS: Work platforms; Society; Precariousness.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Machines, Company, Work. 3. Genesis and nature of digitized production. 4. Immateriality and value in digital work platforms. 5. The work platform production cycle. 6. Underemployment and Technological Polarization. 7. Proposals. Bibliographic references.

1 INTRODUÇÃO

Artigo enviado em: 16/06/2021

Artigo aprovado em: 20/08/2021

¹⁰⁴Pesquisador filiado ao INAPP (Istituto Nazionale per l'Analisi delle Politiche Pubbliche).

¹⁰⁵Doutoranda em Autonomia Privada, Negócio, Trabalho e Tutela do Direito na Perspectiva Europeia e Internacional (Sapienza Università di Roma).

A expressão “desemprego tecnológico” foi criada por Lord Keynes nos anos 30, mas a questão das máquinas substituindo o trabalho humano já havia sido discutida muitos anos antes. Durante muito tempo, o estudo da relação entre desenvolvimento tecnológico, tendências de emprego e redistribuição de renda tem sido o foco de grandes economistas, incluindo Ricardo e Marx. Este caminho analítico retorna hoje aos holofotes com o sucesso das TIC, a globalização e a financeirização dos mercados. Esta teoria partiu do pressuposto de que as grandes máquinas aplicadas à produção seriam capazes de executar a maioria das formas de trabalho atuais melhor do que as pessoas e a um custo menor.

Com a tecnologia atual, as tarefas físicas previsíveis e a coleta e processamento de dados tornam-se particularmente vulneráveis, sujeitas à substituição por máquinas. Neste sentido, em sua forma atual, da Indústria 4.0 à economia da Plataforma de Trabalho, a estratégia de automação dos processos de produção é interpretada como uma teoria que determina processos para reduzir o valor da força de trabalho no ciclo de produção, uma ação produtiva orientada para determinar uma teoria do fim do trabalho na economia de mercado, para uma economia pós-mercado (Rifkin, 1995). Esta teoria deveria identificar um domínio crescente da parcela do capital constante (maquinaria) sobre a parcela do capital flexível (força de trabalho).

As famosas estimativas de Carl Benedikt Frey e Michael Osborne, em seu estudo Tecnologia no trabalho, preveem, por exemplo, a automatização de cerca de 47% das ocupações nos Estados Unidos nas próximas décadas, resultando na perda de empregos. De acordo com esta abordagem teórica, nas próximas décadas, devemos ver um maior foco na busca de novas possibilidades e tarefas para a força de trabalho humana, empregada em atividades cada vez menos hierárquicas e rigidamente estruturadas, envolvendo habilidades altamente especializadas e adquirindo formas inovadoras de renda para substituir o conceito tradicional de salário.

Se também aceitarmos a análise de (Brynjolfsson, McAfee, 2015), a automação digital aplicada à produção exigirá menos mão-de-obra, mas altamente qualificada. Esta análise transforma o conceito de evolução tecnológica em um caminho de progresso objetivo em termos da qualidade da produção e do perfil dos trabalhadores empregados.

Mas estamos certos de que o que está acontecendo produzirá esses efeitos? Ou o trabalho continuará sendo central e as máquinas intensificarão seu uso e a produção de

valor? Em vez disso, confirmando análises opostas àquelas destacadas que veem no uso de máquinas em produção uma necessidade inequívoca de intensificar a produtividade da força de trabalho humana a custos salariais e de produção mais baixos (Caffentzis, 2013), (Permanente, 2017).

O presente artigo busca investigar estas questões, usando em paralelo duas metodologias de pesquisa diferentes: 1) Uma análise histórica de natureza econômica e sociológica que examina a gênese, natureza e função do conceito de automação aplicado à produção capitalista, desde seus primórdios, com a discussão teórica sobre a aplicação das primeiras máquinas termodinâmicas à produção capitalista e; 2) Uma análise quantitativa sobre os dados de produção e trabalho oferecidos pela última fase deste constante e incessante processo de mutação das formas de produção capitalista, automação digital algorítmica, capitalismo de plataforma (Srnicek, 2016) que, enquanto determina novos cenários constitutivos de produção e trabalho, mantém a mesma questão teórica sobre a relação entre automação, produção e trabalho constante, sua capacidade de reduzir a centralidade da força de trabalho ou de intensificar seu uso.

2 MÁQUINAS, EMPRESA, TRABALHO

Muitas vezes, a estratégia de automação dos atuais processos de produção, da indústria 4.0 para a economia colaborativa digitalizada de plataformas de trabalho (*gig economy*), é interpretada como uma teoria de certos processos de diminuição da centralidade do trabalho nos processos de produção. Com a evolução sempre constante da tecnologia digital, emerge uma tensão crescente em relação à dinâmica de produção onde as máquinas irão substituir os humanos na implementação dos processos de produção. Essa teoria da automação identifica uma predominância cada vez mais clara da parcela do valor produzido na elaboração de ferramentas de produção (máquinas, tecnologias, robótica, inteligência artificial e a Internet das coisas) em comparação com aquela criada pela força de trabalho.

Essa literatura articulada, que visa pressagiar uma substituição incontestável do trabalho humano (Rifkin, 1998) por máquinas, na verdade reside em raízes antigas. David Noble considerou um dos documentos mais relevantes nos anais da ciência do século 20, a carta que Norbert Wiener, um dos pioneiros da cibernética, escreveu a Walter Reuther, então presidente do UAW (o poderoso sindicato dos trabalhadores automotivos dos Estados Unidos com sede em Detroit) em 1949, alertando-o para os

possíveis efeitos da máquina computacional encomendada por uma corporação, que teria gerado efeitos devastadores para os trabalhadores da indústria automobilística, por exemplo, desertificando linhas de montagem (Cyberproletariado, Nick Dyer-Witheford, Cominu).

Relacionado a essa linha teórica de superação da centralidade unívoca da força de trabalho na produção de valor nos processos produtivos, também, historicamente, se desenvolveu outra análise teórica, com o objetivo de identificar uma dinâmica oposta na tecnologia aplicada à produção. Uma organização da produção que visa não a substituição do trabalho humano, mas o aumento dos seus níveis de produtividade e rentabilidade (Caffentzis, 2013, Whitefort, 2015).

Essa lacuna teórica sobre os diferentes efeitos da tecnologia na produção tem sua gênese durante os anos da primeira revolução industrial, com a introdução das máquinas termodinâmicas na grande indústria manufatureira. Na primeira revolução industrial, teóricos de diferentes origens discutiram sobre as diferentes funções e impactos da tecnologia mecânica no trabalho e na sociedade. Em particular, ao contrário dos teóricos do poder constitutivo do valor na produção de máquinas (Carnot, Joule, Carpenter, Liebig), Marx identificou uma assimetria evidente entre o trabalho humano, capaz de aumentar o capital investido, e as grandes máquinas, o que determinou uma mera persistência do capital empregado. A tarefa da automação era, em vez disso, intensificar o trabalho humano.

Esse contraste teórico representa o ponto central do debate teórico sobre o efeito das máquinas na sociedade, no trabalho e no Estado. Esta oposição, que perdura ao longo do tempo, tem representado um ponto constante de declínio nas várias análises ávidas por interpretar o impacto da evolução tecnológica historicamente alcançada no trabalho e na sociedade. Mesmo a última fase da evolução tecnológica produtiva, aquela caracterizada pelos algoritmos digitais, não pode ser extraída dessa dialética.

Surge, portanto, os seguintes questionamentos: as máquinas digitais nos direcionam para uma dimensão de sociedade pós-trabalho ou para contextos de maior intensificação e exploração do trabalho humano? Em outras palavras, será que a produção de bens e serviços digitalizados nos grandes espaços de produção em rede conseguirá libertar o homem dos tempos e modos do trabalho pós-fordista ou, ao contrário, intensificará sua reprodução?

3 GÊNESE E NATUREZA DA PRODUÇÃO DIGITALIZADA

Inicialmente, examinaremos uma passagem fundamental na relação entre tecnologia e trabalho, o nascimento da tecnologia digitalizada, no início da década de 1960, os métodos de afirmação de um novo sistema de produção taylorista, aquele caracterizado pelo advento da filosofia de produção. As décadas de 1960 e 1970, aliás, são centrais para analisar o impacto primordial das estruturas de digitalização (cibernética) no ciclo produtivo e na força de trabalho empregada. As contribuições teóricas desse período nos fornecem uma primeira cristalização teórica importante sobre as maneiras pelas quais a informação codificada digitalmente assume um valor fundamental na extração de valor do ciclo de produção.

A primeira forma de digitalização dos processos de produção é, basicamente, uma passagem no ciclo industrial de um aprimoramento material da relação entre homem e máquina para um aprimoramento imaterial (cognitivo).

As máquinas cibernéticas aumentam exponencialmente a ação de cooperação e socialização do trabalhador na produção. As informações historicizadas dos trabalhadores e compartilhadas entre eles, expressas nos cartões codificados e inseridos na máquina cibernética, representam uma nova forma de interação intangível entre a máquina industrial e a força de trabalho. Produz uma riqueza de informações que valoriza amplamente o capital utilizado. Este processo de valorização intangível da força de trabalho é identificado por Alquati na grande produção industrial da Olivetti de Ivrea, com a introdução do conceito de *Informação Operacional*.

Uma informação extraída pelo trabalhador que a codificou e inseriu na máquina cibernética torna-se uma nova e mais forte dinâmica de mais trabalho, 'o "bit" une o átomo do trabalhador às "figuras" do "Plano"¹⁰⁶' (Alquati 123). A informação passa a ser um elemento essencial da ação cooperativa da força de trabalho. O que o trabalhador transmite aos meios cibernéticos de produção a partir de avaliações, medições, elaborações para operar no objeto de trabalho 'onde o "produto" é avaliado como recipiente de uma certa quantidade de "informação"'.¹⁰⁶

As reflexões de Alquati sobre a produção industrial das primeiras calculadoras Olivetti permitem-nos isolar pela primeira vez na relação entre automação, produção e

¹⁰⁶ Essencialmente, por meio de algoritmos, qualquer elemento, fragmento do processo de produção capitalista, mesmo que aparentemente autônomo, criativo, isolado, está inserido em um processo produtivo mais geral determinado pelo capital.

trabalho, uma função primordial da informação, dos dados, como objetivo de extrair o valor da força de trabalho empregada pelo capital. Processo de extração de informações derivadas da relação cognitiva entre trabalhadores gerado no processo industrial taylorista pós-fordista.

A partir das informações operacionais da Alquati, a constante evolução da tecnologia digital algorítmica, aplicada a uma produção cada vez mais terceirizada e contingente, nos levará ao conceito de *big data*. Uma produção de bens e serviços que extrai informações operacionais (dados) diretamente nas relações e espaços de troca e cooperação social. Lugares fora do ciclo industrial, onde a força de trabalho e a extração de informações são cientificamente organizadas em espaços digitais regidos por *plataformas de trabalho*. A "cibernação" automatizará o trabalho mental da mesma forma que a fábrica automatizou o trabalho braçal.

Nesse sentido, o processo de evolução da automação da produção, na decomposição, divisão e organização do trabalho em relação às máquinas utilizadas, parece reconfigurar o taylorismo, não como um elemento historicamente contingente do ciclo industrial, mas como um processo tendencial que é reproduzido em novas formas em todas as fases da criação e apropriação capitalista (produtividade e lucro da força de trabalho através do uso de máquinas).

Assim, as informações operacionais, como os *big data* de hoje, constituem um patrimônio coletivo do qual extrair valor e recompor os gestos e as informações cognitivas da força de trabalho escalável, sistematizada algorítmicamente em um sentido taylorista, passando-se de um ciclo de extração industrial a um ciclo social. Afinal, é um curto passo do ciclo industrial da Olivetti, das ilhas de produção (De Minicis, 2018) para a organização da economia colaborativa das tarefas do *Amazon Mechanical Turk*.

A questão crucial, sobre a qual se debruça uma vasta literatura sobre a análise da evolução digitalizada da produção, é perceber se esta mudança representa uma fase evolutiva do taylorismo, um pós-fordismo contemporâneo ou uma ruptura completa das dimensões produtiva e extrativista do capitalismo industrial. Um capitalismo imaterial e cognitivo.

4 IMATERIALIDADE E VALOR NAS PLATAFORMAS DIGITAIS DE TRABALHO

Com a evolução da tecnologia algorítmica, desenvolveu-se uma economia de partilha de bens e serviços que tem permitido realizar, efetivamente, intensos processos de extração de valor da informação, dados, conhecimento, das atividades prestadas pelos utilizadores da rede digital. Esta nova dimensão de valorização da socialidade humana deu-se através do desenvolvimento e afirmação de plataformas digitais.

As plataformas são colocadas no espaço digital como intermediários que podem não só gerar, mas também reger as regras de trocas, tendo acesso direto aos dados gerados pelas interações *online*. Além disso, as plataformas podem ser consideradas tanto como um setor quanto como um modelo organizacional.

Nesse segundo sentido, tem implicações de longo alcance em termos de transformação de negócios tradicionais (McAfee e Brynjolfsson 2017). Snircek (2017) classifica as plataformas digitais em 5 tipos principais: "plataformas de publicidade" (Google, Facebook) que extraem informações sobre os usuários, analisam e depois usam o produto desse processo para vender espaço publicitário; "Plataformas em nuvem" (AWS, Salesforce) que possuem o *hardware* e o *software* necessários às empresas que operam digitalmente e os disponibilizam mediante solicitação (computação em nuvem); as "plataformas industriais" (Predix da GE, MindSphere da Siemens) que constroem o *hardware* e *software* necessários para transformar empresas de manufatura tradicionais em processos digitais baseados na Internet das Coisas (para esses processos e políticas de suporte relacionadas, a Alemanha cunhou o termo Indústria 4.0, posteriormente adotado também na Itália e Brasil); as "plataformas de produtos" (Rolls Royce, Spotify, Zipcar) usadas para transformar mercadorias em serviços (modelo de mercadoria como serviço), por exemplo, com a transição da compra do carro para o acesso ao meio de transporte mais adequado quando necessário; e, por fim, aquelas de interesse primordial para nossas reflexões, as "plataformas enxutas" (Uber, Airbnb) que trocam e organizam bens de trabalho no espaço digital. São estas as plataformas que também podem ser definidas como plataformas de trabalho que mais claramente representam a evolução mais recente dos processos de tecnologia digital anteriormente identificados e aplicados à produção.

A imaterialidade do trabalho não consiste simplesmente em um maior envolvimento do intelecto com relação ao corpo (prevalente, por exemplo, no trabalho fabril olivettiano descrito por Alquati nas informações operacionais), mas também na

esfera afetiva e em sua organização cooperativa. Determina a passagem de uma subsunção formal do valor do trabalho, constitucionalização do trabalho, a uma realidade ocultada nas suas formas e modalidades extrativas. Essa dinâmica é realizada e permitida pela formação algorítmica das plataformas digitais.

Mas o que é realmente uma plataforma de trabalho digitalizada? Que tipo de ação determina a criação e extração de valor a partir do desempenho material e cognitivo da força de trabalho coletados digitalmente da rede em formas utilitárias e afetivas de cooperação social.

O termo "plataforma" está em toda parte, mas não está claro se é um símbolo ou estrutura real, uma nova condição na era digital ou *a camuflagem semântica* de uma evolução natural do capitalismo. Sabe-se que plataformas são espaços que facilitam - e deixam abertas - atividades produtivas e de intercâmbio social (Srniceck, 2017). Contudo que as plataformas de *software* estivessem protegidas por telas de computadores pessoais e bloqueadas em uma infraestrutura física, a estrutura parecia inofensiva. Mas agora *o espaço físico e o ciberespaço fundiram, o problema e a análise certamente se tornaram mais complexas.*

As plataformas de trabalho são uma etapa evolutiva do pós-fordismo, acelerando o processo de extração de valor descrito na inovação cibernética taylorista ou, ao contrário, um paradigma, que representa uma alternativa ao capitalismo fordista e suas evoluções? Podemos, então, considerar as plataformas de trabalho como "novos vetores de produção de riqueza" que redefinam os espaços de trabalho vivo, transformando o capitalismo industrial em capitalismo cognitivo?

Uma primeira evidência parece ser a sua capacidade de revisitar a categoria de "trabalho", do valor que produz e das formas que assume na sociedade pós-moderna. Para Boutang e Lazzarato, o capitalismo mudou porque *"o ponto essencial não é mais o consumo da força de trabalho humana, mas da força inventiva"*. Para esses autores, o capitalismo cognitivo extrai valor de todos os setores. *Em todo o espectro social, a nova tecnologia aumenta o poder do imaterial.*

Assim, com a evolução algorítmica digitalizada dá-se mais um passo no conceito de automação, a mudança tecnológica não é mais um recurso exógeno para acelerar a extração de valor da produção, mas o objetivo principal da acumulação. A produção de valor depende da cooperação social e do conhecimento tácito historicamente digitalizado. É interessante sublinhar como para Boutang, mas também para Hardt,

Negri, os valores da criatividade tornam-se capazes de ser explorados por um capitalismo inteligente na medida em que são promovidos como um valor, primeiro experimentalmente e depois como norma da vida.

Nas concepções mais avançadas dessas teorias de imaterialidade e inserção do capitalismo contemporâneo, há uma espécie de busca contínua por formas de mercantilizar o conhecimento na forma de informação a ser vendida no mercado, com a produção flexível determinando amplos processos de financeirização para alcançar uma fase de inovação permanente (a substância do valor).

É claro que entender esse processo é um verdadeiro desafio. Mas o que se coloca como questão teórica é se a imaterialidade do trabalho e a transformação do trabalho vivo representam realmente uma ruptura com as formas de produção pós-fordistas e pós-tayloristas. Não é possível, porém, que mesmo a imaterialidade e a externalização radial dos processos de produção para além de qualquer forma historicamente concebível de *offshoring*, chegando a uma terceirização que envolve toda a sociedade e suas relações, não se organizem também no sentido taylorista, como uma evolução do processo capitalista industrial radicalmente repensado e revisado.

Esta dimensão teria também uma repercussão evidente no papel da automação, capaz de determinar o fim do trabalho produtivo, em certo sentido intrinsecamente incluída na concepção do capitalismo cognitivo, ou, pelo contrário, capaz de intensificar ao máximo a sua valorização para aumentar acumulação e lucro capitalista.

Para responder a esta questão, parece imprescindível utilizar o que a contemporaneidade atual nos oferece em termos de exploração da automação digitalizada, ou seja, analisar o ciclo de produção e o funcionamento do cerne da imaterialidade e da terceirização da produção contemporânea, o *crowdwork* das Plataformas de Trabalho.

Portanto, a plataforma é um exemplo deste modelo de governança privatizado que está se espalhando. Produção e distribuição, serviços e redes sociais. As Plataformas de Trabalho, portanto, parecem desenvolver uma dupla função: 1) afirmar níveis constantes de aquisição de dados e informações e; 2) fragmentar o processo de produção de um bem ou serviço em microtarefas e, em seguida, trazê-lo de volta à unidade por meio da ação da máquina algorítmica. Radicalizando e externalizando exponencialmente o conceito de informação operacional anteriormente descrito por Alquati.

Para entender como essa forma de lucratividade é alcançada, vamos tentar observar como está estruturado o processo produtivo da economia colaborativa das Plataformas de Trabalho.

Examinamos, para esta análise, os dados do fluxo financeiro e da estrutura organizacional das principais plataformas de trabalho implantadas no setor de entrega de alimentos na Itália, utilizando a informação contida no relatório do INAPP sobre a economia das plataformas (Tabela 1).

Tab. 1 Estrutura econômica e organizacional da plataforma de trabalho de entrega de alimentos (trabalho sob demanda via aplicativo) na Itália (ano de 2017)

	Transato aggregato 2017	Capitali raccolti	Anno costituzione	Quantità di ordini annui	Sede	Dipendenti	Fattorini	Ristoranti	Numero Città
<i>Deliveroo</i>	20 mln +	0	2015	n.d.	Milano	70+	2000+	1900+	11
<i>Moovenda</i>	2,5 mln +	2 mln	2015	108 k	Roma	25	150	800	5
<i>Foodracers</i>	2,5 mln +	n.d.	2015	98 k	Treviso	n.d.	n.d.	600+	n.d.
<i>Bacchette Forchette</i>	2 mln	0	2015	n.d.	Milano	4	n.d.	135+	2
<i>PrestoFood.it</i>	1 mln +	165 k	2013	54 k	Catania	11	90+	290	5
<i>Just Eat</i>	n.d.		2011	n.d.	Milano	105	Partner esterni	7600+	18+
<i>Foodora</i>	n.d.		2015	n.d.	Milano	n.d.	n.d.	1000+	4
<i>UberEATS</i>	n.d.		2016	n.d.	Milano	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
<i>Glovo</i>	n.d.		2015	n.d.	Barcellona	100 +	2500+	1000+	10
<i>Cosaordino</i>	n.d.	n.d.	2015	n.d.	Lecco	5	30	100+	6
<i>Sgam</i>	n.d.	450 k	2015	n.d.	Bologna	n.d.	120	100	1
<i>MyMenu</i>	n.d.		2013	n.d.	Padova	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.

Elaborazione su fonte INAPP, Report sull'economia delle piattaforme digitali in Europa e in Italia (2018)

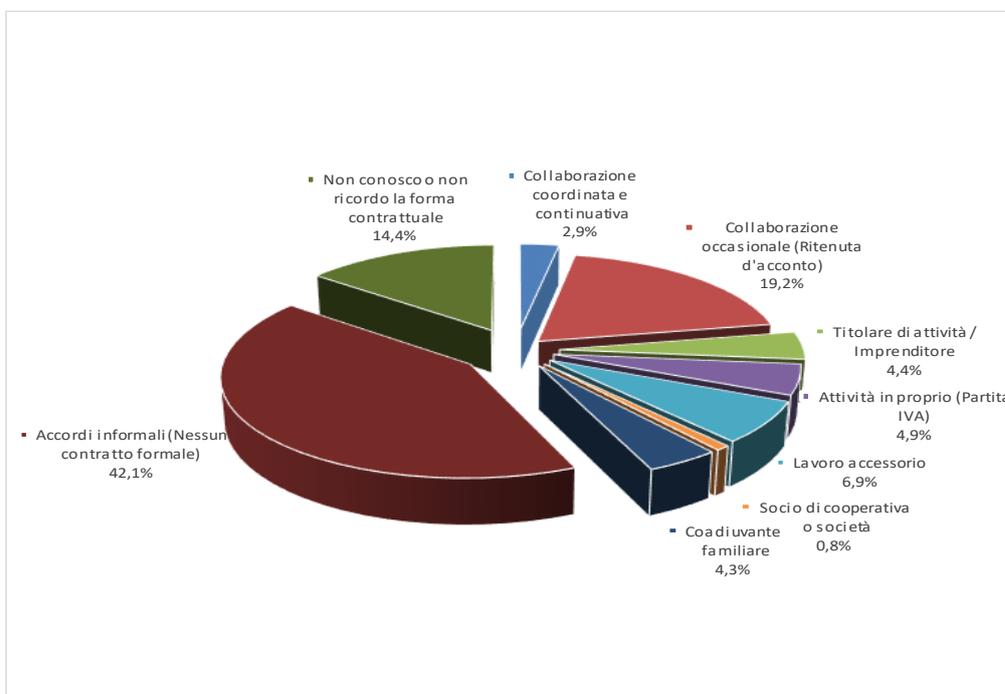
Aparentemente, as plataformas caracterizadas por uma importante transação agregada *Deliveroo*, *Glovo*, *Just Eat* parecem realizar uma utilização substitutiva da força de trabalho das formas de inovações algorítmicas introduzidas. Envolvendo alguns funcionários altamente especializados e substituindo a força de trabalho humana pela ação coordenadora e organizadora da máquina.

No entanto, se considerarmos com mais cuidado o complexo de ações que compõem o processo de produção, então a situação se apresenta radicalmente diferente. Nesse caso, a máquina algorítmica usa uma força de trabalho humana muito maior. Na

verdade, *Deliveroo* envolve um total de mais do que seus funcionários, mais de 2.000 entregadores e 1.900 donos de restaurante, entregadores *Glovo* 2500 e mais 1000 donos de restaurante.

Para além da questão amplamente debatida sobre a natureza contratual da subordinação ou autonomia dos motoristas envolvidos no processo de produção, o que é importante sublinhar é que, na realidade, se esconde por trás de diferentes formas de informalização, terceirização, fragmentação, deslocalização, colaboração no processo de produção. É uma quantidade substancial de força de trabalho humana coordenada e organizada pela máquina Fig.1.

Forma contratual, ocupação principal, de trabalhadores de plataforma



Fonte: indagine INAPP PLUS 2018.

Essa força de trabalho informal tem a tarefa de permitir que o *software* algorítmico seja executado o maior tempo possível. O fator de maior lucratividade reside, portanto, em uma intensificação material e cognitiva do desempenho do trabalho humano proporcionado por uma força de trabalho altamente escalonável e com um custo salarial muitas vezes ausente por não estar diretamente vinculado à organização produtiva que produz o bem ou serviço.

Produz-se, assim, uma elevada quantidade de subemprego, dado o seu caráter periférico, fissurado e contingente. Repropondo um conceito historicamente especificado na interpretação marxista da evolução tecnológica aplicada à produção:

[...] se o custo de uma hora de trabalho tivesse sido calculado dividindo o salário de sobrevivência semanal pelo número de horas trabalhadas por semana, uma vez que a 'obrigação de estipular um contrato com a duração mínima de uma semana, surge a possibilidade concreta de o nível de pauperização dos trabalhadores ser inferior ao limite de sobrevivência¹⁰⁷.

Esta observação teórica do pensamento de Marx assume um valor extremamente importante na análise do contingente do trabalho digitalizado. Aliás, a afirmação de que *agora o capitalista pode derivar do trabalhador uma determinada quantidade de sobretrabalho sem lhe conceder o tempo de trabalho necessário ao seu sustento*¹⁰⁸ representa perfeitamente alguns dos efeitos da fragmentação do trabalho coletivo sobre as condições existenciais e sociais da força de trabalho que o realiza. Uma performance de trabalho que nasce e morre com a realização das atividades individuais, que produz mais-valia cognitiva ao não atrelar esse processo a nenhuma forma de dimensão contratual ou salarial contínua, medida nos custos e tempos de reprodução social do trabalhador empregado¹⁰⁹. Esta dinâmica é ainda mais evidente no funcionamento das plataformas de *crowdwork* totalmente *online*. Tabela 2.

Tab.2 As principais plataformas de trabalho *crowdwork* apenas online. Características econômicas e organizacionais.

Nome	Dipendenti	Transazioni volume finanziario milioni di dollari	Crowdworkers in registrati	Salario Crowd /Massimo in dollari	Orario Minimo -media	Attività Realizzate annualmente
Amazon Mechanical Turk	10	10-150	500.000	3,77/29,43 10,65		100.000-600.000
Clicworker	➤ 10		800.000	0,50 /17,68 3,84		
Crowd Guru	15		50.000			
Crowdflower	65	10		0,51/15 2,93		
Javoto	36		80.000			
Prolific	3		70.000	0,47/16,44 6,60		
Mylittlejob	25		216.450	0,40/56,25 9,97		115.700
Testbirds	100		250.000			
Content.de	15		7.000			

¹⁰⁷ Marx, Il capitale, 1980.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ Marvit M., (2014) How Crowdworkers Became the Ghosts in the Digital Machine, in “The Nation”, February 5 <https://www.thenation.com/article/how-crowdworkers-became-ghosts-digital-machine/>

Nessa situação de organização da produção, os empregados envolvidos em uma dimensão contratual tradicional assalariada situam-se geralmente na casa das dezenas de unidades. Enquanto o complexo de mão de obra humana aplicado ao processo produtivo capaz de tornar a operação da máquina sempre ativa pode chegar a no máximo 800.000 unidades potencialmente ativadas, no caso do *Clickworker*, por exemplo. Nesse caso, a intuição marxiana de uma evolução da automação que não substitui a força de trabalho, mas usa outra, com custos menores, essencialmente pagos por peça e com a única tarefa de fazer a máquina funcionar o maior tempo possível, parece estar confirmada. O outro elemento que parece traçar a análise marxiana do conceito de automação é a relação entre o homem e a ferramenta tecnológica utilizada.

Este não é utilizado e coordenado pelo homem, como na produção artesanal, mas, na verdade, é o sistema digital que coordena, controla, organiza e distribui o trabalho ao homem. O algoritmo estabelece os turnos, os prazos de entrega, o pagamento, a reputação do trabalhador, com a possibilidade também de excluí-lo do processo de produção caso o seu desempenho não cumpra os padrões estabelecidos.

O sistema de plataformas algorítmicas, portanto, não transforma a lógica da tecnologia aplicada à produção capitalista, mas simplesmente descentraliza e deslocaliza a força de trabalho humana utilizada para reduzir o tempo de inatividade com uma extração contínua de informações e dados valiosos. Mesmo este processo de evolução tecnológica teve que, após uma fase intensa de desenvolvimento inicial, colidir na sua vontade de realizar a mais-valia absoluta máxima com as primeiras reivindicações da força de trabalho que já não estão disponíveis para sofrer mudanças frenéticas, com pagamentos frequentemente caracterizados por parcelas e sujeitos a um rigoroso controle hierárquico. As reivindicações dos *riders*, a luta dos motoristas da Uber, as primeiras formas de protesto dos *Turkers*, demonstram mais uma vez válida a teoria Marxiana da automação capitalista, em que qualquer forma de intensificação máxima da mais-valia absoluta determina formas de luta por salários, a procura de melhores turnos, a redução do dia de trabalho, a aquisição do status contratual com direitos e garantias. Mais uma vez, a resposta do capital ao uso de mais automação desloca-se para o aumento da rentabilidade resultante da mais-valia relativa. A caracterização nas formas de economia compartilhada tem, portanto, um significado evidente. Um significado

histórico, que deriva do fato de que se em um modelo ou sistema de produção há uma luta ou um conflito sobre as formas de pagamento pela realização de serviços de trabalho de caráter geral e uma resposta não do capitalista individual, mas de todo o capital comprometido nesta forma de produção, isso classifica a multiplicidade de sujeitos de trabalho envolvidos como uma força de trabalho assalariada.

Estabelece-se, dessa forma, a necessidade de intervenção do Estado para regular o fenômeno, limitar a jornada de trabalho e fazer com que a remuneração da força de trabalho tenha uma dimensão salarial. Mesmo nos processos de automação produtiva da economia de compartilhamento de plataformas de trabalho, portanto, o ponto de queda está no reconhecimento da natureza salarial do trabalho empregado. Porque o elemento mais lucrativo de todo o complexo processo de evolução algorítmica é, na realidade, o baixo custo do trabalho utilizado para operar a máquina em termos de extração e reprodução.

Com processos de informatização evidentes, a força de trabalho não foi substituída por máquinas, mas sim colocada em uma situação de subemprego periférico do processo produtivo, rompendo e fragilizando o que é fundamental na relação entre capital e trabalho, a negociação salarial, com a consciência de que essa relação dialética histórica se desenrola em um novo terreno para o desenvolvimento do capital, tanto em termos de acumulação financeira quanto em termos de organização produtiva.

O processo de automação, portanto, ao invés de levar a um ponto de saturação, levando à substituição do trabalhador humano pelo tecido produtivo, parece determinar uma depreciação mais intensa da força de trabalho que impede a automação de se tornar verdadeiramente integral, como se o custo da força de trabalho subempregada se torna mais barata e mais conveniente, a necessidade de novos níveis de evolução da automação para sua substituição completa diminui. O subemprego tecnológico tende a retardar o progresso da automação da produção e não o acelerar.

Nessa lógica, a automação digital parece produzir um efeito de compensação para baixo de formas e postos de trabalho. O trabalho recuperado e aumentado é caracterizado pelo baixo nível de emprego tanto em termos de rendimento como de situação contratual no sentido que Alain Supiot deu a este termo¹¹⁰.

A automação não expulsa a força de trabalho humana dos processos produtivos, mas sim das formas de garantias contratuais econômicas e sociais. Assim, nas formas

¹¹⁰ Supiot, (2003).

mais avançadas de digitalização dos processos de produção de bens e serviços, a reestruturação tecnológica do trabalho assume características de destruição estruturada e permanente do emprego.

O trabalho não está sendo substituído, mas está subempregado. Assim, com a rápida evolução tecnológica digitalizada, não há mais o desemprego em massa como aspecto conjuntural do ciclo capitalista, posteriormente reabsorvido nele, mas o subemprego em massa que se torna estrutural, não mais de curto a médio prazo, mas de longo prazo.

Nas formas de trabalho caracterizadas pelo *crowdwork* digitalizado, portanto, parece integrar-se uma dimensão teórica historicamente marcada por duas perspectivas de análise opostas, ambas de abordagem clássica, harmonizando a relação entre desemprego tecnológico e desemprego devido à rigidez salarial. Na verdade, se para os economistas clássicos a causa do desemprego temporário devia ser atribuída à automação, com a expulsão de trabalhadores de um setor para serem reabsorvidos posteriormente em outro setor ligado à inovação, para os neoclássicos, Wicksell (1959), a causa do desemprego era atribuída à rigidez dos salários e não à automação. Para essa corrente de pensamento, de fato, foi a rigidez salarial que não permitiu aos setores produtivos reabsorverem o excesso de mão-de-obra devido às limitações na redução dos níveis salariais para atender a nova demanda de trabalho imposta pela situação contratual e pelas leis do salário mínimo hora.

Este contraste entre as teorias marginalistas dos clássicos e dos neoclássicos parece encontrar uma síntese perfeita nos processos de aquisição e organização da força de trabalho das plataformas de trabalho *crowdwork*. De fato, se a automação na Indústria 4.0 produz o uso de menos mão de obra, a força de trabalho expulsa de processos produtivos anteriores é reaproveitada para manter as funções de máquinas algorítmicas em uma nova forma de subemprego, portanto, uma compensação marginal desfavorável aos interesses dos trabalhadores e, sobretudo, uma compensação que produz de imediato a superação de qualquer forma de rigidez salarial, dada a parcela ou dimensão informal da força de trabalho ocupada.

5 O CICLO DE PRODUÇÃO DA PLATAFORMA DE TRABALHO

As plataformas, por meio da ação do algoritmo, realizaram uma alteração do ciclo clássico da produção industrial radicalizando uma dinâmica já parcialmente vivenciada com o advento das informações operacionais da produção enxuta.

A produção enxuta, embora de forma diferenciada das plataformas de trabalho, altera o esquema de produção industrial: produção, distribuição, troca, consumo. Na lógica *on demand*, a troca passa, de fato, a ser a primeira fase, seguida pela produção, distribuição e consumo.

Essa inovação determina uma mudança fundamental, um consumo de meios de produção e força de trabalho contingente à demanda individual por bens e serviços. As plataformas de trabalho aplicam esta importante inovação do ciclo de produção ao mercado digital, com uma inovação adicional e essencial: o bem comercializado não é mais um produto, nem um serviço, nem uma obra, mas apenas a parcela de *mais valia* que se consome em seu ciclo produtivo tanto em termos materiais como cognitivos. Essa troca ocorre no mercado digital antes de ser realizada.

A mão-de-obra durante o seu processo de consumo no ciclo produtivo, acarreta uma maior valorização do seu valor de reprodução, realizando assim um sobretrabalho e, portanto, mais-valia pelo aumento do capital investido. A inovação introduzida pelas plataformas de trabalho é separar o processo de determinação da mais-valia da valorização do capital interno. Não transformando, dessa forma, o sobretrabalho em mais-valia e, por consequência, em aumento de seu capital, mas vendendo-o. Portanto, tanto para o aprimoramento do trabalho material ou cognitivo quanto para a aquisição de dados e informações. Determinando assim uma separação entre o capital empregado para a aquisição das condições de produção e o capital utilizado para a identificação da força de trabalho capaz de produzir lucro. Assim, as determinações históricas da teoria marxiana do valor e do valor embutido ricardiano dentro do modo de produção capitalista parecem diferir nesta forma:

- o trabalhador (usuário) está sujeito ao controle da plataforma;
- as mercadorias, entretanto, são produtos do cliente;
- o processo de produção dá origem a um excedente de trabalho;
- este processo coincide com a determinação de uma mais-valia que representa o fator de aumento de capital não da plataforma, mas do cliente que adquiriu o serviço de trabalho;
- a plataforma aumenta seu capital trocando o trabalho excedente obtido no mercado digital.

Assim, a plataforma não é dona da relação de trabalho que é adquirida por outrem, mas também não é uma simples intermediária de trabalho, pois possui os meios

e as condições de produção. É, na realidade, um espaço de produção e consumo do trabalho excedente. Nesse mecanismo reprodutivo, a troca envolve não apenas o empresário e o trabalhador, que é o dono dos meios de produção e das condições de trabalho, e o trabalhador, que empresta uma parte do seu dia em termos de trabalho, mas também um cliente final que se apropria de mais-valia, seja colocando-o no capital da empresa ou consumindo-o na forma de mercadorias.

Desta dinâmica organizacional determinam-se, portanto, duas condições de extrema importância para a força de trabalho empregada, a dificuldade, quase a impossibilidade, de estabelecer quem é o sujeito empresarial de que depende: quem compra a mão-de-obra excedente ou quem a produz adquirindo os meios de produção? E a redução da sua atividade laboral a uma condição de profundo subemprego econômico, porque se o trabalho excedente não está vinculado aos interesses da empresa em termos de valorização do capital mas é vendido, o nível de reprodução não assume qualquer importância e a proteção da força de trabalho que a determina, numa espécie de *jumperização*¹¹¹ do trabalho humano. E acima de tudo, quanto mais trabalho é feito, maior a receita para as plataformas de trabalho, o que significa que o preço do trabalho deve ser reduzido tanto quanto possível, levando à determinação de pagamentos por peça com relações de trabalho na maioria dos casos informais.

6 SUBEMPREGO E POLARIZAÇÃO TECNOLÓGICA

A partir da descrição do contexto apresentado, observa-se como a automação de suas formas primordiais para o modo assumido em formas algorítmicas e digitalizadas em toda a sua ação não expulsa a força de trabalho humana de processos de produção, mas tende a aumentar a sua produtividade aumentando as quotas de extração de mão-de-obra excedente e de mais-valia, essencialmente através da redução do custo da mão-de-obra empregada. Surge, assim, cada vez mais radicalmente, uma dinâmica de distanciamento da força de trabalho empregada da condição contratual tradicional representada em termos de universalização de direitos e proteções.

¹¹¹ A este respeito, a possibilidade de utilizar o trabalho para uma única atividade, também atribuível a uma única tarefa contingente. A mão-de-obra utilizada é então desmantelada, e outra força de trabalho disponível será utilizada para a implementação de um novo serviço. Este processo torna-se possível graças à enorme escalabilidade e intercambialidade do trabalho utilizado, uma condição possível através de ação algorítmica. A qualquer momento, é essencialmente possível utilizar, consumir e dispor da força de trabalho, sem que se tenha em conta os seus níveis reprodutivos e organizacionais.

Nas formas de trabalho caracterizadas pelo *crowdwork* digitalizado parecem, dessa forma, se integrar em termos pejorativos para a força de trabalho. Para os economistas clássicos, a causa do desemprego seria atribuída não pela ação da automação tecnológica que produz um fenômeno imediato de reocupação em outros setores correlatos, mas à rigidez salarial que não permite, em um breve espaço de tempo, uma recolocação natural dos recursos expulsos.

Para esta corrente de pensamento, de fato, é a rigidez salarial que não permite aos setores produtivos reabsorverem o excedente de mão de obra, devido às limitações impostas pelas leis sobre a situação contratual e sobre o salário mínimo hora com uma necessária redução salarial para atender a nova demanda de trabalho. Essa diferenciação entre as teorias marginalistas dos clássicos e dos neoclássicos parece ser anulada nos processos de aquisição da força de trabalho das Plataformas de Trabalho. Se a automação digitalizada na Indústria 4.0 produz o uso de menos trabalhadores qualificados, os trabalhadores expulsos ou com menor intensidade de ocupação, podem ser reabsorvidos na economia colaborativa digitalizada. A parcela do trabalho perdido é redirecionada para a economia de compartilhamento, com uma dinâmica de remuneração que, como vimos, produz uma superação imediata de qualquer forma de rigidez salarial, por ser informal ou por remunerada por peça. Além disso, se tentarmos relacionar e fazer essa hipótese interagir com a reconstrução realizada por Autor, Levy, Murnane (2003), encontraremos mais uma confirmação do efeito da digitalização em termos de polarização das figuras de trabalho. Para Autor e outros, como visto, o impacto da tecnologia digitalizada no ciclo produtivo produz não uma expulsão generalizada de trabalhadores, com diminuição dos postos de trabalho, mas uma polarização dos números de figuras de trabalho, no longo prazo, com aumento generalizado dos postos de trabalho.

Apenas as ocupações com salários e qualificações médios diminuiriam, enquanto as profissões caracterizadas por alta e baixa qualificação e consequentes salários aumentariam. As ocupações médias, de fato, seriam mais substituíveis pela tecnologia, pois estão sujeitas a um alto índice de repetição operacional, rotineira, com tarefas que podem ser expressas em procedimentos detalhados ou regras e, portanto, mais facilmente replicáveis por máquinas digitalizadas através da codificação de programas algorítmicos. Estas figuras profissionais são identificadas nas profissões ligadas, sobretudo, ao setor industrial. Com o tempo, portanto, esses números

registrariam uma diminuição, enquanto o impacto tecnológico não afetaria as figuras de trabalho com altas e baixas habilidades, que, por razões opostas, estão pouco sujeitos ao conceito de rotina. Fig. 2.

Fig. 2 Porcentagem de trabalhadores com baixa, média e alta qualificação ocupacional nos Estados Unidos: 1979 – 2016



Imagine rielaborata da Autor 2017, Ted Talk conference

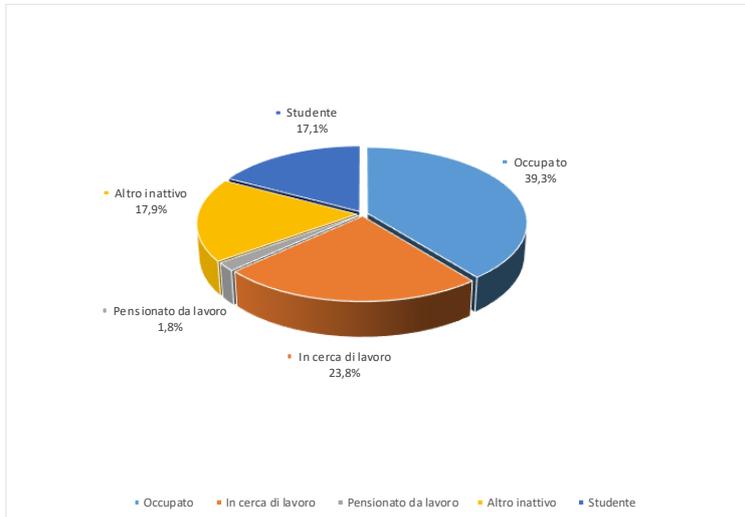
Ao relacionar a teoria proposta do subemprego tecnológico anteriormente destacada com a hipótese científica de Autor sobre a polarização das figuras profissionais, poderíamos representar uma dinâmica geral ligada ao impacto da tecnologia digital no trabalho integrando as duas sugestões teóricas. Portanto, a digitalização do setor industrial levaria à perda de empregos ou cotas de empregos, profissões médias (operários, técnicos). A parcela de trabalho perdido mudaria para o setor de serviços, mesmo dentro da economia colaborativa digitalizada, com uma dinâmica de ocupação caracterizada tanto por tarefas especializadas como por tarefas de baixa qualificação, como *riders*, *turkers*.

Então, se a tecnologia no setor industrial manufatureiro expulsa trabalhadores médios, a digitalização algorítmica implementa um processo de compensação, reabsorvendo uma parte desses trabalhadores, com ocupações radicalmente contingente, escaláveis e frequentemente informal, caracterizado por altas (programadores, designers de software) ou baixas qualificações (*turker*, *rider*, motoristas uber). Novas ocupações caracterizadas pela ausência daquelas formas de rigidez contratual presentes anteriormente.

Em apoio a essas hipóteses gerais, podem ser observados os dados presentes na Fig. 4, com referência à condição de emprego dos trabalhadores de plataforma na Itália,

em que se nota que a maioria dos indivíduos está empregada, com rendimentos insuficientes¹¹², e como segunda maior condição a procura de empregos.

Figura 3 - Trabalhadores online por status de emprego (% val.)

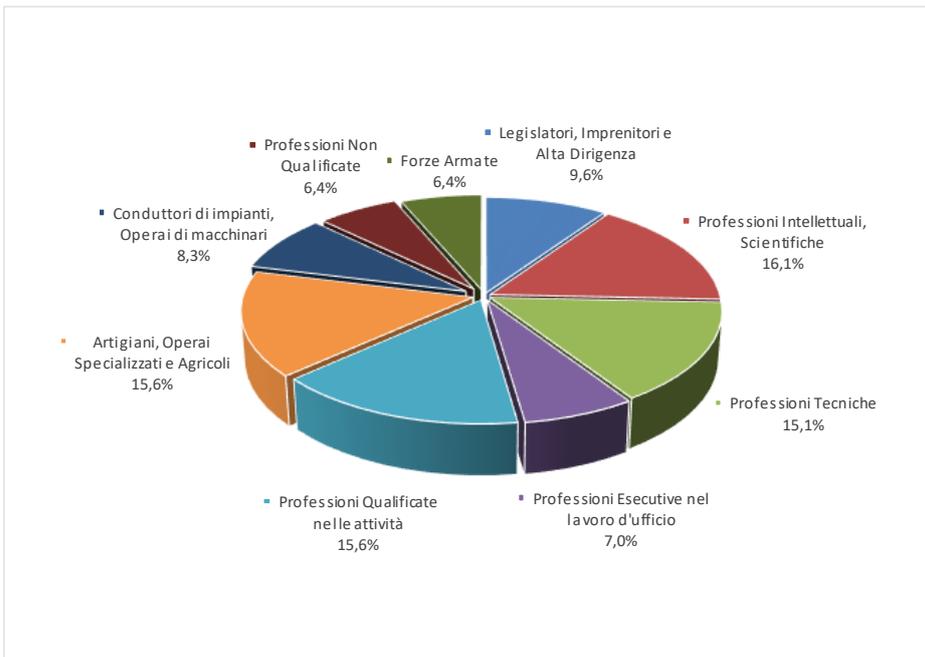


Fonte: elaborazioni su dati INAPP-PLUS 2018

Entre os que já possuem uma ocupação, a maioria é representada por técnicos, trabalhadores ou pessoas que desempenham tarefas qualificadas ou científicas, provenientes de setores que requerem competências médias e muitas vezes inerentes ao setor industrial.

Figura 4 - Trabalhadores online por profissão -1 Dígito (val.%)

¹¹² Quase 50% da receita da plataforma é um componente essencial ou importante do orçamento geral de uma pessoa (INAPP, PLUS 2018).



Fonte: elaborações su dados INAPP-PLUS 2018

A polarização do trabalho pode, portanto, ser interpretada também como um movimento generalizado de figuras profissionais dos setores industrial e industrial de serviços, sujeito a rígidas condições contratuais coletivas, direcionadas para situações de informalidade ou de eventualidade de emprego. Esta dinâmica pode ocorrer quer por falta de trabalho, quer por uma redução das quotas de trabalho, confirmando, portanto, uma ação generalizada do impacto da tecnologia na produção que só aparentemente expulsa a força de trabalho, mas que na verdade intensifica seu número e a produtividade ao ocupá-la em outras formas mais precárias e contingentes. Caffentzis (2013) em seu ensaio crítico das análises de Rifkin sobre o desaparecimento do trabalho produtivo resultante do impacto tecnológico, argumentou que a automação não levou ao desaparecimento do trabalho humano produtivo, mas da condição de trabalho historicamente associada a ele.

Essencialmente porque as máquinas não são capazes de produzir valor autonomamente, de acordo com a teoria do trabalho marxista, de fato, se a máquina substitui, no todo ou em parte, a força de trabalho, o grau de mais trabalho garantido por estes deve ser encontrado em um setor mais ou menos contíguo diferente para garantir um equilíbrio sistêmico do modelo capitalista. Passando a incluir, graças à evolução tecnológica algorítmica, como garantia desse equilíbrio, desempenhos "fora dos livros" que nunca tinham sido observados. A compensação marginal negativa que surgiu entre

os setores de alto impacto tecnológico industrial, Indústria 4.0 e a Plataforma de Trabalho Colaborativa parecem, portanto, reconfigurar essa hipótese no mundo da produção digitalizada.

7 PROPOSTAS

Neste contexto, ambas as intervenções para relembrar diferentes formas de negociação coletiva (acordos, contratos) muitas vezes parecem ser uma solução mista. Tanto porque há poucas plataformas que os assinam, quanto porque muitas vezes é difícil demonstrar sua aplicabilidade. Outra intervenção sobre a qual uma série de considerações de sustentabilidade devem ser abertas é a insistência, agora de décadas, no investimento público em treinamento especializado generalizado obrigatório para os expulsos do mercado de trabalho. Num mercado de trabalho que expulsa profissões médias e ocupa ou retoma profissões altas ou baixas em condições muitas vezes de subemprego, o problema certamente não é a competência do trabalhador.

A argumentada teoria da polarização do subemprego ressalta isso. Seria, portanto, útil, neste contexto, levantar a hipótese de uma redefinição geral de bem-estar ao invés de focar em políticas regulatórias setoriais, ou em enormes investimentos de recursos públicos em planos de ativação pública baseados em formação especializada obrigatória. Acompanhando, a par da legislação reguladora do sistema de produção das plataformas de trabalho, intervenções sérias de tecnorregulação¹¹³.

A sociedade do futuro parece se mover cada vez mais não para uma condição de sociedade pós-trabalho (Srniceck-Williams), mas por uma condição generalizada de *post status work society*, onde a função de produção e valorização do trabalho não termina, mas aumenta.

Essa condição deve determinar uma nova conceituação teórica das dimensões assistencialista e trabalhista, pelo evidente agravamento de um enfraquecimento radical da crise entre renda do trabalho e reprodução social, ou melhor, entre renda e salários. A redescoberta dos fenômenos de apoio à renda não vinculados à condição de trabalho formalizada, dada a condição de variedade e informalidade do trabalho, surge, portanto, cada vez mais urgente.

¹¹³ De Minicis, Donà, Lettieri, Marocco (2018)

O debate e a implementação de diferentes formas de renda mínima, renda básica e salário mínimo legal representam os primeiros sinais dessa consciência. Na realidade, já as primeiras formas de renda mínima ou renda básica começam a ser testadas e implementadas algumas inseridas diretamente para integrar e completar o modelo previdenciário preexistente (Finlândia). Redefinir o sistema de contratualização, indenização por rescisão e proteção social parece indispensável. Uma tecnorregulação do fenômeno, a construção de indenizações contingenciais, bem como a construção de contas de atividades pessoais, cadastros digitais de trabalhadores se afiguram imprescindíveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Autor D. (2015), **Why are there still so many jobs?** The history and future of workplace automation, *The Journal of Economic Perspectives*, 29, n.3, pp.3-30.

Benedikt C. F., Osborne (2015) M., **Technology at Work: The Future of Innovation and Employment**, Oxford Martin School.

Berger T., C.B. Frey, **Future Shocks and Shifts: Challenges for the Global Workforce and Skills Development**, OECD Directorate for Education and Skills Working Paper, 2015.

Bolchini P, (1984), **Quaderni di storia dell'economia politica**, Vol. 2, No. 1/2.

Brynjolfsson E., McAfee A, (2015) , **La nuova rivoluzione delle macchine**, Feltrinelli Milano.

Campa. R., (2017), **L'idea di automazione nella teoria marxiana del mutamento tecnologico**, *Orbis Idearum*, Vol. 5, Issue 1 (2017), pp. 49–67.

Campa R., (2017b), **Disoccupazione tecnologica**. la lezione dimenticata di Karl Marx, *Orbis Idearum*, Vol. 5, Issue 2, pp. 53-71.

De Minicis M. (2018), Precari e Capitale. Socializzazione e Contingenza della forza lavoro. **Economia e lavoro: rivista quadrimestrale di politica economica, sociologia e relazioni industriali**, 52, N° 1, 2018, pagine 121-130, Carocci Editore.

De Minicis M.; Donà S., Lettieri N., Marocco M. (2019), **Disciplina e tutela del lavoro nelle digital labour platform**. Un modello di tecnoregolazione, INAPP WP.

Franzini M., Guarascio D. (2018), **Questa volta è diverso?** Mercati, lavoro e istituzioni nell'economia digitalizzata, SINAPPSI, *Rivista quadrimestrale dell'INAPP*.

Frey C.B, M. Osborne, **The Future of Employment: How Susceptible are Jobs to Computerisation?** Oxford Martin School Working Paper, 2013.

Frey C.B., M. Osborne, **Technology at Work: The Future of Innovation and Employment**, Citi GPS Series, 2015.

Harvey D. (2018), **A Companion to Marx's Capital**. The Complete Edition, Verso.

Inapp (2018), **Report sull'economia delle piattaforme digitali in Europa e in Italia**.

Manyika, J. M. Chui, **Disruptive technologies: Advances that will transform life, business, and the global economy**, McKinsey Global Institute, 2013.

Manyika J., M. Chui, M. Miremadi, J. Bughin, K. George, P. Willmott, M. Dewhurst, **A Future that Works: Automation, Employment and Productivity**, McKinsey Global Institute, San Francisco 2017.

Marvit M., (2014) **How Crowdworkers Became the Ghosts in the Digital Machine**, in "The Nation", February 5 <https://www.thenation.com/article/how-crowdworkers-became-ghosts-digital-machine/>.

Marx K., **Il capitale**, Libro I, Editori Riuniti, Roma 1980.

Marx K., **I Grundrisse di Karl Marx**, (a cura di Musto M.), (2015) Lineamenti fondamentali della critica dell'economia politica 150 anni dopo, a cura di M. Musto, Edizioni ETS .

Marrone M., (2019), **Rights against the machines!** Food delivery, piattaforme digitali e sindacalismo informale: il caso Riders Union Bologna, Labour & Law Issues, Bologna

Schumpeter J. A., **Capitalismo, socialismo e democrazia**, ETAS, Milano, 2001.

Smith A., **La ricchezza delle nazioni**, UTET, Torino 1975

Srnicek N, Williams A., (2018), **Manifesto accelerazionista**, Collana Manifesti

Srnicek N., (2017), **Platform Capitalism**, Polity Press.

Supiot A. (a cura di), (1998), Transformation of labour and future of labour law in Europe, in "**European Commission Final report**", (<https://goo.gl/Bf3sqg>).

Tronti.M, (2013) **Operai e Capitale**, Derive e Approdi

Tronti M. (1970), **Classe Operaia e Sviluppo**, Contropiano pp.465-477

WEF, **The future of jobs: Employment, skills, and workforce strategy for the fourth Industrial Revolution**, World Economic Forum, January 2016;

CRITÉRIO QUANTITATIVO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A FOLHA DE PAGAMENTO

QUANTITATIVE CRITERION OF THE SOCIAL SECURITY CONTRIBUTION ON THE PAYROLL

Roberta Soares da Silva¹¹⁴

Carolina Alves Correa Laúa¹¹⁵

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar a contribuição previdenciária das empresas sobre a folha de pagamento, principalmente, no seu aspecto quantitativo. Pretende demonstrar o que compõe a base de cálculo e o posicionamento jurisprudencial, e, ainda, a alíquota e seus adicionais sob a classificação da regra matriz de incidência. Para tanto, faz-se uma breve análise dessa contribuição, apresentando as teorias da regra matriz de incidência e a classificação da contribuição dentro da referida regra, bem como a análise da base de cálculo e alíquota, componentes do critério quantitativo da norma. A metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Alíquota; Base de Cálculo; Contribuição Social.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Contribuição sobre a folha de pagamento e a regra matriz de incidência – notas propedêuticas. 3. Base de cálculo das contribuições sobre a folha de pagamento – o custeio em destaque. 4. Alíquota da contribuição patronal e adicionais. 5. Conclusão. Referências.

ABSTRACT: This article aims to analyze the social security contribution of companies on payroll, mainly, in its quantitative aspect. It intends to demonstrate what makes up the calculation base and the jurisprudential positioning, as well as the rate and its additions under the classification of the incidence matrix rule. For this purpose, a brief analysis of this contribution is made, presenting the theories of the incidence matrix rule and the classification of the contribution within that rule, as well as the analysis of the calculation base and rate, components of the standard's quantitative criterion. The methodology used will be bibliographic research.

KEYWORDS: Aliquot; Calculation base; Social contribution.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Contribution on payroll and the incidence matrix rule – introductory notes. 3. Basis for calculation of contributions on payroll – the cost in focus. 4. Employer and additional contribution rate. 5. Conclusion. References.

1 INTRODUÇÃO

Artigo enviado em: 12/12/2021

Artigo aprovado em: 20/06/2021

¹¹⁴ Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora Assistente no Curso de Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos e das Relações Sociais da PUC/SP. Membro da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social. Advogada.

¹¹⁵ Mestranda em Direito Previdenciário pela PUC/SP. Especialista em Advocacia Previdenciária pela Faculdade Unitâ. Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Legale. Advogada.

O custeio da Seguridade Social se encontra insculpido no artigo 195 da Constituição Federal, o qual estabelece o financiamento de forma direta e indireta, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, Distrito Federal, Estados e dos municípios, e das contribuições sociais dos empregadores sobre a folha de salários, da receita ou do faturamento, do lucro, do próprio trabalhador e demais segurados da Previdência Social sobre a receita de concurso de prognóstico.

A contribuição corresponde a determinado tributo específico, cujo fato gerador, base de cálculo, alíquota e contribuintes devem estar previstos em lei (princípio da legalidade estrita), respeitando os princípios constitucionais tributários (princípios da vedação constitucional ao poder de tributar).

No sistema de Previdência Social, os benefícios são custeados por contribuições dos próprios beneficiários.

Nesse contexto, será abordada a contribuição previdenciária patronal, a cargo do empregador, que tem como propósito custear o sistema de Seguridade Social.

2 CONTRIBUIÇÃO SOBRE A FOLHA DE PAGAMENTO E A REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA – NOTAS PROPEDÊUTICAS

A contribuição sobre a folha de pagamento, como dito, está prevista na Constituição Federal, em seu artigo 195, I, e disciplinado pela Lei 8.212/1991, podendo ser definida como uma contribuição previdenciária patronal, ou seja, a cargo do empregador e incidente sobre a folha de salário, conforme disposto constitucionalmente.

Tal contribuição transita entre o universo jurídico do direito tributário e previdenciário. É um mandamento tributário que gera efeitos na esfera previdenciária, tendo em vista ser uma norma de custeio da seguridade social, mais especificamente, da previdência social.

Conforme bem ensina Geraldo Ataliba, o conteúdo das normas tributárias é, essencialmente, uma ordem ou um comando, para entregar ao Estado certa soma de dinheiro¹¹⁶.

O ilustre autor desenvolveu a renomada teoria da regra matriz de incidência tributária, a qual se aplica para a contribuição sobre a folha de salário, destacando que: *“A hipótese de incidência é primeiramente a descrição legal de um fato: é a formulação hipotética, prévia e genérica, contida na lei, de um fato (é o espelho do fato, a imagem conceitual de um fato; é o seu desenho)”*¹¹⁷.

Wagner Balera e Cristiane Mussi definem a hipótese de incidência como sendo *“a descrição legal do fato que, se e quando ocorrido, provoca o surgimento da obrigação tributária”*¹¹⁸. A obrigação tributária nasce com a ocorrência do fato imponível e corresponde em levar dinheiro aos cofres públicos.

Para esses autores, o surgimento da obrigação tributária é *“necessária a estrita correlação entre a hipótese de incidência e o fato ocorrido no mundo fenomênico. Surge, então, a denominada subsunção do fato imponível à hipótese de incidência”*¹¹⁹. Subsunção significa a perfeita adequação do fato à norma jurídica.

E fato gerador é a situação do fato, definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência¹²⁰.

Sem embargo, o antecedente da norma é composto pelos critérios: material, temporal e espacial. O consequente da norma é composto por critério pessoal e quantitativo.

A contribuição previdenciária patronal sobre a folha de pagamento tem como *critério material* – o tipo tributário – é o ato de dever, pagar ou creditar salários e demais rendimentos do trabalho. Esse critério consiste na descrição que a lei faz do

¹¹⁶ ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6. Ed., 18ª tir. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 21.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 58.

¹¹⁸ BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. **Seguridade Social, Regimes Previdenciários, Custeio, Processo Administrativo e Benefícios em Espécie**. 12. ed. Curitiba, Juruá, 2021. Ebook, p. 136.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 137.

¹²⁰ BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário brasileiro**. 11. ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 704.

núcleo da hipótese de incidência. Esse critério é comumente representado por um verbo e seu complemento.

O *critério temporal* – corresponde ao momento da ocorrência do fato imponible, que é mensal, sendo definido o valor do tributo no último dia de cada mês, e recolhido, via de regra, até o dia 20 do mês subsequente.

O *critério espacial* – compreende o lugar da ocorrência do fato imponible – sendo este todo o território nacional.

No que tange ao *consequente da norma*, há dois critérios, *o pessoal e o quantitativo*.

O *critério pessoal* determina os sujeitos da relação jurídica obrigacional tributária, sendo a União, por meio da Secretaria da Receita Federal do Brasil, *o sujeito ativo*, enquanto, o passivo é aquele que tem o dever de pagar o tributo, ou seja, o empregador, a empresa ou a entidade a ela equiparada.

A equiparação à empresa, por sua vez, é determinada pelo artigo 15, I, da Lei 8.212/1991. Esse conceito é próprio da Lei de Custeio – cuja interpretação é restritiva para o âmbito das contribuições previdenciárias, não podendo ser confundida com assimilações a empresas que outras leis disciplinem.

Já o *critério quantitativo* se refere ao quanto deverá ser pago pelo contribuinte, que se permeia por outros dois fundamentos: *a base de cálculo e a alíquota*.

A *base de cálculo*, sucintamente, corresponde à expressão de grandeza contida na hipótese de incidência (aspecto material), sendo esta a folha de salário (cujo tema será abordado em tópico próprio). Já a alíquota, via de regra, corresponde ao percentual incidente sobre a base de cálculo para a determinação do montante do tributo, no caso de 20% sobre a folha de pagamento.

Sintetizando, a contribuição sobre a folha de pagamento é uma obrigação tributária – um vínculo jurídico que une duas pessoas, uma chamada de sujeito ativo (fisco) e outra de sujeito passivo (contribuinte ou responsável tributário).

Nesse viés, por oportuno, caso o sujeito passivo pratique um fato imponible tributário, terá como consequência o pagamento de quantia certa em dinheiro,

denominado tributo (*contribuição sobre a folha de pagamento*), cuja finalidade é financiar o Sistema de Seguridade Social.

3 BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO SOBRE A FOLHA DE PAGAMENTO: O CUSTEIO EM DESTAQUE

A base de cálculo da referida contribuição *é a folha de pagamento*, sendo irrelevante o pagamento da contribuição para o nascimento do fato impositivo.

Entende-se que chamar de contribuição sobre *a folha de salário* não é a maneira mais adequada, conquanto seja a nomenclatura constitucional dada para a base de cálculo da referida contribuição.

O mais apropriado seria “folha de pagamento”, tendo em vista abranger muitas outras verbas além do salário propriamente dito, visto que englobaria as remunerações pagas, devidas ou creditadas aos trabalhadores avulsos e contribuintes individuais, que prestem serviços à empresa ou entidade a ela equiparada.

O insigne professor Wagner Balera define, brilhantemente, o que venha a ser a base de cálculo da contribuição previdenciária patronal, veja-se:

A base de cálculo da exação incidente sobre a folha de salários pode ser definida como: a remuneração (ou retribuição, como queiram) vertida aos trabalhadores empregados, avulsos ou contribuintes individuais, identificada na óptica de quem remunera os mesmos personagens. No campo de incidência, que a folha registra, sofrem a carga fiscal representada pela contribuição social, as remunerações de todos os trabalhadores que, na qualidade de segurados obrigatórios, terão proteção social do sistema constitucional estruturado a partir do art. 196 e seguintes da Norma Fundamental¹²¹.

Ao seu turno, o Colendo Supremo Tribunal Federal – STF decidiu acerca do alcance da expressão folha de salário. Em 27 de março de 2017, no Tema nº 20, RE

¹²¹ BALERA, Wagner. **Contribuições Sobre a Folha de Salários** (Remunerações que Compõem sua Base de Cálculo). Revista Fórum de Direito Tributário. Belo Horizonte, Ano 2, n. 10, jul. - ago. 2004, p. 15. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=13794>. Acesso em: 15 set. 2020.

565.160/SC¹²², a corte entendeu que a contribuição patronal sobre a folha de salário (folha de pagamento) incide sobre ganhos habituais dos empregados, a qualquer título, quer anterior ou posterior à Emenda Constitucional 20/1998.

Essa decisão se deu a partir da interpretação conjunta dos artigos 195, I e 201, § 11, ambos da Constituição Federal de 1988.

Assim, se pode assentir que a folha de salário ou folha de pagamento compõe todas as parcelas pagas com habitualidade e em razão do trabalho, com exceção das verbas de natureza indenizatória.

Faz-se necessário, ainda, destacar que anteriormente à Emenda Constitucional nº 20 de 1988, não eram englobadas as remunerações de não empregados, cuja situação se modificou a partir da alteração introduzida pela referida Emenda, passando a incluir as verbas pagas aos não empregados.

Nessa seara, Marcelo Borsio leciona:

Essa redação dada pela Emenda Constitucional 20/98 deixa clara a incidência de contribuição por parte dos patrões e que esta não era somente sobre a folha de salários, e sim sobre todo e qualquer valor pago à pessoa física que tenha prestado algum serviço, mesmo sem vínculo empregatício¹²³.

Entrementes, a contribuição patronal sempre incidiu sobre as verbas habituais, em razão do trabalho (e não somente sobre o salário), mesmo antes da Emenda, porém, foi a partir desta (EC 20/1998) que tais verbas passaram a recair sobre as remunerações de outras pessoas físicas que prestam serviços sem vínculo empregatício.

Há também a divergência jurisprudencial sobre *diversas rubricas da folha de pagamento*¹²⁴.

¹²² STF. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 565.160/SC. Tema 20. **CONTRIBUIÇÃO – SEGURIDADE SOCIAL – EMPREGADOR**. A contribuição social a cargo do empregador incide sobre ganhos habituais do empregado, a qualquer título, quer anteriores, quer posteriores à Emenda Constitucional nº 20/1998 – inteligência dos artigos 195, inciso I, e 201, § 11, da Constituição Federal. Recorrente: Empresa Nossa Senhora da Glória LTDA. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Min. Marco Aurélio, 29 mar. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312495199&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2020.

¹²³ BORSIO, Marcelo. **Processo Previdenciário Administrativo Fiscal e Judicial das Contribuições Previdenciárias**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 65.

¹²⁴ **AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.703.406 - SC (2020/0117166-5) RELATOR: MINISTRO PRESIDENTE DO STJ AGRAVANTE: FAZENDA NACIONAL AGRAVADO:**

O Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado que há incidência da contribuição previdenciária sobre as *rubricas* salário maternidade, licença paternidade e férias usufruídas.¹²⁵

ROVITEX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MALHAS LTDA ADVOGADO: JOÃO SANDRO PAOLIN - SC017001A DECISÃO Trata-se de agravo apresentado por FAZENDA NACIONAL contra a decisão que não admitiu seu recurso especial. O apelo nobre, fundamentado no art. 105, inciso III, alínea a, da CF/88, visa reformar acórdão proferido pelo **TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO**, assim resumido: **TRIBUTÁRIO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS PATRONAL SATRAT TERCEIROS TEMA 20 RE 565.160 ABONO ASSIDUIDADE COMPENSAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES VERTIDAS AOS TERCEIROS ATUALIZAÇÃO**. Alega violação do art. 22, II, da Lei n. 8.212/91, no que concerne à possibilidade de incidência das contribuições destinadas a terceiros sobre os valores pagos a título de abono pecuniário, pois referidas contribuições são classificadas como contribuições de intervenção no domínio econômico ou contribuições sociais gerais, com destinação e finalidades próprias, não se mostrando relevante, para a formação da sua base de cálculo, a qualificação remuneratória ou indenizatória da verba paga na folha de salário, trazendo o(s) seguinte(s) argumento(s): O acórdão recorrido concluiu que como as contribuições devidas a terceiros também incidem sobre a folha de salários do art. 22, I, da Lei 8.212/91, aplicam-se a elas todas as teses de julgamento do STJ em Recursos Repetitivos que digam respeito à contribuição previdenciária patronal sobre a folha de salários (fls. 867). Contudo, apesar de possuírem a mesma base de cálculo das contribuições destinadas ao Regime Geral de Previdência Social, possuem destino diverso de arrecadação, pois estão vinculadas a um fundo específico e, no caso do sistema S, a pessoa jurídica de direito privado. [...] Estas contribuições são tributos extrafiscais, cuja finalidade precípua não é arrecadar, e sim, intervir em uma situação social ou econômica, e para serem consideradas legítimas suas finalidades têm que ser compatíveis com as disposições constitucionais (art. 149 da Constituição). Destarte, sendo as contribuições de terceiros classificadas como contribuições de intervenção no domínio econômico ou contribuições sociais gerais, com destinação e finalidades próprias, revela-se de todo indiferente, para a formação da sua base de cálculo, a qualificação da verba paga na folha de salário (se remuneratória ou indenizatória). Percebe-se assim, que a fundamentação de que a similitude da base de cálculo entre as contribuições previdenciárias e as contribuições destinadas a terceiros ensejaria o mesmo tratamento, no que concerne à exclusão das verbas tidas por indenizatórias, não pode prevalecer (fls. 868). É o relatório. Decido. Na espécie, não houve o prequestionamento da tese recursal, uma vez que a questão postulada não foi examinada pela Corte de origem sob o viés pretendido pela parte recorrente. Nesse sentido: "O Tribunal de origem não tratou do tema ora vindicado sob o viés da exegese dos artigos 131 e 139 do CPC/1973, e, tampouco o recorrente opôs embargos de declaração visando prequestionar explicitamente o tema. Incidência da Súmula 211/STJ" (AgInt no REsp n. 1.627.269/PE, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 27/9/2017). Confirmam-se ainda os seguintes precedentes: AgRg no AREsp n. 1.217.660/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 4/5/2018; e AgInt no AREsp n. 965.710/SP, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 19/9/2018. Ante o exposto, com base no art. 21-E, V, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, conheço do agravo para não conhecer do recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 11 de agosto de 2020. **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA** Presidente (STJ - AREsp: 1703406 SC 2020/0117166-5, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Publicação: DJ 19/08/2020).

¹²⁵ **PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SALÁRIO-MATERNIDADE. LICENÇA PATERNIDADE. FÉRIAS USUFRUÍDAS. INCIDÊNCIA. HONORÁRIOS. REVISÃO. SÚMULA 7 DO STJ. MULTA. CABIMENTO.** O acolhimento de recurso especial por violação ao art. 535 do CPC/1973 pressupõe a demonstração de que a Corte de origem, mesmo depois de provocada mediante embargos de declaração, deixou de sanar vício de integração contido em seu julgado, o que não ocorreu na espécie. Em razão do volume de demandas concernentes à incidência da contribuição previdenciária sobre diversas rubricas que compõem a folha de pagamento dos empregados pelo Regime Geral de Previdência Social, esta Corte Superior processou alguns dos recursos especiais referentes ao tema como representativos da controvérsia (art. 543-C do CPC), os quais foram apreciados e julgados pela Primeira Seção, para, interpretando a legislação federal de regência, consolidar o entendimento de que o tributo em apreço incide sobre o salário-maternidade e o salário paternidade, dada a natureza salarial dessas parcelas (REsp 1.230.957/RS,

Nesse contexto, vale destacar a rubrica que versa sobre os primeiros 15 (quinze) dias de afastamento do empregado em benefício por incapacidade.

Os artigos 42, § 2º, e 60, § 3º da Lei 8.213/91 determinam que, durante os primeiros 15 (quinze) dias consecutivos ao dia do afastamento da atividade, a empresa deverá pagar ao empregado o seu salário integral.

Ressalta-se que a legislação, atinente à espécie, cita pagamento de salário integral, em nada mencionando a contribuição previdenciária patronal. Não há previsão legal para esta contribuição, entretanto, por muito tempo, houve discussão acerca da natureza desta verba, se seria ou não remuneratória.

O STJ, no REsp 1.230.957/RS¹²⁶ entendeu que a verba não tem natureza remuneratória, pois não há prestação de serviços nesse período. A verba não é destinada a retribuir o trabalho e o contrato de trabalho está suspenso, portanto, concluiu pela não incidência da contribuição previdenciária sobre essa verba.

Nessa mesma decisão, a corte inferiu, ainda, que o valor pago, a título de aviso-prévio indenizado não é verba remuneratória, por não corresponder a serviço prestado,

Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe de 18/03/2014). A jurisprudência firmada na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça sedimentou a orientação de que a contribuição previdenciária incide sobre as férias usufruídas, uma vez que tal rubrica "possui natureza remuneratória e salarial, nos termos do art. 148 da CLT, e integra o salário de contribuição" (EDcl nos EDcl no REsp 1.322.945/DF, Rel. p/ acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 04/08/2015). A pacífica jurisprudência deste Tribunal Superior é no sentido de que a legislação não vincula o julgador a qualquer percentual ou valor certo, podendo o magistrado arbitrar a verba honorária em percentuais sobre o valor da causa ou da condenação, bem como fixar tais verbas em valor determinado. Na instância especial, a revisão de honorários advocatícios é inviável por força da Súmula 7 do STJ, salvo se o montante fixado importar valor irrisório ou exorbitante, o que não ocorreu na hipótese. O recurso manifestamente improcedente atrai a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, na razão de 1% a 5% do valor atualizado da causa. Agravo interno desprovido, com aplicação de multa. (STJ – AgInt no REsp: 1515228 PR 2015/0029914-3, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 17/11/2016, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/12/2016).

¹²⁶ STJ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.230.957/RS. Temas 478, 479, 737, 738, 739 e 740 **PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DA EMPRESA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DISCUSSÃO A RESPEITO DA INCIDÊNCIA OU NÃO SOBRE AS SEGUINTE VERBAS: TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS; SALÁRIO MATERNIDADE; SALÁRIO PATERNIDADE; AVISO PRÉVIO INDENIZADO; IMPORTÂNCIA PAGA NOS QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO-DOENÇA.** Recorrente: Fazenda Nacional e Hidro Jet Equipamentos Hidráulicos LTDA. Recorrido: Os Mesmos. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 26 fev. 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34122204&num_registro=201100096836&data=20140318&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 15 set. 2020.

nem a tempo à disposição do empregador, e, por conseguinte, não há incidência de contribuição previdenciária.

Apreendeu, também, sobre o salário paternidade, salientando se tratar de verba salarial a cargo do empregador, e, sendo assim, incidente a contribuição em tela.

Sobre o salário-maternidade, o STJ, também no mesmo acórdão do REsp 1.230.957/RS, assimilou que era devida a contribuição previdenciária, por ter natureza salarial e, inclusive, tem previsão legal para tal contribuição.

Dessarte, o salário-maternidade não é salário, mas sim, um benefício previdenciário, previsto na Lei 8.213/1991.

O STF, em 5 de agosto de 2020, no tema 72¹²⁷ decidiu sobre a incidência de contribuição previdenciária no salário-maternidade. Por não se tratar de contraprestação ou de retribuição pelo trabalho, e sim de um benefício previdenciário, não se enquadra ao conceito de folha de salário e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados a qualquer título à pessoa física que preste serviço, independentemente de vínculo empregatício.

Por não se enquadrar no conceito de folha de pagamento, alcançou o STF que manter essa contribuição seria uma incidência não prevista no art. 195, I, da Constituição Federal, configurando fonte de custeio alternativa. Assim, é inconstitucional, pois, não foi prevista em lei complementar, conforme instituído pelo § 4º, do artigo em comento.

Dessa feita, ao contrário do entendimento exarado anteriormente pelo STJ, restou decidido que não há incidência de contribuição previdenciária patronal sobre o salário-maternidade, bem como declarou a inconstitucionalidade formal do art. 28, § 2º, e parte final da alínea “a” do § 9º, da Lei 8.212/91.

¹²⁷ STF, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 576.967. Tema 72. **DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DO EMPREGADOR. INCIDÊNCIA SOBRE O SALÁRIO-MATERNIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL.** Recorrente: Hospital Vita Batel S/A. Recorrido: União. Relator: Min. Roberto Barroso. 5 ago. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=15344732542&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2020.

Já sobre o adicional de hora extra, adicional noturno, adicional de insalubridade e adicional de periculosidade, o STJ, em REsp 1.358.281/SP¹²⁸, pacificou que são verbas remuneratórias, e, portanto, há incidência de contribuição previdenciária.

Acerca do papel social da contribuição patronal previdenciária, Balera e Mussi destacam o que segue:

Conquanto a pessoa jurídica não possa receber nenhum dos benefícios constantes do art. 201 da Constituição Federal de 1988, o fundamento social do custeio da seguridade social pelo empregador consiste na vantagem indireta advinda da paz social que, naturalmente, decorre do resguardo pelo sistema de proteção social quando da ocorrência dos riscos sociais dos trabalhadores¹²⁹.

Concluindo, quem paga a conta da Previdência Social são os recursos advindos da contribuição direta sobre a folha de salários de empregados e empregadores, portanto, se trata de recurso de grande relevância para o custeio do Sistema da Seguridade Social.

4 ALÍQUOTA DA CONTRIBUIÇÃO PATRONAL E ADICIONAIS

Ainda, dentro do critério quantitativo da regra matriz de incidência da contribuição sobre a folha de pagamento, tem-se a alíquota do benefício.

Conforme determina o artigo 22, I, da Lei 8.212/1991, a alíquota da contribuição em referência é de 20% (vinte por cento) sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês. Ou seja, a alíquota de 20% incide sobre a base de cálculo, conceito esse já abordado anteriormente.

¹²⁸ STJ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.358.281/SP. Tema 687, 688, e 689. **TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DA EMPRESA. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. BASE DE CÁLCULO. ADICIONAIS NOTURNO, DE PERICULOSIDADE E HORAS EXTRAS. NATUREZA REMUNERATÓRIA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ.** Recorrente: Raça Transportes LTDA e outros. Recorrido: União. Relator: Min. Herman Benjamin, 23 abr. 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34608032&num_registro=201202615969&data=20141205&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 15 set. 2020.

¹²⁹ BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. **Seguridade Social, Regimes Previdenciários, Custeio, Processo Administrativo e Benefícios em Espécie**. 12. ed. Curitiba, Juruá, 2021. Ebook, p. 144.

Entretanto, esta não é a única regra. Existem alguns adicionais que podem majorar ou reduzir o valor pago pelo sujeito passivo da contribuição, o empregador.

O art. 195, § 9º, da Constituição Federal permite que as contribuições sobre a folha de pagamento tenham alíquotas diferenciadas em virtude da atividade econômica, da utilização intensiva de mão de obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho.¹³⁰

Tem-se o adicional de 2,5% (dois e meio por cento) para as instituições financeiras, criado pela Lei 7.787/1989. Sobre esse adicional, o STF decidiu no Recurso Extraordinário 599.309/SP¹³¹, tema 470, ser constitucional, inclusive, para períodos anteriores à EC 20/1998. Concluiu também que esta exação está fundada nos princípios da solidariedade, equidade e capacidade contributiva.

Outro assunto muito importante sobre a contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento é o SAT – Seguro de Acidente de Trabalho, que apresenta uma alíquota diferenciada.

¹³⁰ **RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ALÍQUOTA ADICIONAL DE 2,5% SOBRE A CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE NA FOLHA DE SALÁRIOS. § 2º DO ART. 3º DA LEI 7.787/1989. CONSTITUCIONALIDADE. EXAÇÃO FUNDADA NOS PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE, EQUIDADE E CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. POSTULADOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM A SEGURIDADE SOCIAL. APORTES ORIGINADOS DE DISTINTAS FONTES DE CUSTEIO. INEXIGIBILIDADE DE CONTRAPARTIDA. PODER JUDICIÁRIO. ATUAÇÃO COMO LEGISLADOR POSITIVO. IMPOSSIBILIDADE. I - É constitucional a alíquota adicional de 2,5% (dois e meio por cento), estabelecida pelo § 2º do art. 3º da Lei 7.787/1989, incidente sobre a folha de salários de bancos e entidades assemelhadas. II - É defeso ao Poder Judiciário atuar na condição anômala de legislador positivo, com base no princípio da isonomia, para suprimir ou equiparar alíquotas de tributos recolhidos pelas instituições financeiras em relação àquelas suportadas pelas demais pessoas jurídicas. III - Recurso extraordinário ao qual se nega provimento. (STF - RE: 599309 SP - SÃO PAULO, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 06/06/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-275 12-12-2019)**

¹³¹ STF. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 599.309/SP. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ALÍQUOTA ADICIONAL DE 2,5% SOBRE A CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE NA FOLHA DE SALÁRIOS. § 2º DO ART. 3º DA LEI 7.787/1989. CONSTITUCIONALIDADE. EXAÇÃO FUNDADA NOS PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE, EQUIDADE E CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. POSTULADOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM A SEGURIDADE SOCIAL. APORTES ORIGINADOS DE DISTINTAS FONTES DE CUSTEIO. INEXIGIBILIDADE DE CONTRAPARTIDA. PODER JUDICIÁRIO. ATUAÇÃO COMO LEGISLADOR POSITIVO. IMPOSSIBILIDADE.** Recorrente: Lloyds Bank Plc. Recorrido: União. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 6 jun. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341955746&ext=.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.

O SAT está previsto no art. 22, II, da Lei 8.212/91, e pode majorar a contribuição patronal em 1%, 2% ou 3%, estando diretamente ligado ao grau de risco das atividades desenvolvidas na empresa e o risco ambiental do trabalho.

O risco da atividade é definido pela atividade preponderante da empresa, que aqui se entende como aquela que tiver mais empregados. A própria empresa é a responsável pelo enquadramento da sua atividade preponderante, conforme disciplina o art. 202, § 3º, do Decreto nº 3.048/1999.

Balera e Mussi ensinam que: *“O seguro contra acidentes de trabalho é custeado por um adicional a cargo da empresa e do empregador doméstico, incidente sobre valores pagos ao segurado empregado, ao trabalhador avulso e empregado doméstico”*¹³².

Haverá a incidência de adicional de 1% para empresas em que a atividade preponderante, o risco seja considerado leve, de 2% quando for médio, e de 3% quando grave. Ou seja, é verificado em que grau essa empresa contribuinte concorre para que existam benefícios acidentários pagos pela previdência.

Também há a previsão do adicional de 0,8 % para o empregador doméstico em relação ao empregado doméstico a ele vinculado, conforme determina o art. 34, III da Lei complementar 150/2015.

Esse adicional é para financiar os benefícios previstos nos artigos 57 e 58 da Lei 8.213/1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho.

Além do SAT, existe o Fator de Acidente Previdenciário – FAP, que pode majorar ou reduzir o Seguro Acidente do Trabalho, conforme o investimento da empresa na prevenção de acidentes de trabalho, e está previsto no artigo 10, da Lei 10.666/2003.

O FAP pode dobrar (aumentar em 100%), ou reduzir pela metade (diminuir em 50%) o valor do SAT, em razão do desempenho da empresa em relação à respectiva

¹³² BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. **Seguridade Social, Regimes Previdenciários, Custeio, Processo Administrativo e Benefícios em Espécie**. 12. ed. Curitiba, Juruá, 2021. Ebook, p. 182.

atividade econômica, de acordo com os resultados obtidos a partir dos índices de frequência, gravidade e custo.

Wagner Balera e Cristiane Mussi tratam do tema, nos termos que segue:

Com a publicação do Decreto 6.042, de 12.02.2007, foi alterado significativamente o sistema de pagamento do Seguro Acidente do Trabalho – SAT, cujo valor passa ser determinado pelo número de acidentes de doenças que acometem mais frequentemente a categoria econômica e a empresa.

Com essa alteração, a Previdência Social passou a redefinir a tributação para fins de custeio do seguro-acidente do trabalho, mediante operacionalização do Fator Acidentário de Prevenção – FAP, que reduz em até 50% e amplia em até 100% os tributos. Utilizando os novos critérios, há a readequação das alíquotas em conformidade com o grau de risco, por seguimento econômico¹³³.

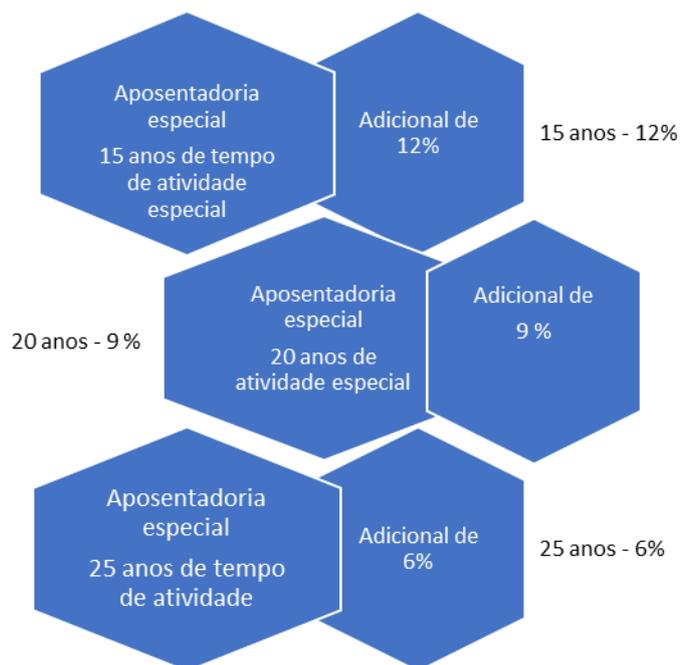
O pagamento do FAP é independente do SAT, conquanto seja calculado a partir do valor deste último.

Contudo, em empresas em que tenham mortes ou invalidez permanente, decorrentes de acidente de trabalho, está vedada a redução pelo FAP, a não ser que, efetivamente, reste comprovado o investimento na área de segurança do trabalho, conforme determina a resolução nº 1.308/2009, do Conselho Nacional da Previdência Social.

Por fim, cumpre tratar também sobre o Adicional de SAT, que é diferente do FAP. Este incide, especificamente, sobre a remuneração do segurado, sujeito às condições especiais que prejudiquem sua saúde ou a sua integridade física, e é destinado, exclusivamente, para o custeio da aposentadoria especial.

Esse adicional acrescerá as alíquotas do art. 22, II, da Lei 8.212/1991 (SAT) em 12%, 9% ou 6%, conforme o tempo de atividade especial exigido para a concessão da aposentadoria especial, conforme gráfico a seguir:

¹³³ BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. **Seguridade Social, Regimes Previdenciários, Custeio, Processo Administrativo e Benefícios em Espécie**. 12. ed. Curitiba, Juruá, 2021. Ebook, p. 188.



Cabe ressaltar que esse adicional de SAT não será devido quando a empresa fornecer EPIs (Equipamentos de Proteção Individual) ou adotar medidas de proteção coletiva, desde que, de fato, impeça a concessão de aposentadoria especial.

Observa-se, portanto, que ao majorar ou reduzir o valor pago, de acordo com o investimento em segurança do trabalho, e conforme a ocorrência de acidentes de trabalho ou mortes, a empresa acaba por preservar a vida, a saúde e a integridade física dos trabalhadores que prestam serviços para ela. Assim, promovendo o custeio do sistema e atuando diretamente na esfera pessoal do trabalhador.

5 CONCLUSÃO

A contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento, prevista no art. 195, I da Constituição Federal de 1988, tem diversas nuances e alcances, tendo sido abordada com o recorte temático do critério quantitativo da hipótese de incidência, sobre a base de cálculo e a alíquota.

A definição da base de cálculo, conquanto definida constitucional e legalmente, deixa margem para a discussão sobre o que é a folha de pagamento. Conforme visto,

compõem a folha de pagamento as remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, exceto as de caráter indenizatório.

Muito se debate nas cortes supremas sobre o caráter indenizatório de determinadas rubricas das folhas de pagamento, para assim determinar como é composta, efetivamente, a folha de pagamento, que é a base de cálculo do tributo em tela.

Houve menção, ainda, sobre as alíquotas dessa contribuição, que, em regra, é 20% sobre a folha de pagamento (base de cálculo), mas que pode ser majorada em alguns casos, como instituições financeiras, no SAT e no FAP.

Quando se fala em SAT e FAP, é tratado sobre risco de acidente de trabalho e em segurança do trabalho. Apesar de ser uma incidência financeira que o empregador tem que pagar, é um investimento na qualidade de vida e trabalho das pessoas físicas que exerçam atividades para a empresa contribuinte.

Do mesmo modo que há o custeio do sistema previdenciário e de aposentadorias especiais e benefícios acidentários, há o incentivo à proteção da vida, à saúde e à integridade física do trabalhador.

Assim, resta claro que, além de promover a paz social, por meio do custeio do sistema de seguridade, a alíquota diferenciada e adicionais, em virtude dos riscos da atividade e incidência de acidente de trabalho ou morte, incentivam as empresas contribuintes a zelar por ambiente laboral saudável, preservando as pessoas físicas que para ela trabalham.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6. ed. 18ª tir. São Paulo: Malheiros, 2019.

BALERA, Wagner. A Reforma do Custeio Previdenciário e a Atual Política de Desoneração da Folha de Salários. In: Paulsen, Leandro; CARDOSO, Alessandro Mendes. **Contribuições Previdenciárias sobre a Remuneração**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Kindle.

BALERA, Wagner. Contribuições Sobre a Folha de Salários (Remunerações que Compõem sua Base de Cálculo). **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**. Belo Horizonte, Ano 2, n. 10, jul./ago. 2004. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=13794>. Acesso em: 15 set. 2020.

BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. **Seguridade Social, Regimes Previdenciários, Custeio, Processo Administrativo e Benefícios em Espécie**. 12. ed. Curitiba, Juruá, 2021. Ebook.

BALEIRO, Aliomar. **Direito Tributário brasileiro**. 11. ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro, Forense, 2000.

BORSIO, Marcelo. **Processo Previdenciário Administrativo Fiscal e Judicial das Contribuições Previdenciárias**. Salvador: JusPodivm, 2015.

HORVATH JUNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 12. ed. São Paulo: Rideel, 2020.

HORVATH JÚNIOR, M.; TOTOLLO, A.; SIMONATO, G. L. Custeio da Aposentadoria Especial e o Uso do EPI. **Juris Plenum Previdenciária**. Caxias do Sul, Ano VIII, n. 30 (mai. 2020).

MACHADO, Hugo de Brito. **As Novas Contribuições de Previdência**. Livro de domínio Público. Ebook Kindle.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário Esquematizado**. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SILVA, Roberta Soares da. *A Concreção eficaz do princípio da contrapartida no sistema de seguridade social: uma proposta de orçamento*. Tese (Doutorado em Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

SILVA, Roberta Soares da. **Direito social – aposentadoria**. São Paulo: LTr, 2009.

LA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA AZIENDALE: PROSPETTIVE

NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE EMPRESAS: PERSPECTIVAS

Dario Calderara¹³⁴

ABSTRACT: Il presente saggio affronta l'evoluzione della contrattazione collettiva di secondo livello, in particolare della contrattazione aziendale, in seguito al decreto-legge n. 138 del 2011, convertito nella legge n. 148 del 2011, passando per il T. U. sulla rappresentanza del 2014 e successivamente all'introduzione del cd. Jobs Act. L'obiettivo principale del presente contributo è quello di esaminare gli spazi della contrattazione collettiva di secondo livello nelle relazioni industriali.

PAROLE CHIAVE: contrattazione aziendale; deroga; delega; relazioni industriali.

RIEPILOGO: 1 La progressiva aziendalizzazione del diritto del lavoro e delle relazioni industriali 1.1 La contrattazione aziendale dal Protocollo 1993 al d. l. 138/2011. 1.2 Giungendo al sistema delle deroghe delineato dal Testo Unico 2014. 2 Le deroghe ai contratti collettivi nazionali e alla legge. 2.1 Il rispetto degli obblighi sulla disciplina derogatoria. 2.2 Le condizioni per avvalersi della facoltà di deroga. 2.3 Le differenze funzionali tra delega e la deroga. 3 Gli spazi della contrattazione di secondo livello dopo i decreti attuativi del *Jobs Act*. 3.1 Attualità ed "inattualità" della contrattazione in deroga nel nuovo quadro normativo. 3.2 Il "sostanziale superamento" dell'art. 8 d. l. 138/2011. 3.3 Il riemergere della funzione acquisitiva della contrattazione di secondo livello. 3.3.1 Le prime ipotesi di accordi derogatori post *Jobs Act*. 3.3.1.1 Gli Accordi Novartis. 3.3.1.2 L'Accordo Trelleborg (2015). 3.3.1.3 L'Accordo Aferpi (ex Lucchini). 3.3.1.4 Il protocollo del Comune di Bologna. 4 Conclusioni. Bibliografia.

RESUMO: Este ensaio trata da evolução da negociação coletiva de segundo nível, em particular da negociação de empresas, na sequência do decreto-lei nº. 138, de 2011, convertida na lei nº. 148 de 2011, passando pela Lei Consolidada de Representação em 2014 e após a introdução da chamada *Jobs Act*. O principal objetivo desta contribuição é examinar os espaços de negociação coletiva de segundo nível nas relações laborais.

PALAVRAS-CHAVE: negociação de empresas - derrogação - delegação - relações laborais.

SUMÁRIO: 1 A corporatização progressiva do direito do trabalho e das relações laborais. 1.1 Negociação da empresa do Protocolo de 1993 a d. l. 138/2011. 1.2 Acesso ao sistema de exceções previsto na Lei Consolidada de 2014. 2 Exceções aos acordos coletivos nacionais e à lei. 2.1 Conformidade com as obrigações da disciplina derogatória. 2.2 As condições de utilização da opção de dispensa. 2.3 A função diferente entre delegação e derrogação. 3 Espaços para negociação de segundo nível após os decretos de implementação do *Jobs Act*. 3.1 Atualidade e negociação "desatualizada" em derrogação no novo quadro regulamentar. 3.2 A "superação substancial" do art. 8 d. l. 138/2011. 3.3 O ressurgimento da função aquisitiva da negociação de segundo nível. 3.3.1 As primeiras hipóteses de acordos de isenção pós-*Jobs Act*. 3.3.1.1 O Acordo Novartis. 3.3.1.2 O Acordo da Trelleborg (2015). 3.3.1.3 O Acordo Aferpi (anteriormente Lucchini). 3.3.1.4 O protocolo do Município de Bolonha. 4. Conclusões. Bibliografia.

Artigo enviado em 16/06/2021

Artigo aprovado em 25/08/2021

¹³⁴Dottorato di Ricerca, PhD in "Autonomia privata, impresa, lavoro e tutela dei diritti nella prospettiva europea ed internazionale" - Curriculum di Diritto del Lavoro presso l'Università La Sapienza di Roma con una tesi dal titolo "I rapporti di lavoro nel contratto di rete". Docente della Università La Sapienza.

1 LA PROGRESSIVA AZIENDALIZZAZIONE DEL DIRITTO DEL LAVORO E DELLE RELAZIONI INDUSTRIALI

L'aziendalizzazione del sistema giuridico dei rapporti di lavoro e delle relazioni industriali è un sintomo del diritto c.d. *post-moderno*, che valuta la problematicità dell'impatto delle nuove regole, negoziali e legislative, sul nostro sistema delle fonti del diritto.

Da qualche tempo vi è consenso unanime sul fatto che l'internazionalizzazione dei mercati e della concorrenza abbia messo in crisi le tradizionali "comunità di riferimento"¹³⁵ del diritto ed, in particolare, il sistema delle relazioni industriali di categoria o intercategoriale, per il diritto del lavoro¹³⁶. Tutto questo si riflette, in modo esplicito, nel sistema giuridico attraverso la crisi della funzione regolativa uniforme¹³⁷ dei rapporti sociali ed, in particolare, sul contratto collettivo di categoria¹³⁸, impedendo la coesione sociale e disgregando la comunità di riferimento.

Il decentramento normativo¹³⁹ muove da eventi centrifughi rispetto alla fonte contrattuale, per cui si può certamente sostenere che anche il processo di decentramento delle relazioni industriali è sempre accompagnato da riforme della tecnica normativa nei sistemi giuridici nazionali¹⁴⁰. Nell'attuale legislazione italiana, incentrata ormai sulla flessibilità, le competenze normative non sono più attribuite infatti solo al contratto nazionale, ma anche ai contratti aziendali o territoriali.

Un'autorevole dottrina ha sostenuto che "l'aziendalizzazione è la teoria del decentramento normativo come derogabilità della norma generale al livello aziendale"¹⁴¹. È importante però non considerare l'aziendalizzazione soltanto come la valorizzazione del contratto aziendale, ma analizzarla in un'ottica più estesa dove la

¹³⁵E. Ales, *Dal caso Fiat al "caso Italia". Il diritto del lavoro "di prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in DRI, n. 4, 2011, pp. 1063 e ss.

¹³⁶R. De Luca Tamajo, *Riforme (im)possibili del diritto sindacale*, in DLM, n. 1, 2011, pp. 1 e ss.

¹³⁷U. Romagnoli, *Dalla cancellazione dell'art. 8 alla ricostruzione del diritto del lavoro*, in www.dirittisocialiecittadinanza.org, 2011, pp. 1 e ss.

¹³⁸S. Sciarra, *Uno sguardo oltre la Fiat. Aspetti nazionali e transnazionali nella contrattazione collettiva della crisi*, in RIDL, 2011, 2, p. 178.

¹³⁹P. Sandulli, *Il nuovo sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, in MGL, 2012, n. 3, pp. 150 e ss.

¹⁴⁰T. Treu, *Come evolvono le relazioni industriali*, in M. Mascini, (a cura di), *L'annuario del lavoro*, 2011, Roma, Edizioni il Diario del Lavoro, pp. 209 e ss.

¹⁴¹V. Bavaro, *L'aziendalizzazione del sistema contrattuale italiano*, in www.dirittisocialiecittadinanza.org, 2012, pp. 1 e ss.

contrattazione aziendale non è più acquisitiva, bensì concessiva¹⁴².

L'evento dell'aziendalizzazione è altresì ambivalente, è specializzazione normativo-organizzativa e, al tempo stesso, fenomeno di deroghe peggiorative ai diritti derivanti dai contratti collettivi e legali e finanche fenomeno di concorrenza tra imprese con relativo *dumping* sociale.

Possiamo tracciare un'iperbole piuttosto chiara che è cominciata con l'Accordo Quadro 2009, seguito dall'Accordo Interconfederale dello stesso anno, per continuare con l'Accordo Interconfederale 2011 e l'art. 8 della l. n. 148/2011, il Protocollo d'Intesa 2013 cui è succeduto il Testo Unico sulla Rappresentanza 2014.

1.1 La contrattazione aziendale dal Protocollo 1993 al d. l. 138/2011

Iniziando la nostra analisi da Protocollo ed Accordo del 1993¹⁴³, possiamo evincere il graduale mutamento di rotta che si è verificato nell'arco degli ultimi venti anni, trovando riscontro in un evidente depotenziamento del principio di inderogabilità. I due testi del '93 presentano una valorizzazione della contrattazione di secondo livello, senza prevedere alcuna clausola di apertura, o deroga esplicita.

Essi hanno un richiamo alla valorizzazione della contrattazione di secondo livello, sottolineando che essa riguarda materie e istituti diversi, e non ripetitivi, rispetto a quelli retributivi propri della contrattazione collettiva nazionale. Non mancano, infatti, elementi di timida valorizzazione del livello decentrato, al quale non viene più attribuito un carattere solo "integrativo", bensì una funzione ispirata all'idea di "sussidiarietà" in senso lato¹⁴⁴. In base ai nuovi principi, il rapporto tra i livelli si presenta, per un verso, sì di tipo gerarchico ma, soprattutto per l'altro, funzionale in quanto il piano decentrato ha ormai una propria specializzazione¹⁴⁵.

Il passo successivo, ancora adesso in atto, è un vero e proprio processo di destrutturazione delle regole, inizialmente poste a garanzia dell'effettività delle tutele legali, che oggi invece sono utilizzate per una ri-regolamentazione del lavoro flessibile,

¹⁴² P. Tomassetti, *Sindacato e contrattazione aziendale concessiva: una ricerca empirica*, in DRI., 2015, n. 1, pp. 183 e ss.

¹⁴³ G. Ferraro, *La riforma del sistema contrattuale*, in RIDL, 2008, n. 1, pp. 31 e ss.

¹⁴⁴ T. Treu, *L'Accordo del 23 luglio 1993: assetto contrattuale e struttura della retribuzione*, in RGL, 1993, n. 1, pp. 216 e ss.

¹⁴⁵ G. Giugni, *Diritto Sindacale*, Cacucci Editore, Bari, 2014, pp. 156 e ss.

attraverso una serie massiccia di rinvii e deroghe¹⁴⁶.

Il primo *step* che ha iniziato a “modernizzare” il nostro sistema giuslavoristico è stata la firma dell’Accordo Quadro 2009, successivamente tradotto nell’Accordo Interconfederale 2009¹⁴⁷, che consente la derogabilità in *pejus* della normativa del Ccnl da parte di quella di secondo livello, seppure in presenza di alcune condizioni e limiti. La struttura contrattuale trova quindi un nuovo sfogo nelle c.d. clausole di uscita o apertura (*opting out*) che possono essere contenute nel Ccnl¹⁴⁸.

Viene così codificata la possibilità di sottoscrivere, in casi di crisi o per favorire lo sviluppo economico o occupazionale, specifiche intese che possono stabilire procedure per derogare, in tutto o in parte, il contratto collettivo nazionale sia in istituti economici che normativi, anche in via sperimentale e temporanea.

È interessante sottolineare come una norma¹⁴⁹ dell’A. I. 2009, assente invece nell’A. Q.¹⁵⁰, stabilisca che le intese sottoscritte a livello decentrato devono essere preventivamente approvate dalle parti stipulanti i Ccnl della categoria interessata¹⁵¹, consentendo alle federazioni di categoria un controllo diretto sul contenuto.

Dopo la parentesi dell’A. I. 2009, non sottoscritto dalla CGIL, intervengono altri due testi fondamentali nell’ambito derogatorio, uno di origine pattizia (l’Accordo Interconfederale del 2011) e l’altro legislativo (l’art. 8 del d. l. n. 138/2011, successivamente convertito nella legge n. 148/2011). Le clausole dell’A. I. 2009 non sono richiamate dall’intesa del 28 giugno 2011 e possiamo catalogare l’evoluzione avvenuta come una vera e propria rivoluzione dell’intero sistema delle fonti regolative della disciplina applicabile ai rapporti individuali di lavoro¹⁵². Si tratta di un brusco cambio di marcia in grado di rivoltare fino in fondo i precari equilibri tra legge e

¹⁴⁶ C. Zoli, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in GDLRI, 2004, n. 3, pp. 359 e ss.

¹⁴⁷ V. Ferrante, *L’accordo Interconfederale dell’aprile 2009 di riforma del sistema di contrattazione collettiva*, in ADL, 2009, n. 3, pp. 1021 e ss.

¹⁴⁸ R. Pessi, *Prospettive evolutive delle relazioni industriali in Italia: la riforma degli assetti contrattuali*, in DRI, 2009, n. 2, p. 328.

¹⁴⁹ Clausola 5.1 dell’A. I. 2009.

¹⁵⁰ F. Carinci, *Una dichiarazione d’intenti: l’Accordo Quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, in RIDL, 2009, n. 1, pp. 179 e ss.

¹⁵¹ M. Ricci, *L’Accordo Quadro e l’Accordo Interconfederale del 2009: contenuti, criticità e modelli di relazioni industriali*, in RIDL, 2009, n. 3, pp. 366 e ss.

¹⁵² M. Persiani, *Osservazioni estemporanee dell’Accordo Interconfederale 2011*, in ADL, 2011, n. 2, pp. 451 e ss.

contrattazione collettiva¹⁵³ e, metaforicamente parlando, la prova documentale di tutto ciò risiede nella clausola 7) dell'A. I. 2011 in cui viene prevista la possibilità, tramite i contratti aziendali, di definire specifiche intese modificative delle regolamentazioni dei Ccnl¹⁵⁴.

Il sistema contrattuale prefigurato nell'accordo del 28 giugno 2011 sostanzialmente non stravolge la struttura contrattuale disegnata dalle precedenti intese, anzi si colloca in una linea di continuità con esse. La clausola 7) promuove una nuova fase di evoluzione della contrattazione, a carattere innovativo, tramite cui lo stesso contratto nazionale regola i processi di adattamento e di costituzione di nuovi modelli regolativi a livello aziendale¹⁵⁵. Essa prevede la possibilità per la contrattazione aziendale di attivare strumenti di decentramento contrattuale funzionali all'adeguamento di alcuni istituti del contratto nazionale¹⁵⁶. Tramite tale procedura si pongono in essere accordi aziendali in deroga¹⁵⁷ al contratto nazionale e le materie, argomento delle intese modificative, sono oggetto del vaglio degli agenti che hanno sottoscritto il contratto collettivo di lavoro. Il regime delle intese modificative a livello aziendale e della regolamentazione contenuta nei contratti nazionali deve essere analizzato sotto due punti di vista: quello della disciplina a regime, disposta nella prima parte della clausola 7) e quello della disciplina transitoria, contenuta nella seconda parte della clausola¹⁵⁸. La disciplina a regime prevede la possibilità per i contratti aziendali di modificare, anche in *pejus*, le regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali, anche in via temporanea e sperimentale, a patto che vengono rispettati dei vincoli sostanziali e procedurali previsti negli stessi contratti nazionali¹⁵⁹. La seconda parte della clausola 7) prevede in via transitoria che, ove non ci sia la copertura del Ccnl o quest'ultimo sia in fase di rinnovo, sono ammesse intese modificative solo in situazioni di crisi o in presenza di nuovi investimenti, limitatamente alla prestazione lavorativa, orari e

¹⁵³ F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in ADL, 2011, n. 4, pp. 1137 e ss.

¹⁵⁴ C. Romeo, *Il processo di "aziendalizzazione" della contrattazione collettiva: tra prossimità e crisi di rappresentatività sindacale*, in ADL, 2014, n. 4-5, pp. 860 e ss.

¹⁵⁵ L. Mariucci, *Un accordo necessario, da attuare e non stravolgere*, in QRS, 2011, n. 3, pp. 22 e ss.

¹⁵⁶ L. Battista, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: spunti per una riflessione*, in MGL, 2011, n. 8-9, pp. 578 e ss.

¹⁵⁷ G. Satariale, *Prove di buone pratiche tra gli autori sociali*, in QRS, 2011, n. 3, pp. 15 e ss.

¹⁵⁸ G. Santoro-Passarelli, *Op. cit.*, pp. 1301 e ss.; D. Mezzacapo, *La contrattazione collettiva, in Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale: pubblico e privato (a cura di G. Santoro Passarelli)*, UTET, Roma, 2013, pp. 1382 e ss.

¹⁵⁹ T. Treu, *L'accordo interconfederale del 28.6.2011*, in *Aa. Vv., Il libro dell'anno del diritto 2012*, Roma, Enciclopedia italiana Treccani, pp. 497 e ss.

organizzazione di lavoro. In questo caso specifico, per far sì che le intese modificative siano valide, esse devono essere sottoscritte dalle rappresentanze sindacali operanti in azienda, d'intesa con le organizzazioni sindacali territoriali di categoria firmatarie dell'A. I.. Viene quindi meno il filtro "a monte", costituito dal rinvio da parte del contratto nazionale mentre opera la diversa forma di controllo "a valle", costituita dall'approvazione d'intesa da parte delle organizzazioni territoriali espressione delle confederazioni firmatarie¹⁶⁰.

Nell'agosto 2011 è intervenuto il legislatore, prima d'urgenza poi con la conversione, rafforzando ulteriormente il contratto di secondo livello¹⁶¹ e concedendo ad esso il potere di regolamentare una notevole quantità di materie, senza aver bisogno di una specifica delega da parte della contrattazione collettiva nazionale¹⁶². La disposizione in argomento legittima la sottoscrizione di contratti collettivi aziendali o territoriali idonei a realizzare specifiche intese, dirette al raggiungimento di determinate finalità e riguardo a peculiari materie, che operino, anche in deroga peggiorativa, delle disposizioni di legge e delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro¹⁶³.

A ben guardare, gli aspetti di portata derogatoria dell'art. 8 della l. n. 148/2011 sono più invasivi ed incisivi rispetto a quelli dell'A. I. 2011. Questo sistema rischia di essere aggirato con l'aggiunta della postilla del 21 settembre 2011, in cui le parti sociali dichiarano di prendere le distanze dall'art. 8, intendendo utilizzare solo gli strumenti contenuti nell'accordo del 28 giugno 2011.

Nel maggio 2013 viene sottoscritto il Protocollo d'Intesa¹⁶⁴, diretto a dare applicazione all'A. I. 2011 e a regolamentare il sistema binario della rappresentanza e della rappresentatività sindacale¹⁶⁵, con specifiche clausole sull'efficacia, sull'esercizio e sulla titolarità della contrattazione collettiva. Bisogna osservare che l'Accordo del

¹⁶⁰ G. Santoro-Passarelli, *Op. cit.*, pp. 1301 e ss.; D. Mezzacapo, *Op. cit.*, pp. 1382 e ss.

¹⁶¹ M. Tiraboschi, *Il via libera della Corte Costituzionale alla contrattazione di prossimità*, in GLAV, ottobre 2012, n. 41, pp. 12 e ss.

¹⁶² R. De Luca Tamajo, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro, ieri e oggi*, in **Relazione alle giornate di studio dell'AIDLASS**, Bologna, 16-17 maggio 2013, pp. 1 e ss.

¹⁶³ V. Maio, *Struttura e articolazione della contrattazione collettiva*, Cedam, Padova, 2013, pp. 85 e ss.

¹⁶⁴ Si vd. A. Maresca, *Il contratto collettivo nazionale di categoria dopo il Protocollo d'Intesa del 31 maggio 2013*, in RIDL, 2013, n. 3, pp. 707 e ss.; A. Viscomi, *Prime note sul Protocollo 31 maggio 2013*, in RIDL, 2013, n. 3, pp. 749 e ss.

¹⁶⁵ F. Carinci, *Adelante Pedro, con juicio: dall'accordo interconfederale 28 giugno 2011 al Protocollo d'intesa 31 maggio 2013 (passando per la riformulazione "costituzionale" dell'articolo 19, lettera b, St.)*, in DRI, 2013, n. 3, pp. 598 e ss.

2013 è privo di riferimento alla precedente regola di cui all'art. 8 della l. n. 148/2011 e di cui alla clausola 7) dell'A. I. 2011.

1.2 Giungendo al sistema delle deroghe delineato dal Testo Unico 2014

Sotto il profilo cronologico, la nostra ricostruzione culmina nel 2014 con la stesura di un Testo Unico sulla rappresentanza sindacale, nazionale e aziendale nell'ambito del settore privato e industriale. Il termine Testo Unico richiama quello usato per indicare un complesso di testi che si sono succeduti nel tempo su una stessa materia.

Nella terza parte è trasposta, quasi alla lettera rispetto all' A. I. 2011, la disciplina della contrattazione collettiva, articolata su un contratto nazionale di lavoro ed un contratto aziendale competente per le materie delegate ad esso dal medesimo contratto collettivo nazionale o dalla legge¹⁶⁶. Il T. U. 2014, perciò, riprende e sviluppa quanto già previsto, per il contratto aziendale dall'A. I. 2011, ma con scelte più ponderate, un rapporto controllato e, a certe condizioni, di deroga nei rapporti tra livello nazionale e aziendale¹⁶⁷.

Nel T. U. 2014 le parti hanno portato a termine una scelta analoga a quella compiuta nel 2011 nel momento in cui si era deciso di affermare la derogabilità del contratto nazionale ad opera di quello aziendale¹⁶⁸. Ribadendo ora quanto riportato all'interno della clausola 7) dell'A. I. 2011, proprio il T. U. 2014 consente al contratto aziendale di modificare, anche in *pejus*, la disciplina del contratto collettivo nazionale relativamente a “prestazione lavorativa, a orari e a organizzazione del lavoro”, anche definitivamente, “in presenza di investimenti significativi per favorire lo sviluppo economico e occupazionale dell'impresa”¹⁶⁹.

Quanto sinora osservato ci porta a sottolineare come la vicenda della contrattazione aziendale, ad oggi, sia in parallelo segnata da una duplice disciplina:

¹⁶⁶ F. Carinci, *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale (dal titolo III dello Statuto dei lavoratori al Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014)*, in RIDL, 2014, n. 2, pp. 355 e ss.

¹⁶⁷ F. Scarpelli, *Il Testo Unico sulla rappresentanza tra relazioni industriali e diritto*, in DRI, 2014, n. 3, pp. 687 e ss.

¹⁶⁸ F. Liso, *Alcune osservazioni a proposito dell'accordo del 10 gennaio 2014*, in RGL, 2014, n. 3, pp. 642 e ss.

¹⁶⁹ A. Maresca, *L'esigibilità del contratto collettivo nazionale: enigma od opportunità praticabile?*, in GDLRI, 2014, n. 143, pp. 563 e ss.

quella legale *ex art. 8* della legge n. 148/2011 e quella negoziale nel T. U. 2014, quasi due binari che debbano sorreggere il treno della modernità sindacale.

2 LE DEROGHE AI CONTRATTI COLLETTIVI NAZIONALI E ALLA LEGGE

La novità di maggior spessore introdotta dall'art. 8 consiste nell'abilitare il contratto aziendale e il contratto territoriale a derogare, in *pejus*, non solo ai contratti nazionali, ma anche alle norme di legge¹⁷⁰. Le ipotesi previgenti di rinvio alla contrattazione da parte della legge erano contenute nell'oggetto e nelle modalità di deroga. Nei contratti di prossimità molto meno incisivi sono quei vincoli, visto che il legislatore sembra lasciare all'interprete il compito di delimitazione del potere derogatorio attribuito all'autonomia collettiva.

L'efficacia derogatoria, di cui sono portatrici le specifiche intese *ex art. 8*, è molto più incisiva di quella prevista dall'A. I. 2011 perché essa agisce non solo in virtù delle regolamentazioni dei contratti nazionali¹⁷¹, ma opera anche con riferimento a norme di legge, altrimenti inderogabili. L'art. 8 demanda all'autonomia privata collettiva il compito di sottoscrivere specifiche intese efficaci *erga omnes* ed abilitate a derogare la legge e le relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro¹⁷². Le materie in cui può essere esercitata la contrattazione di prossimità sono molto ampie in generale riguardano l'organizzazione del lavoro e la produzione¹⁷³. Nell'A. I. 2011 le materie sulle quali poteva esercitarsi la deroga erano fissate dai Ccnl o dalla legge, a "titolo derivato", mentre ora sono stabilite esclusivamente dalla legge, "a titolo originario".

2.1 Il rispetto degli obblighi sulla disciplina derogatoria

La contrattazione di prossimità deve rispettare alcune condizioni per poter essere

¹⁷⁰ G. Santoro-Passarelli, *Op. cit.*, pp. 1287 e ss.

¹⁷¹ P. Tosi, *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: verso una (nuova) autoricomposizione del sistema contrattuale*, in ADL, 2011, n. 6, pp. 1218 e ss.

¹⁷² M. Marazza, *La contrattazione di prossimità nell'art. 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, in DRI, 2012, n. 1, pp. 42 e ss.

¹⁷³ A. Perulli, V. Speziale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del Lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2011, n. 132, p. 43.

utilizzata ed esprimere la sua efficacia. Innanzitutto, i contratti collettivi¹⁷⁴ presi in considerazione sono soltanto quelli aziendali e/o territoriali ed i soggetti abilitati alla stipula sono le associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e territoriale, oppure le loro rappresentanze sindacali operanti in azienda.

Le associazioni sono abilitate a stipulare sia contratti collettivi territoriali che aziendali, mentre le rappresentanze sindacali aziendali possono concludere soltanto accordi¹⁷⁵. Tali soggetti sindacali sono abilitati a predisporre intese con efficacia *erga omnes* a patto che vengano sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali. Tanto il contratto aziendale quanto quello territoriale, quindi, si applicano a tutti i lavoratori di una determinata azienda se i soggetti stipulanti, siano essi sindacati esterni o organismi aziendali, rappresentano la maggioranza dei lavoratori in forza.

Per il legislatore quello che conta è il rispetto di un criterio maggioritario riferito all'ambito aziendale ed, inoltre, la stipula delle specifiche intese modificative deve rispettare i c.d. "vincoli di scopo"¹⁷⁶, rispondendo alle finalità indicate dalla legge, quali -<<maggiore occupazione, qualità dei contratti, adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, emersione del lavoro irregolare, incrementi di competitività e di salario, gestione delle crisi in azienda, investimenti e avvio di nuove attività>>¹⁷⁷. I contratti collettivi di prossimità devono, infine, riguardare le materie previste dalla legge a titolo originario. Potremmo considerare il comma 2 dell'art. 8, visto che l'articolo stesso fa riferimento ad un elenco ampio ed eterogeneo, come una clausola *omnibus*¹⁷⁸, ad esempio in ragione del fatto che semplicemente l'indicazione "disciplina del rapporto" già di per sé è comprensiva dell'intero settore centrale del diritto del lavoro. La sentenza della Corte Costituzionale n. 221 del 4 ottobre 2012, ha stabilito che l'elenco¹⁷⁹ delle materie inserite nell'art. 8 comma 2 ha carattere tassativo, come si desume sia dall'espressione utilizzata dal legislatore "con riferimento", sia dall'art. 8 comma 2 *bis*.

¹⁷⁴ A. Vallebona, *Contratti collettivi e divisione sindacale*, in MGL, 2011, n. 6, pp. 580 e ss.

¹⁷⁵ F. Carinci, *Op. cit.*, pp. 1159 e ss.

¹⁷⁶ A. Perulli, V. Speciale, *Op. cit.*, pp. 41 e ss.

¹⁷⁷ S. Canali De Rossi, *Contratti di prossimità: disciplina e novità legislative*, in DPL, 2012, n. 2, pp. 93 e ss.

¹⁷⁸ F. Carinci, *Op. cit.*, pp. 1172 e ss.

¹⁷⁹ L. Fassina, *Costituzione e articolo 8 della legge n. 148/2011: il fascino "indiscreto" di una norma irragionevole*, in RGL, 2013, n. 3, pp. 617 e ss.

2.2 Le condizioni per avvalersi della facoltà di deroga

La deroga in *pejus* alle disposizioni di legge e dei contratti collettivi nazionali deve essere effettuata rispettando determinati limiti e condizioni.

I limiti connessi all'utilizzo della facoltà di deroga sono di due tipi: i primi intrinseci alla norma (c.d. "interni"), poc'anzi verificati, i secondi, che vanno ricavati dagli operatori del diritto, perché indicati nelle norme costituzionali, comunitarie ed internazionali¹⁸⁰ (c.d. "esterni")¹⁸¹. Appare interessante sottolineare la diversità terminologica, orientata a far risaltare la prevalenza della Costituzione sulle altre fonti citate nel comma 2 *bis*. Il legislatore ha voluto evidenziare come la Carta Fondamentale non contenga "vincoli", ma principi meritevoli di essere "rispettati"¹⁸². La disposizione in esame esprime una contraddizione logico-giuridica insanabile, visto che autorizza una deroga generalizzata alla legge, rispettando i principi costituzionali ed apre un panorama di totale incertezza giuridica, segnalatrice dell'insicurezza sia dei lavoratori che delle imprese¹⁸³. In tutti i casi, ove sarà necessario considerare i vincoli dalla Costituzione o dalle norme europee, ci saranno notevoli incertezze nel valutare, se e come, queste limitazioni debbano essere rispettate¹⁸⁴. Visto che la contrattazione di prossimità non può superare anche le convenzioni internazionali, per quanto non sia precisato se il riferimento è valido solo per le convenzioni sul lavoro o a tutte le convenzioni ILO, sono ipotizzabili una serie di limitazioni che potrebbero condizionare la contrattazione in modo inatteso. Il rispetto di tali limiti da parte della contrattazione collettiva di secondo livello non esclude però la possibilità di consistenti peggioramenti degli *standard* di tutela previsti dalle normative legali vigenti.

2.3 La differenza funzione tra delega e la deroga

La clausola 3) dell'A. I. 2011 afferma un principio di sovra-ordinazione del

¹⁸⁰ M. Keune, *Clausole di deroga sui salari nei contratti collettivi settoriali in sette paesi europei*, in Eurofound, Dublino, 2011, pp. 1 e ss.

¹⁸¹ R. Pessi, *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, in DRI, 2012, n. 1, pp. 62 e ss.

¹⁸² A. Tampieri, *Considerazioni sull'effettività dell'art. 8. co. 2 bis, della legge n. 148/2011*, in MGL, 2012, n. 5, pp. 334 e ss.

¹⁸³ A. Perulli, V. Speciale, *Op. cit.*, pp. 50 e ss.

¹⁸⁴ O. Bonardi, *Di decreto in decreto, di manovra in manovra: come il governo mette le mani nelle tasche e sui diritti dei lavoratori*, in Note Informative, www.cgil.it, 2011, n. 54, pp. 1 e ss.

contratto nazionale, affermando che “la contrattazione collettiva aziendale si esercita per le materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria o dalla legge”. Questo assume un valore di regola fondamentale del sistema di contrattazione e riafferma, implicitamente, un principio di gerarchia delle fonti contrattuali¹⁸⁵, valutando le aperture ad una contrattazione derogatoria a livello aziendale come eccezioni¹⁸⁶ a questa regola. Il contratto aziendale si muove nell’alveo dei “demandi”¹⁸⁷ della contrattazione nazionale.

La clausola 7), come analizzato precedentemente, contiene invece la disciplina delle deroghe in *pejus* che il contratto aziendale può apporre al contratto nazionale, sia a regime che nella fase transitoria.

A questo punto resta da chiarire la differenza tra deroga e delega. La delega presuppone che la materia non sia regolata dal contratto nazionale o dalla legge, ma dal contratto aziendale, perciò usualmente sia la legge che il contratto nazionale si limitano a indicare l’oggetto della delega con al più i criteri direttivi. La deroga, invece, contenuta nel contratto aziendale sottende che la materia sia regolata, già, diversamente dal contratto nazionale¹⁸⁸.

Per quanto di sopra, quindi, si può concludere che, mentre nell’A. I. 2011 il contratto aziendale poteva regolare materie ad esso delegate dal contratto nazionale e dalla legge con facoltà di derogare solo alle clausole del contratto nazionale, l’art. 8 abilita il contratto aziendale a introdurre deroghe al contratto nazionale¹⁸⁹ ed a norme anche inderogabili di legge.

3 GLI SPAZI DELLA CONTRATTAZIONE DI SECONDO LIVELLO DOPO I DECRETI ATTUATIVI DEL *JOBS ACT*

Appare interessante evidenziare ed analizzare come la stragrande maggioranza, per non dire la totalità, delle materie che possono essere oggetto delle specifiche intese, *ex art. 8*, sono oggetto della riforma del c.d. *Jobs Act*. I decreti delegati infatti, seguendo

¹⁸⁵ U. Romagnoli, *L’ambiguo compromesso del 28 giugno*, in www.uguaglianzaelibertà.it, 2011, pp. 1 e ss.

¹⁸⁶ G. Fontana, *L’accordo interconfederale del 28 giugno 2011 (e i suoi avversari). Un commento a “caldo”*, in RIDL, 2011, n. 3, pp. 324 e ss.

¹⁸⁷ A. C. Scacco, *La nuova contrattazione aziendale dopo l’accordo interconfederale del 28 giugno*, in www.dplmodena.it, 2011, pp. 1 e ss.

¹⁸⁸ G. Santoro-Passarelli, *Op. cit.*, p. 1294 e ss.

¹⁸⁹ P. Tosi, *Op. cit.*, pp. 1212 e ss.

le direttive della legge n. 183/2014, sono proiettati alla soddisfazione delle medesime finalità visto che le specifiche intese sono volte “alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all’adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, all’emersione del lavoro irregolare, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all’avvio di nuova attività”, così ponendo condizioni per la loro validità ed efficacia che possono ben essere fatte valere in giudizio¹⁹⁰.

Il contemperamento tra gli interessi in gioco nella legge delega e nei suoi decreti di attuazione, a volte sembra lasciare, altre volte meno, spazio al sindacato dei giudici ed, in questi casi, non sembra che la decretazione delegata¹⁹¹ lo possa restringere. Alla luce dell’attuale evoluzione normativa potremmo concepire il *Jobs Act*, come un sarto che disegna la normazione da applicare ad una specifica casistica.

3.1 Attualità ed “inattualità” della contrattazione in deroga nel nuovo quadro normativo

Nei recentissimi decreti delegati esistono diversi richiami alla contrattazione collettiva, ma bisogna distinguere gli aspetti in cui sia attuale o meno la disciplina che regola il quadro normativo. Circa il d. lgs. n. 81/2015, ad esempio, potremmo considerare due aspetti specularmente opposti in cui, da un lato, potremmo presupporre una sublimazione degli accordi di prossimità e dall’altro, invece, un bypassamento della disciplina stessa.

All’art. 51 c. 1 è previsto che -<<salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ed i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali, ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria>>-. Questa previsione potrebbe essere intesa come una forte legittimazione del ruolo della contrattazione di prossimità che diventa tramite per un avvicinamento verso l’azienda, salvaguardando sempre i limiti esterni ed interni previsti dalla norma.

Il decreto n. 81/2015 si pone in controtendenza rispetto alla scelta portata avanti

¹⁹⁰ A. Asnaghi, P. Rausei, M. Tiraboschi, *Il contratto a tutele crescenti nel prisma delle convenienze e dei costi d’impresa*, in F. Carinci, M. Tiraboschi (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs act: prima lettura e interpretazioni*, in www.adapt.it, e-book, 2015, n. 37, pp. 28 e ss.

¹⁹¹ F. Carinci, *Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, in ADL., 2015, n. 1, pp. 12 e ss.

nel d. lgs. n. 23/2015, in cui il legislatore ha diminuito gli spazi di discrezionalità del giudice.

Da una parte, con la nuovissima disciplina delle conseguenze del licenziamento illegittimo, con la predetta norma si cerca, infatti, di limitare la magistratura, dall'altra con la nozione di etero-organizzazione di cui al d. lgs. n. 81/2015, si mantiene ampia la discrezionalità del giudice nell'ambito della qualificazione del rapporto, aspetto questo inopinabile visti gli art. 24 e 25 della Costituzione.

All'art. 3 del d. lgs. n. 81/2015, novella del "vecchio" testo dell'art. 2103 c. c., vi è da sottolineare la ormai scarsa utilità dell'art. 8, visto il superamento in linea generale di quanto previsto da quest'ultimo grazie alla disciplina del *Jobs Act* che ha notevolmente flessibilizzato la normativa sulle mansioni. A differenza, infatti, di quanto stabilito dall'art. 8, la competenza derogatoria dei contratti aziendali non deve rispondere a finalità particolari ed è riconosciuta in via ordinaria. La nuova disposizione, oltre ad estendere notevolmente le fattispecie legali di legittima adibizione a mansioni inferiori, abilita i contratti collettivi, anche aziendali, ad individuare diversificate ipotesi di demansionamento¹⁹². Bisogna comunque tenere conto del fatto che non viene meno l'utilizzo del contratto aziendale, anzi, vengono attribuiti ad esso compiti di maggiore protagonismo regolativo con funzioni integrative che modificano il ruolo del soggetto collettivo chiamato ad essere maggiormente collaborativo con l'imprenditore¹⁹³. Senza alcun dubbio, alle spalle di questa previsione, perdura quello che è stato definito un "convitato di pietra"¹⁹⁴, cioè l'art. 8, che è un antenato¹⁹⁵ delle nuove disposizioni, la cui ingombrante presenza si palesa in alcuni tratti somatici. Ipotizzando la vigenza dell'art. 8, che esprime la facoltà del contratto collettivo di prossimità di stipulare accordi in deroga, tale norma potrebbe portare alla stipulazione di accordi aziendali caratterizzati da una discutibile deroga del precetto normativo in questione, con il sacrificio, anche in contesti economici di parziale crescita, delle

¹⁹² G. Santoro-Passarelli, *La contrattazione aziendale in deroga*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2015, n. 254, p. 16.

¹⁹³ U. Gargiulo, *Lo jus variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2015, n. 267, p. 17.

¹⁹⁴ A. Zoppoli, *Jobs Act e formante sindacale: quale ruolo per quale contrattazione collettiva?*, in M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2014, n. 3, p. 34.

¹⁹⁵ F. Santoni, *La revisione della disciplina dei rapporti di lavoro*, in Commento al Disegno di legge S.1428 ora C.2660, in F. Carinci (a cura di), *Materiali per i Seminari di Bertinoro-Bologna X edizione*, 23-24 ottobre 2014 "La politica del lavoro del Governo Renzi", pp. 114 e ss.

legittime aspettative di carriera dei lavoratori¹⁹⁶.

3.2 Il “sostanziale superamento” dell’art. 8 d. l. 138/2011

Secondo alcuni autori¹⁹⁷ l’art. 8 sarebbe stato implicitamente abrogato dal *Jobs Act*, soprattutto in materia di solidarietà degli appalti. Tale filone logico-giuridico non può essere condiviso, in quanto, ove il *Jobs Act* ed i decreti delegati avessero voluto abrogare il precetto in parola avrebbero dovuto farlo espressamente in quanto l’art. 8, in sé una norma eccezionale, non può essere abrogato da una legge generale successiva.

A questo punto allora la domanda da porsi dovrebbe essere altra e, cioè, se la contrattazione di prossimità possa considerarsi ancora attuale e conveniente, o se l’interesse delle imprese verso l’art. 8 si sia affievolito in ragione della nuova regolamentazione normativa. Ci sembra più valida la seconda ipotesi, ma è un discorso di vantaggi che potrà essere giustamente qualificato e sostenuto solamente dopo una vera e consolidata attuazione dal punto di vista pratico della normativa in esame che, sotto un profilo meramente astratto-concettuale, sembrerebbe essere più celere e vantaggiosa.

Potrebbe prendere piede anche una visione completamente opposta in cui verrebbero a coesistere il *Jobs Act* e l’art. 8. Laddove la contrattazione collettiva fosse lacunosa, infatti, potremmo azzardare una visione di una contrattazione di prossimità compensativa e risolutiva, perché, se una norma non fosse completa ed esplicita, senza l’ausilio dell’art. 8 si finirebbe in un tunnel senza uscita.

La contrattazione collettiva, infatti, non può essere onnisciente e, come tutte le norme, non riuscirebbe a soddisfare le necessità particolari di una determinata azienda, arrivando ad ipotizzare che il *Jobs Act* potrebbe richiedere l’intervento dell’art. 8 per colmare le proprie lacune.

A seguito delle considerazioni sin qui svolte, potremmo avanzare un parallelismo sull’evoluzione, le modifiche, i limiti e le prospettive tra le materie trattate dall’art. 8 e quelle trattate nei decreti delegati.

L’art. 8, alla lettera a), fa riferimento agli impianti audiovisivi ed alle nuove

¹⁹⁶ U. Gargiulo, *Op. cit.*, pp. 20 e ss.

¹⁹⁷ G. Gamberini, D. Venturi, *La facoltà derogatoria della contrattazione collettiva nella responsabilità solidale negli appalti*, in DRI, 2014, n. 1, pp. 182 e ss.

tecnologie, consentendo la sottoscrizione di accordi in deroga a livello territoriale e/o aziendale. Nel merito bisogna evidenziare che, mentre l'accordo stipulato in base alla previsione statutaria non può autorizzare l'installazione di un impianto finalizzato al controllo dell'attività dei lavoratori¹⁹⁸ e richiede particolari esigenze, organizzative, produttive o di sicurezza, la lettera a) in analisi non indica particolari presupposti. Si può ritenere che il legislatore abbia inteso autorizzare impianti finalizzati al controllo della prestazione¹⁹⁹ ed alla valorizzazione di quell'ordinamento giurisprudenziale²⁰⁰ che consentiva controlli per verificare gli illeciti commessi dal lavoratore²⁰¹. Resta fermo comunque, ed in entrambi i casi, il rispetto della normativa della *privacy* (d. lgs. n. 196/2003).

L'impianto della nuova norma, art. 23 del d. lgs n. 151/2015, ha abrogato il primo comma dell'art. 4, cioè quella disposizione che vietava l'utilizzo di sistemi finalizzati al controllo del lavoratore. Il comma 1 era una norma che introduceva un divieto molto chiaro e, precedentemente, la dottrina in materia era divisa e discuteva sulla possibilità di effettuare deroghe da parte della contrattazione collettiva di prossimità. Oggi non esiste più un'affermazione di principio per la quale sono vietati i controlli sul lavoratore e, quindi, non giustificati da esigenze tecniche, organizzative e produttive.

Il nuovo art. 4, al primo comma, regola i limiti e le modalità di utilizzo degli impianti audiovisivi e degli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo dell'attività dei lavoratori mentre introduce una disciplina completamente derogatoria al comma 2. Le disposizioni dell'art. 4, comma 1, non si applicano a tutti i casi in cui il controllo avvenga tramite "strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze". Probabilmente il comma 1 della nuova norma, paragonato al comma 2 del "vecchio" precetto, presenta regimi di maggiore rigidità, visto che la fattispecie "impianti audiovisivi e degli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo" sostanzialmente è una nozione coincidente di quella del precedente art. 4.

¹⁹⁸ A. Sitzia, *Contrattazione di prossimità, impianti audiovisivi e nuove tecnologie*, in MGL, 2012, n. 3, pp. 212 e ss.

¹⁹⁹ M. Marrazza, *La contrattazione di prossimità nell'articolo della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, in DRI, 2012, n. 1, pp. 50 e ss.

²⁰⁰ Cass. 2 marzo 2002, n. 3039, in RIDL, 2002, II, p. 873, con nota di S. Passerini.

²⁰¹ R. Cosio, *Il diritto del lavoro che cambia: dall'art. 8 del decreto di agosto alle misure anticrisi del patto di stabilità di novembre*, in LG, 2012, n. 4, pp. 338 e ss.

L'utilizzo di questi strumenti, comunque, richiede due passaggi di verifica ben distinti nella nuova norma. Il comma 1, infatti, disciplina l'autorizzazione all'installazione dell'impianto e le modalità di utilizzo dello stesso: gli impianti e gli strumenti di controllo possono essere impiegati esclusivamente rispettando alcune condizioni ed essere installati previo accordo collettivo o previo autorizzazione della DTL. La verifica, quindi, è distinta e proiettata verso l'installazione prescindendo dalle modalità di utilizzo, sottoposto ad un vincolo causale che potremmo ritenere come possibilità di recupero del comma 1 del vecchio art. 4.

Un'altra rigidità risiede nel fatto che precedentemente con il "vecchio" testo dell'art. 4 consideravamo i controlli con strumenti audiovisivi ed altri impianti autorizzati con riferimento ad esigenze organizzative produttive e per la sicurezza del lavoro. Oggi, nella nuova norma, leggiamo che l'ulteriore finalità di controllo è per la tutela del patrimonio aziendale. La parte del nuovo art. 4 caratterizzata da grandissima flessibilità è la parte del comma 2 che individua i mezzi di controllo a cui non si applica il comma 1 e, quindi, senza l'obbligo di preventiva autorizzazione né limite di finalità del controllo. Sono strumenti questi ultimi che possono essere utilizzati direttamente per controllare l'attività di lavoro diventando così essenziale comprendere quali siano quelli che si collocano all'interno del comma 2. Nel comma 2 stesso potremmo ipotizzare una distinzione tra mezzi utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e mezzi di registrazione degli accessi e delle presenze che, non necessariamente, sono dispositivi di lavoro.

All'interno dell'art. 4 potremmo ipotizzare due tipologie di strumenti: quelli che, nel comma 2, necessitano di un coinvolgimento attivo da parte del lavoratore e quelli in cui i lavoratori restano passivi ai sensi del comma 1. Il comma 3 afferma che "le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro", quindi anche a fini disciplinari, "a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal d. lgs. n. 196/2003". Il rispetto della disciplina sulla *privacy*, oggi, rientra anche tra le condizioni di utilizzabilità della norma e non è più diretta solo al rispetto della *privacy* in quanto tale. L'art. 4 prende in considerazione anche la possibilità di imprese che abbiano più unità produttive in più province o in più regioni e la rappresentanza delle organizzazioni sindacali viene misurata sul piano nazionale, screditando così il modello dell'art. 8 che invece aveva

marcato per la prima volta un livello di rappresentanza anche territoriale. Detto questo, in materia di controlli a distanza e di nuove tecnologie viene sorpassato l'accordo aziendale e/o territoriale, semplificato dalla possibilità di utilizzare una norma di legge direttamente applicabile senza ostacoli, anche se a livello puramente teorico ed astratto potremmo completare la semplificazione utilizzando la prossimità per definire tali strumenti, eseguendo un ulteriore passaggio di semplificazione *pro* aziende.

La lettera b) dell'art. 8, comma 2, rende derogabile la legge in materia di mansioni, classificazione²⁰² ed inquadramento fornendo aree di flessibilità. In questo modo si valorizza il contenuto del contratto aziendale o territoriale, concepito quale mezzo capace di saper conciliare le esigenze di tutela professionale del lavoratore con quelle organizzative del datore di lavoro. Le specifiche intese²⁰³ si caratterizzano, nel caso di specie, per la possibilità di derogare all'art. 2103 c.c., traducendosi in un superamento della sanzione di nullità dei patti contrari presente nella suddetta norma e concedendo alle parti sociali di intervenire in modo deciso e, assai più ampio, relativamente allo *ius variandi* del datore di lavoro. Specificamente in questo caso la deroga in *pejus* potrebbe essere concepita come un male necessario al lavoratore per poter superare le rigidità dell'art. 2103 c.c., subendo, ad esempio, un demansionamento per valorizzare le competenze del lavoratore stesso o per evitarne un licenziamento.

La nuova disciplina in materia di mansioni, con il d. lgs. n. 81/2015, all'art. 3 sostituisce a piè pari il precedente art. 2103 c.c., seguendo le direttive dell'art. 1, comma 7, della legge n. 183/2014. Si estendono gli aspetti del potere datoriale soprattutto in riferimento allo *ius variandi* cambiando in modo radicale i contenuti di questa normativa, visto che il vecchio art. 2103 c.c. non faceva riferimento al demansionamento, il quale si ricavava dalla nullità del patto contrario e dal fatto che non venisse menzionato nei commi precedenti. La parola equivalenza scompare nella nuova formulazione dell'articolo e questo ci porta a considerare se la professionalità, nella nuova normazione, sia tutelata o meno.

Oggi gran parte della norma, forse la più innovativa, è dedicata al demansionamento e potremmo dividerla in tre parti, la prima delle quali è il comma 2

²⁰² M. Brollo, *Le deroghe ex art. 8 e i loro limiti in materia di mansioni del lavoratore*, in **Seminario di Bertinoro**, 27-28 ottobre 2011, pp. 1 e ss.

²⁰³ M. Borzaga, *Contrattazione collettiva di prossimità e disciplina delle mansioni: una via per aumentare la flessibilità interna al rapporto e la produttività delle imprese?*, in **DRI**, 2013, n. 4, pp. 980 e ss.

che prevede la possibilità di demansionare in virtù di un mutamento organizzativo aziendale comprensivo di una modifica che incida sulla posizione del lavoratore. Non è permesso demansionare per più di un livello in basso ed è significativo l'ulteriore limite legato alla categoria legale, poiché esso può essere anche letto come un freno dalla contrattazione collettiva. La seconda parte è quella relativa al comma 4 sulla modifica organizzata dai contratti collettivi, il quale prevede ipotesi di assegnazione a mansioni appartenenti, sempre, al livello di inquadramento inferiore, purchè rientranti nella medesima categoria legale. Questa norma deve essere letta in combinato con l'art. 51 dello stesso decreto n. 81/2015, che afferma cosa si intenda per contratti collettivi e quali siano i soggetti abilitati a stipularli. Il mutamento di mansioni deve essere comunicato per iscritto a pena di nullità, ma non è chiaro se il datore di lavoro debba limitarsi a comunicare il mutamento o debba indicare anche i presupposti di legittimità di questo. Probabilmente è più corretta la seconda ipotesi, visto che la forma scritta è importante per la certezza della data per avere la conferma dell'inizio del mutamento delle mansioni. Per la prima volta vengono ammessi al comma 6, anche i patti individuali di demansionamento, pur rimanendo il problema sulla valutazione delle finalità che presumibilmente, in modo corretto e accurato, potrebbe esser svolto semplicemente dal lavoratore. L'art. 8 risulta qui sicuramente depotenziato se lo ritenessimo norma speciale, pur essendo l'art. 2103 c.c. norma successiva, esso art. 8 potrebbe mantenere qualche ambito di applicazione non con riferimento ai casi ulteriori di demansionamento perché regolati dalla nuova norma, in modo più fluido e lineare, ma con riferimento a ulteriori limiti che ancora permangono ipotizzando un art. 8 che vada a rimuovere le ultime barriere, rispettando però i confini previsti e ad esso posti.

Alla lettera c), l'art. 8 prevede la possibilità che le specifiche intese possano riguardare i contratti a termine, i contratti a orario ridotto, il regime della solidarietà negli appalti ed il contratto di somministrazione, tutte tipologie di rapporto di lavoro queste che vengono ora regolamentate nel d. lgs. n. 81/2015, norma con cui si potrebbe ipotizzare una seria attuazione dell'art. 8.

Il contratto a termine viene di fatto liberalizzato, ma è utile sottolineare che processo di eliminazione del requisito della giustificazione del termine era già culminato con il d. l. n. 34/2014. La stipula del contratto a termine è oggi consentita rispettando il requisito della forma scritta, della durata di 36 mesi e tenendo in dovuta considerazione alcuni divieti, tra cui l'impossibilità di assumere a termine nelle unità

produttive ove si è preceduto a licenziamenti collettivi²⁰⁴ nei sei mesi precedenti. È stata introdotta la possibilità di sottoscrivere un contratto a termine in deroga, dopo i 36 mesi, di ulteriori 12 mesi *extra* in una sede di negoziazione assistita presso una DTL, anch'esso acausale. La DTL effettua un controllo meramente legato al rispetto della durata temporale ed è importante che tale contratto in deroga sia stipulato tra le stesse parti. Normalmente il numero complessivo dei contratti a termine non può eccedere il limite del 20% del numero complessivo dei lavoratori occupati a tempo indeterminato. Qualora i contratti a tempo determinato siano conclusi durante l'avvio di un'attività, da imprese *start up*, per lo svolgimento di attività stagionali o con lavoratori con più di 50 anni, questi sono esenti dal rispetto del limite del 20%.

Nei confronti della somministrazione di lavoro il legislatore si è mosso al pari del contratto a tempo determinato, confermandone l'acausalità e le due tipologie (tempo determinato ed indeterminato), modificando, all'art. 34 del d. lgs. n. 81/2015, il termine "somministrazione" con quello di "assunzione" con terminologia più appropriata.

Il lavoro a tempo parziale viene disciplinato in modo specifico, richiedendo la puntuale indicazione di alcuni necessari requisiti. L'organizzazione del lavoro è articolata in turni ed è interessante evidenziare la gestione delle clausole elastiche che, qualora non fossero inserite *ab origine* nel contratto di lavoro, ma solo successivamente, esse non potranno costituire giustificato motivo di licenziamento laddove il lavoratore le rifiutasse.

Diversa è la questione che riguarda il regime della solidarietà negli appalti visto che l'ultima modificazione all'art. 29 c. 2 del d. lgs. n. 276/2003 è stata apportata dalla "legge Fornero" all'art. 4 c. 31, che sembrerebbe escludere a priori l'art. 8, dando spazio alla sola contrattazione nazionale e non alla contrattazione di secondo livello e concedendo la facoltà derogatoria solo a patto che vengano individuati metodi e procedure di controllo e verifica per la regolarità degli appalti. Un'altra parte della dottrina²⁰⁵ però sostiene che l'art. 8 prevalga a scapito della "legge Fornero" sottolineando la differenza di presupposti e l'eccezionalità del suddetto articolo.

²⁰⁴ Alcune precedenti norme, la legge n. 164/1975, all'art. 5, e la legge n. 223/1991, all'art. 4, prevedevano già intrinsecamente che si potesse derogare alle assunzioni delle aziende che avevano proceduto con la CIG, qualora il sindacato sottoscrivesse uno specifico accordo. Quindi potremmo ipotizzare che alcuni divieti del d. lgs. n. 368/2001 fossero superabili, prima del *Jobs Act*, con alcune clausole di *opting out* già presenti nel nostro ordinamento.

²⁰⁵ Vd. G. Gamberini, D. Venturi, *Op. cit.*, in DRI, 2014, n. 1, pp. 182 e ss.; P. Pizzuti, *La solidarietà nell'appalto dopo il d.l. 22 giugno 2013 n. 69*, in *Il Sole 24 ore*, 10 luglio 2013, pp. 14 e ss.

Discorso simile può esser fatto per ciò che concerne la lettera d) dell'art. 8 che tratta la disciplina dell'orario di lavoro. Bisogna precisare però che, con particolare attenzione, si era già pronunciato il d. lgs. n. 66/2003, il quale lasciava enorme spazio alla contrattazione nazionale e, solo in assenza di questa, anche a quella aziendale di introdurre deroghe alla disciplina in materia orario di lavoro. L'impatto dell'art. 8 sulla disciplina dell'orario di lavoro²⁰⁶ non è stato particolarmente incisivo, ma risulta essere ancora prevalente non essendoci stata una nuova regolamentazione esplicita generale da parte dei decreti delegati del *Jobs Act*.

Infine, la lettera e) dell'art. 8 tratta le modalità di assunzione²⁰⁷, la disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative, anche a progetto (ormai abrogate) e le conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro. Ad esempio, tuttora una modalità di assunzione come il patto di prova, disciplinato dall'art. 2096 c.c., è sottoposto alla disciplina dell'art. 8 esercitando per esempio il prolungamento del limite massimo della prova visto che non è stato modificato dalle nuove normative dei decreti delegati. L'art. 8 nel lavoro a progetto, prima dell'art. 52 c. 1 del d. lgs. n. 81/2015, e nel lavoro autonomo aveva la possibilità di escludere la necessità di un progetto o la trasformazione automatica in lavoro subordinato di un contratto a progetto per mancanza del progetto stesso. L'art. 2, c. 1, del d. lgs. n. 81/2015 estende la disciplina del lavoro subordinato, dal 1 gennaio 2016, anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro. Malgrado una grossolana assonanza con *l'incipit* dell'art. 409, n. 3, c.p.c., “le collaborazioni organizzate” previste dall'art. 2 non coincidono con le collaborazioni previste dalla norma processuale²⁰⁸. All'art. 52 del decreto viene, inoltre, disposta l'abrogazione dell'intera disciplina del lavoro a progetto. L'ultima delle materie trattate dalla lettera e) riguarda il recesso dal rapporto di lavoro. Il licenziamento, a eccezione di quello discriminatorio, per matrimonio, per maternità o

²⁰⁶ Sembra utile sottolineare che l'orario di lavoro risulta essere ad oggi normato: dalla Convenzione internazionale in materia di orario, dal d. lgs. n. 66/2003 che si integra con la direttiva comunitaria n. 93/104/CE, successivamente modificata dalla direttiva n. 2000/34/CE, dall'art. 32 Cost. e dal T. U. n. 81/2008. Quindi l'art. 8 risulta, ad oggi, costretto ad osservare il rispetto delle suddette limitazioni.

²⁰⁷ Vd. A. Veltri, *L'articolo 8 della legge n. 148 del 2011 e l'incidenza sulle modalità di assunzione: una nota critica*, in www.filodiritto.com, 04 maggio 2012, pp. 1 e ss.

²⁰⁸ A. Perulli, *Il lavoro autonomo, coordinato e le prestazioni organizzate dal committente: il nuovo quadro normativo alla luce del Jobs Act*, in Tavola rotonda su “Subordinazione e autonomia dopo il d. lgs. n. 81/2015”, Roma, 14 ottobre 2015, pp. 1 e ss.

per congedi parentali, *ex art. 8*, ha la facoltà di incrementare la soglia numerica per l'applicazione della tutela reale aumentando l'indennità in alternativa alla riassunzione o di escludere la tutela reale per le imprese minori che superino la soglia delle nuove assunzioni o sostituire l'indennità sostitutiva di reintegrazione²⁰⁹. Riguardo alla disciplina del recesso dal rapporto di lavoro appare utile evidenziare che il d. lgs. n. 23/2015, promuovendo il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, sconvolge il precedente sistema in merito alle sanzioni dei licenziamenti, riducendo sensibilmente la possibilità di applicare la reintegrazione nei licenziamenti illegittimi a fronte di una tutela risarcitoria crescente in ragione dell'anzianità di servizio.

3.3 Il riemergere della funzione acquisitiva della contrattazione di secondo livello

Le riforme che stanno modificando il mercato del lavoro e le relazioni industriali sono accompagnate dal riemergere della funzione acquisitiva della contrattazione di secondo livello, che risulta essere predisposta ad introdurre trattamenti ulteriori o migliorativi rispetto a quelli già previsti dal contratto nazionale. Il riemergere di tale funzione assolve ad un importante ruolo di trampolino per l'evoluzione della contrattazione nazionale futura. Come era di consueto, infatti, i miglioramenti introdotti dalla contrattazione di secondo livello andranno riproposti nei successivi rinnovi dei contratti nazionali, cercando distenderli ad una più ampia cerchia di lavoratori.

3.3.1 Le prime ipotesi di accordi derogatori *post Jobs Act*

La non abrogazione dell'art. 8 da parte delle normative successive, ma soprattutto la previsione dell'art. 12 della legge n. 604 del 1966, certamente non abrogata, che fa salve le condizioni più favorevoli previste dai contratti collettivi in materia di licenziamento, è confermata dalla sottoscrizione di alcune ipotesi/accordi, migliorativi, in cui viene previsto il mantenimento dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori per gli assunti dopo il 7 marzo 2015²¹⁰.

Esse non sono ancora molto consolidate, ma si può affermare che l'applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori ai nuovi assunti dal 7 marzo in poi, per via

²⁰⁹ A. Vallebona, *Breviario di diritto del lavoro*, Giappichelli Editore, Torino, 2015, pp. 121 e ss.

²¹⁰ G. Santoro-Passarelli, *Op. cit.*, p. 18.

contrattuale, non sia affatto vietata perché il giudice, come è stato sostenuto²¹¹, potrebbe considerarlo come trattamento di migliore favore. In questi accordi le parti, al di là dello strumento giuridico utilizzato, hanno espressamente manifestato “la propria scelta di non applicare comunque nei confronti dei 7 lavoratori le disposizioni del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 relative al regime giuridico applicabile in caso di recesso datoriale dal rapporto di lavoro”. E le parti, a fronte di una maggiore flessibilità, potrebbero ricorrere paradossalmente allo strumento dell'art. 8, o meglio fondare sull'art. 12 della legge n. 604, la previsione di garanzie di maggior tutela del posto di lavoro rispetto a quelle introdotte dal nuovo decreto²¹².

3.3.1.1 Gli Accordi Novartis

Il primo caso in assoluto, precursore in tal senso, è la stipula dell'accordo Novartis avvenuta il 20 marzo 2015, che costituisce sul piano politico un precedente di rilievo sul panorama delle relazioni industriali. L'accordo in questione riguarda il mantenimento dell'art. 18 dello Stat. lav., così come riformato dalla legge Fornero, da parte dell'impresa cessionaria (Novartis) ai 7 lavoratori dell'impresa cedente (Alcon) assunti a tempo indeterminato, dato che il contratto a tutele crescenti trova applicazione unicamente per i contratti di lavoro stipulati dal 7 marzo 2015 in poi. Alcuni degli attori firmatari hanno precisato che non intendono con questo accordo pregiudicare una futura applicazione del d. lgs. n. 23/2015 per nuove assunzioni. Le parti, al di là dello strumento giuridico utilizzato (la cessione del contratto), hanno espressamente manifestato la “propria scelta di non applicare comunque le disposizioni del Decreto Legislativo 4 marzo 2015, n. 23 relative al regime giuridico applicabile in caso di recesso datoriale dal rapporto di lavoro”²¹³.

3.3.1.2 L'Accordo Trelleborg (2015)

Analogamente un altro accordo sindacale “innovativo” è quello che è stato

²¹¹ R. De Luca Tamajo, *E Novartis offre l'articolo 18 come benefit*, in *La Repubblica*, 27 marzo 2015, pp. 1 e ss.

²¹² A. Zambelli, *Il contratto di prossimità può bilanciare diritti e doveri*, in *Il Sole 24 Ore – Istant book*, 2015, p. 77.

²¹³ M. Tiraboschi, *L'art. 18 come benefits?*, in *Bollettino Adapt*, 27 marzo 2015, pp. 1 e ss.

firmato il 18 maggio a Tivoli dai sindacati romani di Filctem Cgil, Femca Cisl, Uiltec Uil e dalla “Trelleborg Wheel System”, azienda *leader* nel settore pneumatici e ruote complete. Tale accordo va esattamente nella direzione opposta a quanto previsto dalla nuova normativa contenuta nel *Jobs Act*, poiché esso prevede che verranno garantite in via, anche qui del tutto eccezionale, ai lavoratori assunti in azienda con contratti a tempo indeterminato le tutele previste dall’art. 18 dello Stat. lav. quale tutela di maggior favore rispetto al d. lgs. n. 23/2015. A sostegno dell’accordo bisogna considerare il fatto che la trattativa sindacale, avente ad oggetto, i temi trattati si è svolta prevalentemente prima del 7 marzo 2015. Il modello di relazioni industriali, creato e basato sulla condivisione degli obiettivi, ha consentito alle parti di definire, entro il 31 dicembre 2015 la stabilizzazione di 69 unità con un contratto a tempo indeterminato. Si giunge, infatti, anche ad uno sviluppo dell’occupazione, definendo tramite l’integrativo aziendale una base minima di lavoratori che faranno passare l’attuale organico di produzione dalle attuali 331 unità alle 400, stabilendo un diverso modello produttivo orientato all’innovazione di processo e di prodotto all’interno del reparto.

3.3.1.3 L’Accordo Aferpi (ex Lucchini)

Anche in Toscana il 3 giugno 2015, presso l’azienda di Piombino Aferpi (ex Lucchini), dopo numerosi mutamenti e trasferimenti dell’azienda, viene sottoscritto un accordo in cui si stabilisce che la nuova azienda non sottopone i nuovi assunti (o riassunti) alla normativa introdotta dal d. lgs. n. 23/2015, ma mantiene la tutela dell’art. 18 Stat. lav.

3.3.1.4 Il Protocollo del Comune di Bologna

Il comune di Bologna, infine, ha firmato il 06 luglio 2015 un nuovo protocollo d’intesa sulla legalità in materia di appalti pubblici. L’accordo servirà a combattere le infiltrazioni mafiose nel sistema degli appalti pubblici. Il documento entrerà in vigore dal 1 gennaio del 2016, sostituisce quello del 2005, firmato dalla giunta Cofferati, ed ha una durata triennale. Il Comune cerca di garantire il rispetto dei principi di legalità, trasparenza, tutela del lavoro e occupazione, sostegno alle imprese di qualità e stipendi assicurati in tempi certi. Il Comune di Bologna si impegna -<<ad inserire, quale

condizione di esecuzione dell'appalto, nei bandi di gara di affidamento di servizi da riaffidare, la clausola sociale di salvaguardia di riassorbimento di manodopera per la tutela dei lavoratori e delle lavoratrici>>-. L'inserimento della clausola sociale permette di tutelare i posti di lavoro, perché a chi subentra in un appalto verrà richiesto di assorbire eventuali esuberi dell'azienda che aveva in affidamento il servizio in precedenza. Con il passaggio di tutti i dipendenti in caso di cambio di appalto, quindi, è previsto il mantenimento dei diritti e delle condizioni retributive di provenienza dei lavoratori compresa la tutela offerta *ex art. 18 Stat. lav.*, neutralizzando così la nuova garanzia, in materia di licenziamenti, offerta dal d. lgs. n. 23/2015.

4 CONCLUSIONI

A questo punto della trattazione è opportuno ipotizzare come il suddetto art. 8 non possa considerarsi un episodio normativo isolato, ma che abbia segnato l'inizio di un'inversione di tendenza nella misura in cui il contratto aziendale sia abilitato a derogare *in pejus* norme inderogabili di legge prescindendo dai limiti e dalle procedure previste dal contratto nazionale.

A questa conclusione si può giungere sulla base del fatto che la normativa successiva non solo ricorre alla stessa tecnica, nel senso che autorizza il contratto aziendale a derogare *in pejus* norme di legge bypassando la funzione ordinante del contratto collettivo nazionale, ma interviene anche direttamente a modificare talune normative inderogabili che regolavano il rapporto di lavoro. Queste funzioni scardinano i tradizionali equilibri del doppio livello di contrattazione, fino a confondere, potenzialmente, anche la gerarchia delle fonti. Infatti, sarà interessante anche vedere l'evoluzione del doppio livello di contrattazione e se, come alcuni autori sostengono, il secondo livello, nella prassi, riuscirà a prevalere sul primo livello, subentrando ad esso in tutto e per tutto.

In ogni caso, a proposito delle descritte funzioni dei contratti collettivi, però, sembra opportuno precisare che nella prassi contrattuale la classificazione rigida dei suddetti contratti collettivi in base alle funzioni è di fatto ridimensionata dal fatto che nel contratto collettivo può rinvenirsi un misto di “normativo di gestionale e di ablativo” e “si infittiscono i rinvii ad un contratto collettivo legittimato a peggiorare le

disposizioni di legge”²¹⁴.

Infine, è opportuno precisare che la contrattazione aziendale risulta ulteriormente potenziata anche dall’esaminato art. 51 del d.lgs. n. 81 del 2015, rubricato “Norme di rinvio ai contratti collettivi”, attraverso una sorta di generale equiparazione tra contratto nazionale e contratto aziendale nella disciplina dei rapporti di lavoro

BIBLIOGRAFIA

Ales E., *Dal caso Fiat al “caso Italia”. Il diritto del lavoro “di prossimità”, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in DRI, n. 4, 2011, pp. 1063 e ss.

Asnaghi A., Rausei P., Tiraboschi M., *Il contratto a tutele crescenti nel prisma delle convenienze e dei costi d’impresa*, in F. Carinci, M. Tiraboschi (a cura di), ***I decreti attuativi del Jobs act: prima lettura e interpretazioni***, in www.adapt.it, e-book, 2015, n. 37, pp. 28 e ss.

Battista L., *L’accordo interconfederale del 28 giugno 2011: spunti per una riflessione*, in MGL, 2011, n. 8-9, pp. 578 e ss.

Bavaro V., *L’aziendalizzazione del sistema contrattuale italiano*, in www.dirittisocialiecittadinanza.org, 2012, pp. 1 e ss.

Bonardi O., *Di decreto in decreto, di manovra in manovra: come il governo mette le mani nelle tasche e sui diritti dei lavoratori*, in Note Informative, www.cgil.it, 2011, n. 54, pp. 1 e ss.

Borzaga M., *Contrattazione collettiva di prossimità e disciplina delle mansioni: una via per aumentare la flessibilità interna al rapporto e la produttività delle imprese?*, in DRI, 2013, n. 4, pp. 980 e ss.

Brollo M., *Le deroghe ex art. 8 e i loro limiti in materia di mansioni del lavoratore*, in **Seminario di Bertinoro**, 27-28 ottobre 2011, pp. 1 e ss.

Canali De Rossi S., *Contratti di prossimità: disciplina e novità legislative*, in DPL, 2012, n. 2, pp. 93 e ss.

Carinci F., *Adelante Pedro, con juicio: dall’accordo interconfederale 28 giugno 2011 al Protocollo d’intesa 31 maggio 2013 (passando per la riformulazione “costituzionale” dell’articolo 19, lettera b, St.)*, in DRI, 2013, n. 3, pp. 598 e ss.

Carinci F., *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in ADL, 2011, n. 4, pp. 1137 e ss.

²¹⁴ Cfr., in tal senso, R. Pessi, *Il diritto del lavoro e la Costituzione. Identità e criticità*, Bari, 2019, p. 106. G. Santoro-Passarelli, *Diritto dei Lavori*, Giappichelli, 2020, 115-116.

Carinci F., *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale (dal titolo III dello Statuto dei lavoratori al Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014)*, in RIDL, 2014, n. 2, pp. 355 e ss.

Carinci F., *Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, in ADL., 2015, n. 1, pp. 12 e ss.

Carinci F., *Una dichiarazione d'intenti: l'Accordo Quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, in RIDL, 2009, n. 1, pp. 179 e ss.

Cosio R., *Il diritto del lavoro che cambia: dall'art. 8 del decreto di agosto alle misure anticrisi del patto di stabilità di novembre*, in LG, 2012, n. 4, pp. 338 e ss.

De Luca Tamajo R., *E Novartis offre l'articolo 18 come benefit*, in La Repubblica, 27 marzo 2015, pp. 1 e ss.

De Luca Tamajo R., *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro, ieri e oggi*, in Relazione alle giornate di studio dell'AIDLASS, Bologna, 16-17 maggio 2013, pp. 1 e ss.

De Luca Tamajo R., *Riforme (im)possibili del diritto sindacale*, in DLM, n. 1, 2011, pp. 1 e ss.

Fassina L., *Costituzione e articolo 8 della legge n. 148/2011: il fascino "indiscreto" di una norma irragionevole*, in RGL, 2013, n. 3, pp. 617 e ss.

Ferrante V., *L'accordo Interconfederale dell'aprile 2009 di riforma del sistema di contrattazione collettiva*, in ADL, 2009, n. 3, pp. 1021 e ss.

Ferraro G., *La riforma del sistema contrattuale*, in RIDL, 2008, n. 1, pp. 31 e ss.

Fontana G., *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 (e i suoi avversari). Un commento a "caldo"*, in RIDL, 2011, n. 3, pp. 324 e ss.

Gamberini G., Venturi D., *La facoltà derogatoria della contrattazione collettiva nella responsabilità solidale negli appalti*, in DRI, 2014, n. 1, pp. 182 e ss.

Gargiulo U., *Lo jus variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2015, n. 267, p. 17.

Giugni G., *Diritto Sindacale*, Cacucci Editore, Bari, 2014, pp. 156 e ss.

Keune M., *Clausole di deroga sui salari nei contratti collettivi settoriali in sette paesi europei*, in Eurofound, Dublino, 2011, pp. 1 e ss.

Liso F., *Alcune osservazioni a proposito dell'accordo del 10 gennaio 2014*, in RGL, 2014, n. 3, pp. 642 e ss.

Maio V., *Struttura e articolazione della contrattazione collettiva*, Cedam, Padova, 2013, pp. 85 e ss.

Marazza M., *La contrattazione di prossimità nell'art. 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, in DRI, 2012, n. 1, pp. 42 e ss.

Maresca A., *Il contratto collettivo nazionale di categoria dopo il Protocollo d'Intesa del 31 maggio 2013*, in RIDL, 2013, n. 3, pp. 707 e ss.

Maresca A., *L'esigibilità del contratto collettivo nazionale: enigma od opportunità praticabile?*, in GDLRI, 2014, n. 143, pp. 563 e ss.

Mariucci L., *Un accordo necessario, da attuare e non stravolgere*, in QRS, 2011, n. 3, pp. 22 e ss.

Mezzacapo D., *La contrattazione collettiva, in Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale: pubblico e privato (a cura di G. Santoro Passarelli)*, UTET, Roma, 2013, pp. 1382 e ss.

Persiani M., *Osservazioni estemporanee dell'Accordo Interconfederale 2011*, in ADL, 2011, n. 2, pp. 451 e ss.

Perulli A., *Il lavoro autonomo, coordinato e le prestazioni organizzate dal committente: il nuovo quadro normativo alla luce del Jobs Act*, in **Tavola rotonda su "Subordinazione e autonomia dopo il d. lgs. n. 81/2015"**, Roma, 14 ottobre 2015, pp. 1 e ss.

Perulli A., Speziale V., *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del Lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2011, n. 132, p. 43.

Pessi R., *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, in DRI, 2012, n. 1, pp. 62 e ss.

Pessi R., *Prospettive evolutive delle relazioni industriali in Italia: la riforma degli assetti contrattuali*, in DRI, 2009, n. 2, p. 328.

Pessi R., *Il diritto del lavoro e la Costituzione. Identità e criticità*, Bari, 2019, p. 106.

Pizzuti P., *La solidarietà nell'appalto dopo il d.l. 22 giugno 2013 n. 69*, in Il Sole 24 ore, 10 luglio 2013, pp. 14 e ss.

Ricci M., *L'Accordo Quadro e l'Accordo Interconfederale del 2009: contenuti, criticità e modelli di relazioni industriali*, in RIDL, 2009, n. 3, pp. 366 e ss.

Romagnoli U., *Dalla cancellazione dell'art. 8 alla ricostruzione del diritto del lavoro*, in www.dirittisocialiecittadinanza.org, 2011, pp. 1 e ss.

Romagnoli U., *L'ambiguo compromesso del 28 giugno*, in www.uguaglianzaelibertà.it, 2011, pp. 1 e ss.

Romeo C., *Il processo di "aziendalizzazione" della contrattazione collettiva: tra*

- prossimità e crisi di rappresentatività sindacale*, in ADL, 2014, n. 4-5, pp. 860 e ss.
- Sandulli P., *Il nuovo sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, in MGL, 2012, n. 3, pp. 150 e ss.
- Santoni F., *La revisione della disciplina dei rapporti di lavoro*, in Commento al Disegno di legge S.1428 ora C.2660, in F. Carinci (a cura di), *Materiali per i Seminari di Bertinoro-Bologna X edizione*, 23-24 ottobre 2014 “La politica del lavoro del Governo Renzi”, pp. 114 e ss.
- Santoro-Passarelli G., *La contrattazione aziendale in deroga*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, 2015, n. 254, p. 16.
- Santoro-Passarelli G., *Diritto dei Lavori*, Giappichelli, 2020, 115-116.
- Satariale G., *Prove di buone pratiche tra gli autori sociali*, in QRS, 2011, n. 3, pp. 15 e ss.
- Scacco A. C., *La nuova contrattazione aziendale dopo l’accordo interconfederale del 28 giugno*, in www.dplmodena.it, 2011, pp. 1 e ss.
- Scarpelli F., *Il Testo Unico sulla rappresentanza tra relazioni industriali e diritto*, in DRI, 2014, n. 3, pp. 687 e ss.
- Sciarra S., *Uno sguardo oltre la Fiat. Aspetti nazionali e transnazionali nella contrattazione collettiva della crisi*, in RIDL, 2011, 2, p. 178.
- Sitzia A., *Contrattazione di prossimità, impianti audiovisivi e nuove tecnologie*, in MGL, 2012, n. 3, pp. 212 e ss.
- Tampieri A., *Considerazioni sull’effettività dell’art. 8. co. 2 bis, della legge n. 148/2011*, in MGL, 2012, n. 5, pp. 334 e ss.
- Tiraboschi M., *Il via libera della Corte Costituzionale alla contrattazione di prossimità*, in GLAV, ottobre 2012, n. 41, pp. 12 e ss.
- Tiraboschi M., *L’art. 18 come benefits?*, in Bollettino Adapt, 27 marzo 2015, pp. 1 e ss.
- Tomassetti P., *Sindacato e contrattazione aziendale concessiva: una ricerca empirica*, in DRI, 2015, n. 1, pp. 183 e ss.
- Tosi P., *L’accordo interconfederale 28 giugno 2011: verso una (nuova) autoricomposizione del sistema contrattuale*, in ADL, 2011, n. 6, pp. 1218 e ss.
- Treu T., *Come evolvono le relazioni industriali*, in M. Mascini, (a cura di), *L’annuario del lavoro*, 2011, Roma, Edizioni il Diario del Lavoro, pp. 209 e ss.
- Treu T., *L’Accordo del 23 luglio 1993: assetto contrattuale e struttura della retribuzione*, in RGL, 1993, n. 1, pp. 216 e ss.

Treu T., *L'accordo interconfederale del 28.6.2011*, in Aa. Vv., ***Il libro dell'anno del diritto 2012***, Roma, Enciclopedia italiana Treccani, pp. 497 e ss.

Vallebona A., ***Breviario di diritto del lavoro***, Giappichelli Editore, Torino, 2015, pp. 121 e ss.

Vallebona A., ***Contratti collettivi e divisione sindacale***, in MGL, 2011, n. 6, pp. 580 e ss.

Veltri A., ***L'articolo 8 della legge n. 148 del 2011 e l'incidenza sulle modalità di assunzione: una nota critica***, in www.filodiritto.com, 04 maggio 2012, pp. 1 e ss.

Viscomi A., ***Prime note sul Protocollo 31 maggio 2013***, in RIDL, 2013, n. 3, pp. 749 e ss.

Zambelli A., ***Il contratto di prossimità può bilanciare diritti e doveri***, in *Il Sole 24 Ore – Istant book*, 2015, p. 77.

Zoli C., ***Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro***, in GDLRI, 2004, n. 3, pp. 359 e ss.

Zoppoli A., ***Jobs Act e formante sindacale: quale ruolo per quale contrattazione collettiva?***, in M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), ***Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183***, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2014, n. 3, p. 34.

LA PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR EN LOS SUPUESTOS DE GESTACIÓN SUBROGADA

THE MATERNITY BENEFIT IN THE CASE OF SURROGATE PREGNANCY

²¹⁵EDUARDO ENRIQUE TALÉNS VISCONTI

RESUMEN: La gestación subrogada, como técnica de reproducción asistida prohibida por el ordenamiento español, plantea una serie de interrogantes jurídicos que, en determinados casos, trascienden del ámbito civil. Concretamente, se ha debatido acerca de la posibilidad de que la persona o personas comitentes en el contrato de gestación por sustitución tengan acceso a la prestación por maternidad. Recientemente, el Tribunal Supremo ha dado respuesta a esta cuestión en el sentido de reconocer el derecho a la prestación por maternidad al padre o la madre “de hecho” que, efectivamente, desarrolle las facultades propias de la patria potestad.

PALABRAS CLAVE: seguridad social, prestación de maternidad, familia, gestación por sustitución, interés superior del menor

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA STS (PLENO) DE 25 DE OCTUBRE DE 2016 III. LA STS (PLENO) DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2016 IV. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL CONFORMADA POR SENTENCIAS POSTERIORES DEL TRIBUNAL SUPREMO RECONOCIENDO EL DERECHO A LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD EN LOS CASOS DE GESTACIÓN SUBROGADA. V. CONCLUSIONES.

ABSTRACT: Surrogate pregnancy, as a technique of assisted reproduction prohibited by Spanish law, raises a number of legal questions than, in certain cases, transcend of the Civil Law. Specifically, it has been discussed about de possibility that de person or persons consigner in the gestation contract substitution have access to the provision for maternity benefit. Recently, the Spanish Supreme Court has responded to this issue in the sense of recognizing the right to the provision for maternity benefit to the father or mother “in fact”, efecttively, develop own parental powers.

KEY WORDS: social security, maternity benefit, family, gestation by substitution, best interest of the child

SUMMARY: I. INTRODUCTION II. LA STS (FULL) OF OCTOBER 25, 2016 III. LA STS (FULL) OF NOVEMBER 16, 2016 IV. JURISPRUDENTIAL DOCTRINE CONFORMED BY SUBSEQUENT SENTENCES OF THE SUPREME COURT RECOGNIZING EL DERECHO A LA PRESTACIÓN BY MATERNITY IN THE CASES OF SUBROGED GESTATION. V. CONCLUSIONS.

Artigo enviado em:19/10/2021

Artigo aprovado pela Equipe Editorial em 10/11/2021

²¹⁵ Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat de València. eduardo.talens@uv.es

I. INTRODUCCIÓN

La gestación subrogada o por sustitución es una forma de concebir a través de un contrato que consta de dos partes: de un lado, el comitente o persona que desea tener descendencia y que no la ha podido tener por otros medios; de otro lado, la comisionista, que en todo caso será una mujer que llevará a cabo en su seno la gestación y que, tras el alumbramiento, cederá al comitente el menor y la consecuentes obligaciones derivadas de la patria potestad.

Como es sabido, en España, la mencionada –al igual que sucede con la mayoría de países de nuestro entorno- la gestación subrogada está prohibida, vedándose expresamente por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, cuyo artículo 10.1 señala que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Además de acuerdo con el párrafo segundo del citado precepto, si esta práctica se diera en España, además de la nulidad del contrato, asume la condición de madre quien efectivamente ha gestado al hijo y no la madre subrogante. Dentro de los límites de nuestro Estado, dicha práctica aparece, además, tipificada como delito, concretamente, en los artículos 220 y 221 CP. Junto con ello, la DGRN y la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo han venido negando tradicionalmente la inscripción de los hijos provenientes de un contrato de gestación por sustitución, precisamente, por la nulidad de dicho acuerdo en nuestro país, por cuanto supone una mercantilización de la maternidad. No en vano, por Circular de la DGRN de 11 de julio de 2014 se permitió, en contra de lo resuelto por la STS (Sala de lo Civil) de 6 de febrero de 2014 (rec. 245/2012), aceptar la inscripción de niños nacidos en el extranjero con ocasión de un contrato de “vientre de alquiler” en determinados supuestos: en esencia, que exista una sentencia extranjera que determine la filiación de la/s persona/s solicitante/s de la inscripción en España.

Ahora bien, para poder acceder a este método reproductivo, los comitentes sortean la ilegalidad de esta práctica en España acudiendo a otros Estados donde dicha actividad es legal. En estos casos, surgen una serie de problemas referidos a la inscripción del menor en nuestro país, así como sobre la determinación de filiación, pero también, desde el ámbito social, se ha venido originando el problema respecto de la posibilidad de suspender el contrato de trabajo y percibir la oportuna prestación por

maternidad dentro contemplada en nuestro sistema de Seguridad Social. La proliferación de este tipo de prácticas no sólo evidencia problemas jurídicos, sino también de índole moral o éticos, pues como ha sido señalado por la doctrina, coadyuva a un *“floreciente negocio que utiliza a la mujer de manera que la cosifica como un útero con finalidad exclusivamente reproductiva, sin más objetivo o finalidad que conseguir la satisfacción de las necesidades reproductivas de terceros, un negocio que se aprovecha en muchos casos de las necesidades puramente económicas de la madre gestante”*²¹⁶. En cualquier caso, en el presente comentario me detendré exclusivamente en las cuestiones jurídicas relacionadas con el acceso a la prestación social por maternidad.

La solución que ha recibido el problema de la gestación subrogada desde la óptica del acceso a las prestaciones de Seguridad Social ha sido bien distinta. En este sentido, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha resuelto recientemente a favor de la concesión de la prestación de maternidad a la persona individual o pareja (con independencia del sexo entre cónyuges) que ha celebrado un contrato de gestación por subrogación en un país extranjero. En definitiva, se plantea en esta sede si la persona o pareja comitente, es decir, la que se hará cargo de los cuidados del menor, tienen derecho o no a la suspensión del contrato de trabajo y la consiguiente prestación por maternidad a cargo de la Seguridad Social en sustitución de la renta dejada de percibir por la ausencia de prestación laboral. Por descontado se ha descartado que la madre gestante o biológica pueda acceder a dicha prestación, pues se trata de una ciudadana extranjera que difícilmente cumpliría los requisitos para acceder a la misma (afiliación, alta y en su caso cotización) y, además, lo normal es que renuncie a todo derecho generado por el embarazo a través del contrato de gestación²¹⁷. A simple vista, la nulidad de este tipo de contratos, su carácter ilícito en España, unido al silencio que guarda la legislación laboral sobre el particular, parecen inclinar la balanza hacia una respuesta negativa. Además, como ha sido señalado doctrinalmente, *“resulta difícil entender que la gestación por sustitución suponga una situación protegida por maternidad, pues la solicitante de la prestación no ha sido madre, ni ha dado a luz, ni ha pasado por situación de embarazo; y en el caso de un varón que solicita la*

²¹⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J. “La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)”, Aranzadi Doctrinal, nº 1, 2017, p. 3 BIB 2017/10517

²¹⁷ Ibidem. P. 12

prestación, evidentemente no puede admitirse que esté en situación de maternidad”²¹⁸. Ahora bien, el Tribunal Supremo, en sendos pronunciamientos del año 2016 adoptados por el Pleno de la Sala de lo Social, seguidos posteriormente por otras sentencias durante el año 2017, ha terminado por reconocer el derecho a la prestación de maternidad en los supuestos de maternidad subrogada. Este reconocimiento se ha dado, indistintamente, a padres solteros, a parejas de un mismo sexo, así como a las formadas por un hombre y una mujer que no han podido/querido tener descendencia por otros medios. En esencia, junto con otra serie de argumentos jurídicos, el principal motivo por el que se ha reconocido la prestación de maternidad ha sido con base al interés superior del menor. Efectivamente, se ha llegado a la conclusión de que la prestación de maternidad no protege única y exclusivamente a la madre, sino también al recién nacido, quien merece en sus primeras etapas unos cuidados singulares. Asimismo, se ha entendido por el Tribunal Supremo que negar la prestación en los casos de maternidad subrogada supondría una discriminación del menor por su origen o filiación. Por lo tanto, la persona comitente en un contrato de gestación por sustitución obtendrá en España el derecho a lucrar la prestación por maternidad (que recordemos que en estos momentos se prolonga durante 16 semanas –o 18 en los casos de parto múltiple-). Se trata, sin lugar a dudas, tal y como ha sido manifestado por la doctrina, de una solución alcanzado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre un tema complejo y polémico, que es ciertamente innovadora y claramente protectora del menor.²¹⁹.

II. LA STS (PLENO) DE 25 DE OCTUBRE DE 2016.

El primer hito sobre este tema que ha sido debatido en el seno del Tribunal Supremo se produjo en una importantísima sentencia dictada por parte del Pleno de la Sala de lo Social en fecha de 25 de octubre de 2016 (recud. 3818/2015). El supuesto de hecho conocido por la citada sentencia consiste en un varón, en principio soltero (o por lo menos no consta en la sentencia que estuviera unido matrimonialmente con otra persona), que celebró un contrato de reproducción asistida en la India con una mujer de la que nacieron dos niñas. Las menores fueron inscritas en el Registro Civil del

²¹⁸ Ibidem. P. 12

²¹⁹ GALA DURÁN, C. “Las novedades en el ámbito del permiso por maternidad y la prestación de maternidad subrogada”, *La Administración Práctica*, nº 4, 2017, p. 5 BIB 2017/1167

Consulado de España en la India y se pactó que sería el varón –comitente- quien, en exclusiva, pasaría a asumir todas las funciones y obligaciones que se derivan de la patria potestad.

La controversia, en este caso de naturaleza social, nació de la solicitud del padre biológico a la hora de acceder a la prestación por maternidad, puesto que el INSS le negó su concesión argumentando que la legislación de Seguridad Social no protege estas situaciones. En este supuesto, el padre era biológico porque fue quien aportó sus gametos a la mujer que gestó a las menores en su seno para, posteriormente, entregárselas al primero.

Tras pasar por las diferentes instancias judiciales, el asunto llegó a manos del Tribunal Supremo, que resolvió a favor del solicitante reconociéndole el derecho a lucrar la prestación por maternidad. Para llegar a esta solución, el Tribunal Supremo tuvo que superar varios escollos interpretativos de calado, pasando por encima de la dicción literal de la legislación vigente. El primero de esos obstáculos viene de la ilegalidad en nuestro país de los contratos de gestación subrogada. Así se deduce claramente del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida que señala con meridiana claridad que será *“nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”*. Por esta razón, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (vgr. En sentencia de 6 de febrero de 2013, rec. 245/2012) ha venido negando la inscripción civil de los hijos nacidos por vía de un vientre de alquiler (aunque posteriormente la DGRN la ha venido aceptando en determinados supuestos). En este sentido, ha entendido la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que la gestación por sustitución *“es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de la relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia”*. Junto con ello, el artículo 177 TRLGSS, cuando se refiere al elenco de situaciones protegidas, cita expresamente la maternidad, la adopción y el acogimiento, sin incluir de forma expresa, como es natural, la maternidad por gestación subrogada. Por su parte, el artículo 2.2 del RD 295/2006, de 6 de marzo, tampoco contiene una mención expresa sobre los nacimientos ocasionados a través de un “vientre de alquiler”. Por lo tanto, los argumentos que podrían provocar la denegación de la prestación serían,

principalmente, el silencio mantenido por la norma legal de Seguridad Social y la nulidad del contrato de gestación por sustitución.

Ahora bien, tal y como he anticipado con anterioridad, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha manejado otros argumentos jurídicos para sortear el silencio legal y el carácter ilegal del contrato de gestación por sustitución. Éstos han sido, *grosso modo*, los siguientes:

a) El interés superior del menor como canon interpretativo de relevancia a la hora de colmar lagunas legales o decantar la exégesis de un precepto determinado. En este sentido, se parte del criterio de que la prestación de maternidad no protege única y exclusivamente a la madre, sino también al menor, quien debe de recibir durante sus primeros meses de vida unos cuidados especiales.

b) Porque las situaciones protegidas por la prestación por maternidad son parcialmente abiertas en el RD 295/2009. En este sentido, el artículo 2 del texto reglamentario equipara jurídicamente a los casos de adopción *“aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación”*. Por lo tanto, a juicio del Tribunal Supremo, la reproducida redacción reglamentaria permite cierta flexibilidad interpretativa. Ahora bien, como tal y como se ha afirmado doctrinalmente, opinión con la que coincido, el sentido de este precepto no es el de equiparar la maternidad subrogada a la adopción o la guarda, sino simplemente el reconocimiento de aquellas otras figuras o instituciones jurídicas de ordenamientos extranjeros que tengan efectos similares a la adopción y la guarda, tengan el nombre que tengan, con el requisito de que se declaren a través de resoluciones judiciales o administrativas que acrediten su existencia²²⁰.

c) En el presente supuesto, el padre es el único de los progenitores que materialmente está al cuidado de las dos menores y, por ello, reconocerle la prestación es la única forma de atender a la situación de necesidad derivada de tal circunstancia.

d) Porque la nulidad del contrato no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento ocasionado por la gestación por sustitución. Así las cosas, en ocasiones, el ordenamiento laboral reconoce ciertos efectos en los casos de nulidad del contrato de trabajo, por ejemplo, a la hora de abonar los salarios por la prestación de

²²⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J. Ob. Cit, p. 19 BIB 2017/10517

servicios efectivamente llevada a cabo hasta la fecha en la que se declara dicha consecuencia jurídica. Por lo tanto, una cosa sería la nulidad civil del contrato y otra la situación de necesidad que desde la Seguridad Social cabe proteger. En este sentido, sólo cabría limitar este derecho en los casos de fraude o abuso de derecho a la hora de acceder a las prestaciones de Seguridad Social, extremo que no se ha producido en el caso resuelto por el Tribunal Supremo.

No cabe perder de vista tampoco, que la STS de 25 de octubre de 2016 cuenta con varios votos particulares, uno de ellos centrado en la ausencia de contradicción y los restantes pronunciándose sobre el fondo del asunto y en los que se aboga por una solución distinta. En cualquier caso, la mayoría de la Sala optó por acoger la tesis consistente en el reconocimiento de la prestación de maternidad al padre biológico de las menores, que había sido parte del contrato de gestación subrogada. Como veremos más adelante, esta tesis se ha mantenido para este y otros supuestos distintos, perfilándose una sólida postura por el Tribunal Supremo que ha venido reconociendo la prestación de maternidad en España al padre o madre comitente, es decir, cualquiera que no hubiera gestado en su seno el embrión que *de facto* actúe como tales, en el cumplimiento de las distintas funciones y obligaciones derivadas de la patria potestad.

III. LA STS (PLENO) DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2016.

Poco tiempo después desde que se dictara la sentencia de 25 de octubre de 2016, el Tribunal Supremo se volvió a reunir en Pleno para debatir sobre el acceso a la prestación de maternidad en un supuesto de gestación subrogada, esta vez, actuando como comitentes dos personas que formaban una pareja heterosexual. Ambos suscribieron un contrato con una mujer de San Diego (California) que cedió su vientre para gestar un embrión que posteriormente fue inscrito en el Consulado de España en Los Ángeles como hijo de la pareja comitente. La mujer que no había dado a luz, pero que, *de facto*, era la persona que ejercía de madre del menor, solicitó al INSS la prestación de maternidad, siéndole denegada por la citada entidad gestora.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de noviembre de 2016 (recud. 3146/2014) volvió ahondar en la idea del interés superior del menor, predicado por la Convención sobre los derechos del niño (artículos 2 y 3) y en el artículo 39.2 CE como uno de los fundamentos principales para reconocer la prestación de maternidad en estos

casos. Concretamente, el artículo 39.2 CE proclama que los poderes públicos deberán de asegurar la protección integral de los hijos y su igualdad ante la ley con independencia de su filiación.

Esta segunda sentencia dictada por el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo recurre, básicamente, a los mismos argumentos que ya habían sido utilizados en su pronunciamiento anterior de fecha de 25 de octubre de 2016, centrándose quizá un poco más, en alguna idea concreta. Por ejemplo, incide en la protección de las relaciones familiares *de facto* y que las mismas constituyen un medio idóneo para lograr la concesión de la prestación por maternidad. Asimismo, se argumenta que el periodo de 16 semanas de descanso por maternidad comparte una doble finalidad: de un lado, atender a la recuperación de la madre; por otro lado, la protección de las especiales relaciones entre la madre y el hijo después de su nacimiento. En los casos de parto natural se establece un descanso obligatorio de 6 semanas posteriores al parto, atendiendo al debido reposo de la madre biológica. Ahora bien, en los casos de adopción o acogimiento nuestra legislación también prevé un descanso de 16 semanas, por tanto, de idéntica duración, atendándose exclusivamente a la segunda finalidad, es decir, a la protección del vínculo entre la madre y su hijo durante sus primeros meses de vida. En sentido contrario, se ha sostenido por parte de la doctrina que el subsidio por maternidad no tiene como finalidad velar por el interés superior del menor, ya que, a fin de cuentas el beneficiario de la prestación es el progenitor que, además, puede renunciar al mismo en cualquier momento, extinguiéndose el derecho con la reincorporación voluntaria al trabajo²²¹. En mi opinión, pese a que la prestación sea percibida, como es natural, por el progenitor, unido al hecho de que ésta sea dispositiva, no significa que proteja única y exclusivamente a la madre, sin que el menor no sea también objeto del bien jurídico protegido, en el sentido de que, evidentemente, durante sus primeros meses de vida precisa de una serie de cuidados y atenciones específicas que nuestro sistema de Seguridad Social atiende dispensando una duración de 16 semanas (superior, por tanto, a la que necesita una madre para recuperarse). Por lo tanto, entiendo que en la naturaleza jurídica de la prestación por maternidad se conjugan los intereses confluyentes entre la madre y el hijo, que no quedarían desvirtuados por el hecho de que el descanso se pueda disfrutar con anterioridad al parto. De hecho, en los casos de

²²¹ ARAGÓN GÓMEZ, C. “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del tribunal supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”, Revista de Información Laboral, nº 4, 2017, p. 15, BIB 2017/11072

maternidad subrogada el disfrute de la prestación lo será, siempre y en todo caso, con posterioridad al parto. Se argumenta también que la situación jurídica del menor de edad deriva de una resolución judicial extranjera por la que se inscribió como hijo de la pareja comitente en el Consulado de España en Los Ángeles, entrando de esta manera, en la dicción del artículo 2.2 RD 295/2006 que asimila estos supuestos a la adopción y al acogimiento.

En definitiva, tal y como era de esperar atendiendo al precedente fijado por la Sala en su sentencia de 25 de octubre de 2016, finalmente el Tribunal Supremo falló a favor de la trabajadora y por lo tanto, ésta tuvo reconocida la prestación por maternidad pese que el nacimiento del menor se hubiera producido a través de la gestación por sustitución en EEUU. Nuevamente, esta segunda sentencia cuenta con varios votos particulares que abogaron por una solución distinta.

IV. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL CONFORMADA POR SENTENCIAS POSTERIORES DEL TRIBUNAL SUPREMO RECONOCIENDO EL DERECHO A LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD EN LOS CASOS DE GESTACIÓN SUBROGADA.

Tras sendos pronunciamientos dictados por parte del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que entraron a resolver un tema que hasta ese momento no había sido conocido por el citado órgano judicial, se han resuelto una serie de sentencias que han vuelto a reconocer el derecho a la prestación por maternidad en los casos de gestación subrogada, alcanzándose en todas ellas la misma solución garantista para los intereses del padre/madre y del menor.

La primera de ellas se dictó al poco tiempo de emitirse los pronunciamientos dictados por el Pleno de la Sala de lo Social. Concretamente, me estoy refiriendo a la sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 30 de noviembre de 2016 (recud. 3183/2015). El supuesto de hecho que originó la controversia jurídica consistió en la solicitud de prestación de maternidad de un progenitor registral y padre biológico de un menor nacido de una mujer que renunció a la filiación materna. Curiosamente, el citado varón obtuvo la prestación por paternidad pero le fue denegada la relativa a la maternidad. No en vano, la STS de 30 de noviembre de 2016 se hizo eco de los argumentos jurídicos utilizados por las precedentes sentencias del Pleno para,

finalmente, optar por conceder la prestación de maternidad al padre biológico. En este supuesto el comitente forma un núcleo familiar con el menor al que le presta atención y cuidados parentales, teniendo por ello una relación *de facto* cuyo vínculo cabe proteger desde la perspectiva de la Seguridad Social. Así las cosas, en los casos de maternidad por subrogación también se producen relaciones especiales entre el padre y el hijo, posteriores al nacimiento del menor y que han de ser debidamente protegidas. En esta última sentencia, el Tribunal Supremo intenta salvar el recurso al “oportunismo jurídico” o una eventual interpretación en contra de lo establecido por la normativa, acentuando que “*no se trata de violentar lo preceptuado por el legislador sino de aquilatar el alcance de sus previsiones, armonizando los diversos mandatos confluyentes*”.

Posteriormente, se dictó la STS de 22 de noviembre de 2017 (recud. 1504/2015). En este supuesto era una mujer la que figuraba inscrita en el Registro Civil del Consulado General de España en Los Ángeles como progenitora de dos niños gemelos nacidos de unos padres biológicos que renunciaron voluntariamente a la filiación conforme se pactó en el oportuno contrato de gestación por sustitución. El Tribunal Supremo reconoció a la madre *de facto* el acceso a la prestación de maternidad en nuestro país y los argumentos manejados para llegar a dicha conclusión fueron exactamente los mismos que los utilizados en las sentencias del Pleno, por lo que en este punto, en aras de no resultar reiterativo, no volveré a reproducirlos. La particularidad de este supuesto, en relación con los anteriores, se produce porque la persona comitente es una mujer de la que no consta en la sentencia que estuviera unida matrimonialmente con ninguna otra persona. Ahora bien, la *ratio decidendi* es exactamente la misma que en los pronunciamientos precedentes y la conclusión, evidentemente, la misma.

Justo un año después de la segunda sentencia del Pleno, el Tribunal Supremo volvió a pronunciarse sobre esta cuestión en su sentencia de 30 de noviembre de 2017 (recud. 4105/2015). El supuesto de hecho consistió, en este caso, en un matrimonio entre dos personas del mismo sexo (dos hombres) que decidieron tener descendencia a través de la técnica de reproducción asistida basada en la gestación subrogada o “vientre de alquiler”. Para lograr dicha finalidad, concertaron un negocio jurídico con una mujer de California que tras alumbrar al bebé se lo cedió a la pareja comitente, siendo que, en el Registro Civil del Consulado General de España en Los Ángeles, la niña aparece

inscrita como hija de ambos cónyuges. En línea con lo resuelto anteriormente por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en este supuesto también se optó por otorgar a uno de los padres la correspondiente prestación por maternidad. Ahora bien, en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 30 noviembre de 2017 se nos plantea un escollo adicional, que viene representado porque en fecha de 24 de enero de 2017 se dictó una sentencia por parte de la Sala General del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Paradiso y Campanelli contra Italia). Se trata de una pareja Italiana que celebró un contrato de gestación por subrogación en Rusia y, posteriormente, las autoridades italianas iniciaron un procedimiento de sustracción del menor para que sea entregado a los servicios sociales. El TEDH negó que existiese una verdadera “vida familiar”, teniendo en cuenta, tanto la ausencia de un vínculo biológico entre el niño y los demandantes, como la corta duración de las relaciones entre ellos: la convivencia con el hijo en Italia había sido de apenas 6 meses. En definitiva, el TEDH llegó a la conclusión de que *no existe violación del Artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos sobre derecho al respeto a la vida privada y familiar al retirar, por parte de las autoridades italianas, la custodia de los padres contratantes no biológicos. Ahora bien, la STS de 30 de noviembre de 2017 se aparta del pronunciamiento del TEDH al entender que no se refiere a un supuesto de prestaciones en materia de Seguridad Social y porque, además, en el caso resuelto por el tribunal español no existía una corta duración en la relación paterno-filial “de hecho”, ni la existencia de la STEDH de 24 de enero de 2017 significa que deba desconocerse el interés del menor cuando falta la relación biológica con el progenitor legal.*

El último de los pronunciamientos sobre el que he tenido conocimiento en el momento de cerrar este comentario fue el producido por la STS de 14 de diciembre de 2017 (recud. 2066/2016). En este supuesto fueron dos hombres los que aparecen inscritos en el Registro Civil del Consulado General de España en Chicago y los que celebraron un contrato de gestación subrogada con una mujer que renunció a la filiación. Uno de ellos fue el que solicitó del INSS la prestación por maternidad que le fue denegada. La citada sentencia, de 14 de diciembre de 2017, reproduce con integridad los argumentos utilizados por las sentencias del Pleno de la Sala de 25 de octubre y 16 de noviembre del año 2016, que ya he comentado *supra*, por lo que no ahondaré en los mismos nuevamente. Si se ha tenido ocasión de seguir el hilo argumental mantenido por los pronunciamientos emitidos por parte del Tribunal

Supremo y que han sido comentados en las líneas precedentes, en este caso, el citado órgano judicial también resolvió a favor de la concesión de la prestación de maternidad al solicitante –en este caso, varón-.

V. CONCLUSIONES.

Como se habrá podido comprobar tras la lectura de lo argumentado a lo largo de las precedentes páginas, el Tribunal Supremo ha interpretado con flexibilidad y amplitud los supuestos en los que cabe reconocer el derecho a la prestación por maternidad cuando el menor ha nacido mediando un contrato de gestación subrogada. Con todo, cabe dejar asentado que en todos los supuestos conocidos por el Tribunal Supremo se considera como hecho probado que la filiación tuvo acceso al registro consular correspondiente.

Estamos ante una interpretación flexible, no rigurosa, porque se ha superado el tenor literal de la legislación estatutaria y de Seguridad Social a través de una exégesis sistemática donde se han tenido en cuenta otros principios y valores. Efectivamente, cuando en el Estatuto de los Trabajadores se regula la suspensión del contrato de trabajo por causa de la maternidad no se prevén expresamente los supuestos de gestación por sustitución. Por su parte, la normativa de Seguridad Social tampoco se refiere explícitamente a esta particular forma de concebir un embrión. No en vano, el reglamento que regula las prestaciones económicas por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia contiene una vía, una suerte de cláusula abierta, para poder integrar en el la norma jurídica todos estos supuestos, ya que en su artículo 2.2 se asimilan a la adopción y acogimiento las instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras. No cabe perder de vista en este punto que la mayoría de estos casos provienen de una previa inscripción registral de la filiación a favor del comitente o comitentes por el Consulado de España en el país donde se ha practicado la gestación por subrogación. Además, en algunos casos, dicha inscripción deriva de la existencia de una sentencia extranjera que ha validado la filiación del comitente o comitentes. En cualquier caso, no cabe desconocer que la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida está prohibida en España, civilmente con la nulidad de los contratos celebrados con dicha finalidad, lo que se traduce, también, en las limitaciones a la hora de inscribir registralmente al

menor, así como, penalmente, castigándose como delito en nuestro Código Penal. En este punto, la interpretación flexible, que no desconoce la nulidad civil de este tipo de acuerdos en nuestro país, pasa por la protección del interés superior del menor, la salvaguarda de las relaciones familiares “de hecho” y la existencia de una situación de necesidad que cabe cubrir. El interés superior del menor es un principio interpretativo de carácter internacional y constitucional y está conectado con el derecho a la no discriminación por razones de filiación, siendo que, la prestación por maternidad también protege al hijo durante sus primeros meses de vida –y no sólo a la madre-. En efecto, se produciría una situación discriminatoria en contra del menor que ha sido concebido a través de esta técnica reproductiva, extremo que se encuentra vedado por normativa internacional y nacional que es de carácter constitucional o prevalente. En definitiva, el principio del interés superior del menor tiene características de orden público, de tal forma que los jueces y tribunales tienen necesariamente que inspirarse en él a la hora de tomar cualquier decisión que afecte a un menor²²². La salvaguarda la relaciones familiares “de hecho” puede apreciarse en que, desde el momento en el que la madre gestante renuncia a las obligaciones propias de la patria potestad, el núcleo familiar lo conforman el comitente o comitentes con el menor o menores nacidos por esta vía. Por lo que respecta a la situación de necesidad, cabe aducir que ésta persiste con independencia de las repercusiones civiles o penales que se puedan derivar de dicho negocio jurídico. En este sentido, sigue existiendo un menor que precisa de una serie de atenciones especiales durante sus primeros meses de vida, cometido que compete a la persona que se encuentra a su cargo y que, si desempeña una actividad laboral, tendría derecho a una suspensión de su contrato y el acceso a la oportuna prestación de Seguridad Social durante dicho periodo.

Por lo que respecta a la amplitud, vendría explicada porque la doctrina sentada del Tribunal Supremo alcanza a una pluralidad de situaciones personales y diversas formas de llevar a cabo la gestación por sustitución. En este sentido, la prestación por maternidad la puede solicitar una mujer unida sentimentalmente con un hombre que, por la razón que sea, no haya podido tener hijos por otros medios. En estos casos, las formas de concebir son múltiples, puesto que el embrión puede provenir del vínculo genético de la propia pareja, insertándose posteriormente en el útero de una tercera mujer, de

²²² HIERRO HIERRO, J. “Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social”, REDT, nº 190, 2016, p. 22 BIB 2016/80288

gametos procedentes de la donación (de ambos o de uno sólo de la pareja), o con los óvulos de la gestante. En cualquiera de estas opciones, con independencia del origen de los genes del menor, la mujer comitente tendrá acceso a la prestación por maternidad, mientras que el varón podrá solicitar la prestación por paternidad (sin perjuicio de las eventuales cesiones que la ley permite entre la mujer y el hombre a la hora de disfrutar de la citada suspensión retribuida). Junto con ello, la prestación por maternidad puede derivarse de una familia monoparental, es decir, de un hombre o una mujer solteros que acuden a un “vientre de alquiler” para tener descendencia. Ambos supuestos han sido conocidos por el Tribunal Supremo y han recibido idéntico tratamiento en el sentido de poder lucrar la prestación por maternidad, con independencia de que el solicitante sea un hombre o una mujer. En el primer supuesto será habitual que el hombre aporte sus gametos, siendo padre biológico del menor nacido en el vientre de una mujer con la que ha perfeccionado un contrato de gestación subrogada. En el segundo de los casos será habitual que el gameto masculino provenga de un donante, siendo indiferente que el óvulo sea de la mujer comitente o de la mujer gestante puesto que, en ambos casos, se podrá acceder a la prestación por maternidad. Asimismo, también se tiene derecho a la prestación en los casos de parejas formadas por dos personas del mismo sexo que acuden a la gestación subrogada para tener descendencia. En este sentido, es bastante menos frecuente que dos mujeres lleven a cabo esta práctica reproductiva, de hecho, en las sentencias analizadas éste es único caso sobre el que no ha conocido el Tribunal Supremo, aunque la respuesta sería la misma, pues cabría reconocerle este derecho a la mujer que solicite la prestación. Algo más comunes son los supuestos de parejas formadas por dos hombres, en cuyo caso, lo más normal será que uno de ellos sea el padre biológico del menor. Pero con independencia de este dato, cualquiera de ambos tendrá derecho a solicitar un descanso retribuido de 16 semanas –o 18 en caso de que nazcan dos o más hijos-, mientras que el otro, entiendo, que podrá solicitar la prestación de paternidad, que en la actualidad es de 1 mes de duración. En definitiva, a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo para acceder a la prestación por maternidad y, en determinados casos, por paternidad, es indiferente la relación familiar que tenga la persona o personas que acuden a otro país para practicar la reproducción por gestación subrogada.

El INSS se ha hecho eco de esta interpretación y en estos momentos ya reconoce el derecho a la prestación por maternidad en los casos de hijos nacidos por gestación

subrogada (*Vid.* Consulta 29/2016, de 13 de diciembre). Resta ahora por dilucidar, porque el Tribunal Supremo no lo resuelve, cuando se entiende producido el hecho causante en los supuestos de gestación subrogada. Podemos tener varias fechas en consideración²²³: a) cuando el trabajador viaja al país extranjero para estar presente en el momento del parto; b) en la fecha del nacimiento del menor; c) cuando la relación paternofilial queda constituida en el país extranjero; d) cuando la filiación se inscribe en el registro español. En este sentido, el INSS considera que la prestación se entiende causada en la fecha del nacimiento del hijo o hijos. Por lo tanto, en dicho momento sobreviene la contingencia protegida. Naturalmente, la prestación no puede adelantarse a momentos previos puesto que ninguna de las personas comitentes va a ser gestante. Pero llama la atención que no se pueda extender a 4 semanas antes de la resolución judicial por la que se constituye el vínculo filial en los casos de adopción cuando los padres tienen que desplazarse al extranjero. Quizás podría aplicarse analógicamente esta previsión y poder iniciar el disfrute de la prestación cuando el comitente o comitentes viajan al país de la mujer gestante. Ahora bien, ante el silencio del legislador y salvo corrección judicial, cabe aplicar el criterio mantenido por el INSS que reconoce el inicio de la prestación en el momento del alumbramiento.

En fin, de acuerdo con la sentada jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, cualquier persona que solicite una prestación por maternidad en nuestro país cuando haya celebrado en el extranjero un contrato de gestación por sustitución, ocupando la posición jurídica de comitente, siempre y cuando tenga atribuida la filiación por estar oficialmente inscrita en el Registro del Consulado de España en el territorio donde se haya llevado a cabo dicho negocio, tendrá derecho a la prestación por maternidad.

RIFERIMENTO

ARAGÓN GÓMEZ, C. “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del tribunal supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”, *Revista de Información Laboral*, nº 4, 2017, p. 15, BIB 2017/11072

²²³ ARAGÓN GÓMEZ, C. “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del tribunal supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”, *Revista de Información Laboral*, nº 4, 2017, p. 15, BIB 2017/11072

GALA DURÁN, C. “Las novedades en el ámbito del permiso por maternidad y la prestación de maternidad subrogada”, *La Administración Práctica*, nº 4, 2017, p. 5 BIB 2017/1167

GORELLI HERNÁNDEZ, J. “La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)”, *Aranzadi Doctrinal*, nº 1, 2017, p. 3 BIB 2017/10517.

HIERRO HIERRO, J. “Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social”, *REDT*, nº 190, 2016, p. 22 BIB 2016/80288

GREVE POLÍTICA E O DIREITO AO PROTESTO: DESAFIOS E LIMITES NORMATIVOS E INSTITUCIONAIS

POLITICAL STRIKE AND THE RIGHT TO PROTEST: REGULATORY AND INSTITUTIONAL CHALLENGES AND LIMITS

João Guilherme Walski de Almeida²²⁴

Sandro Lunard Nicoladeli²²⁵

RESUMO: O presente artigo apresenta uma reflexão e revisão bibliográfica sobre a importância das greves políticas, sobretudo na perspectiva política do direito ao protesto. Para tanto, expõe elementos doutrinários acerca do tema e seus desafios estruturais, normativos e institucionais no sistema justicialista. A questão central que se coloca é em relação à legitimidade e à não abusividade desse tipo de greve política, além do protesto no contexto de defesa de direitos sociais numa sociedade democrática. O estudo transborda a interpretação mais restritiva do direito ao protesto e da greve política pela doutrina tradicional, ampliando-o num contexto do Direito Internacional do Trabalho em relação ao conceito de greve política e suas consequências no ordenamento jurídico brasileiro e na teoria constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Greve política; Direito ao Protesto; Lei de Greve; Teoria Constitucional; Direito Internacional do Trabalho.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Greve. 1.1 Delimitação conceitual. 2 Contornos teóricos da greve política. 3 A controvérsia acerca da legitimidade da greve política. 3.1 A greve política segundo a OIT e seus organismos de controle. 3.2 O conteúdo hermenêutico da greve política na esfera constitucional. 3.3 Greve política e direito ao protesto: uma aproximação conceitual necessária. 4 Conclusão. Referências bibliográficas.

ABSTRACT: *This article presents a reflection and bibliographical review on the importance of political strikes, especially from the political perspective of the right to protest. For that, it exposes doctrinal elements about the theme and its structural, normative and institutional challenges in the justice-labor system. The central question that arises is in relation to the legitimacy and non-abusiveness of this type of political strike, in addition to protest in the context of the defense of social rights in a democratic society. The study overflows the more restrictive interpretation of the right to protest and political strike by the traditional doctrine, expanding it in the context of international labor law in relation to the concept of political strike and its consequences in the Brazilian legal system and constitutional theory.*

KEYWORDS: *Political strike; Right to Protest; Strike Law; Constitutional Theory; International Labor Law.*

SUMMARY: *Introduction. 1 Strike. 1.1 Conceptual boundary. 2 Theoretical outlines of the political*

Artigo enviado em 01/07/2021

Artigo aprovado em 21/09/2021

²²⁴ Bacharel em Direito e Mestrando pela UFPR. Advogado. Membro da Comissão de Defesa dos Direitos Humanos da OAB-PR.

²²⁵ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná/UFPR. Professor de Direito do Trabalho/UFPR. Especialista em Liberdade Sindical pelo Escritório Regional da OIT (2008) e em Normas Internacionais do Trabalho pela Escola de Formação da OIT (2009). Integrou o corpo técnico da delegação brasileira na Conferência Internacional do Trabalho da OIT nos anos de 2014, 2015 e 2019 (Suíça). É presidente da Comissão de Direito Sindical da OAB/PR.

strike. 3 Controversy over the legitimacy of the political strike. 3.1 The political strike according to the ILO and its control bodies. 3.2 The hermeneutical content of the political strike in the constitutional sphere. 3.3 Political strike and the right to protest: a necessary conceptual approach. 4 Conclusion. References.

INTRODUÇÃO

Historicamente, todas as pautas reivindicatórias organizadas pelo movimento sindical são fortemente reprimidas pelo uso da força simbólica e estatal. Contudo, com o passar dos tempos, a violência adquire novas colorações ainda mais complexas e refinadas, agora, filtradas por decisões judiciais repressivas e limitadoras ao exercício do direito de greve. O estuário constitucional garante uma ativa e participante cidadania, porém, a interpretação normativo-estatal exercida pelos tribunais são fortemente impactadas por uma visão pré-constituída do conflito social de natureza trabalhista. Há grande controvérsia acerca do binômio legitimidade ou abusividade da greve de cunho político no ordenamento jurídico brasileiro, o qual adquire relevância na atual conjuntura política nacional, particularmente com o desmonte do regramento mínimo na esfera laboral e de precarização das políticas públicas.

Nas situações em que se sucedem, as greves políticas ocasionam momentos de tensão, vez que a paralisação patrocinada pelos sindicatos e apoiada pelos trabalhadores acarreta consequências diretamente para o empregador e indiretamente para toda a sociedade e o Estado.

A controvérsia entre os fundamentos e a demanda por greves políticas e as consequências que provocam exigem, evidentemente, a indispensável necessidade de estudo aprofundado desse instituto, desprovido de preconceitos e de uma racionalidade que menospreza e divorcia os direitos políticos e de cidadania dos direitos sociais e trabalhistas.

Os que defendem a abusividade do instituto, adeptos da teoria restritiva em sede de direito juslaboral, normalmente utilizam como fundamento a impossibilidade da greve política ante sua inadequação aos requisitos formais necessários à deflagração de um movimento de protesto fixado pela lei de greve. Além disso, parte da doutrina fundamenta seu posicionamento no fato de que os empregadores não podem sofrer as consequências de uma greve, pois não têm como encontrar soluções imediatas ou participar da resolução das demandas, por isso consideram-na uma greve atípica ou ilegal.

Na senda dos defensores da legalidade-legitimidade, adeptos da teoria

ampliativa, estão aqueles que ancoram seu fundamento, principalmente, na profundidade e abrangência conferidas ao direito de greve previsto nos direitos fundamentais da constituição e na doutrina do Direito Internacional do Trabalho.

Nessa corrente, assenta-se a premissa autorizativa do movimento, cuja hipótese é assertiva, afirmando que, ao trabalhador, cabe a oportunidade de escolher o melhor momento para deflagrar a greve, como também os fins que serão defendidos.

Nosso objetivo é problematizar a hipótese da greve inserido como direito de protesto, diferenciando-o, para além do esquadramento limitativo da lei de greve (lei 7783/89), mas o aproximando da teoria política e da perspectiva teórica do Direito Internacional do Trabalho. Para tanto, analisaremos os aspectos conceituais clássicos e os revisitaremos a partir de bibliografia especializada na teoria constitucional, direito do trabalho e da doutrina da Organização Internacional do Trabalho.

Desse modo, o presente artigo pretende problematizar os aspectos jurídicos e doutrinários, e demonstrar as razões pelas quais a greve política apresenta potencial conteúdo emancipatório.

1 GREVE

1.1 Delimitação conceitual

A greve é, sobretudo, um fato social²²⁶ que consiste na forma real de manifestação dos trabalhadores e cidadãos por melhores condições de vida e de trabalho, independentemente, em sua origem, de qualquer regulamentação legal. Em outras palavras, é possível afirmar que a greve não se inicia em função do seu reconhecimento como direito, do mesmo modo como não pode ser detida pela existência de uma norma jurídica, pois sua ocorrência está ligada intrinsecamente à vontade e à necessidade de mudança de um grupo de trabalhadores e cidadãos²²⁷.

²²⁶ No STF, no julgamento do MI-20, o Ministro Sepúlveda Pertence proferiu voto indicando que a greve “é antes de tudo um fato, que historicamente não esperou pela lei para tornar-se uma realidade inextirpável da sociedade moderna.”

²²⁷ BABOIN, José Carlos de Carvalho. **O tratamento Jurisprudencial da Greve Política no Brasil**. 2013. 177 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-10012014-153923/pt-br.php>. Acesso em: 28 set. 2018.

Enquanto fenômeno social, a greve pode ser conceituada como “abstenção coletiva e temporária do trabalho (...), deliberada por uma pluralidade de trabalhadores, para obtenção de determinado fim comum”²²⁸. Contudo, a referida assertiva não consiste no conceito jurídico de greve, tendo em vista que a adequação normativa presente no ordenamento jurídico jamais limitará a greve enquanto fenômeno social²²⁹.

O conceito jurídico de greve, por sua vez, varia de acordo com a legislação vigente, estando, atualmente, normatizada no ordenamento jurídico nacional, na condição de direito fundamental, por força constitucional. Isso nem sempre ocorreu, sobretudo nos capítulos antidemocráticos da história brasileira, o que tornou recorrente a sua criminalização ou esvaziamento normativo ou de efetividade.

Segundo Marcus Correia, “a tentativa de limitar-se juridicamente este fato, maior do que o direito, é uma das buscas mais constantes dos ordenamentos jurídicos diversos. O fato, no entanto, continua, neste ponto, sendo maior e mais forte do que as forças do próprio projeto”²³⁰. Prova disso é que, no Brasil, a greve foi criminalizada e tornada ilegal ou até vista como “recurso anti-social incompatível com os superiores interesses da produção nacional²³¹”, como no Código Penal de 1890, na Constituição de 1937 e na CLT em 1943²³².

Além disso, em boa parte da história recente, mesmo quando formalmente reconhecida como direito, seu exercício era dificultado, seja pela imposição de sanções ou perseguição dos grevistas²³³.

As tentativas de excluir a greve do ordenamento ou de inseri-la a partir de sua criminalização demonstram justamente a essencialidade do referido fato social, que é responsável por elucidar, na sociedade capitalista, os conflitos existentes entre operários e detentores de meios de produção, e entre cidadãos e o Estado. Trata-se, pois, de direito

²²⁸ FRAGOSO, Cristiano. **Repressão penal da greve**: uma experiência antidemocrática. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p.52

²²⁹ CAVO, Carlos Lopez-Monis de. **O direito de greve**: experiências internacionais e a doutrina da OIT. São Paulo: Ltr, 1998. p. 12.

²³⁰ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito Constitucional do Trabalho**: Relações coletivas. vol I. In: Correia, Marcus O. G. (org.) Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Ltr, 2007, p. 25.

²³¹ Art.139 da CF de 37.

²³² Art.722-725 da CLT.

²³³ MORAES FILHO, Evaristo de. **Direito de Greve**. *Revista Ltr*, edição julho/86. São Paulo: Editora LTr, 1986, p. 776.

de suma importância aos trabalhadores, capaz de trazer avanços significativos para a melhoria de vida do povo que vive do trabalho²³⁴.

A importância da greve é tamanha que Gomes e Gottshalk²³⁵ lecionam que o próprio Direito do Trabalho dela decorreu, afirmando que os movimentos grevistas “são a prova evidente de que o Direito do Trabalho foi obra do próprio operário, e não benevolência de filantropos, da classe patronal ou do Estado”.

Há, também, aqueles autores, a exemplo no clássico dicionário²³⁶, que conceituam greve de maneira mais abrangente do que os contornos positivados inseridos nas legislações nacionais.²³⁷ Esse recorte ampliativo e mais transversal, do ponto de vista conceitual, ocorre, pois alguns juristas compreendem a definição legislativa muito restritiva (lei 7783/89) e, na prática, interditante ao exercício desse direito. Isso porque limita o direito de cessação das atividades, particularmente quando subordinada e relacionada, exclusivamente, ao conteúdo obrigacional e normativo do contrato coletivo ou, mais especificamente, do contrato individual de trabalho.

Cabe, portanto, certificar que a visão da existência de um conceito de greve mais abrangente não está apenas presente no nosso país, mas em diversos ordenamentos jurídicos internacionais, nos quais a interpretação é mais extensiva. Tal assertiva pode ser comprovada na teoria de Luis Ramirez Bosco²³⁸, o qual conceitua greve, em sua definição ampla, como sendo “*el incumplimento colectivo de la prestación normal de trabajo, para presionar en apoyo de un interés profesional*”.

2 CONTORNOS TEÓRICOS DA GREVE POLÍTICA

²³⁴ BIAS, Rafael Borges de Souza. Direito fundamental à greve e a Constituição de 1988: da sua amplitude no texto constitucional à restrição pelos tribunais. **RIL**, Brasília, a. 55, n. 219. jul./set. 2018.

²³⁵ GOMES, Orlando; GOTTSALK, Elson. **Direito do Trabalho**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 2-3.

²³⁶ BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília/DF: Editora Universidade de Brasília. 5ª. Edição, 1993, p. 561.

²³⁷ Para os referidos autores do clássico dicionário de política Bobbio, Mateucci e Paquino, o conceito de greve, sobretudo os aspectos da greve política, vai além da ideia dos movimentos reivindicatórios tradicionais. Em verdade, converte-se em parte relevante da tradição política do movimento sindical: “No fim do século XIX e início do século XX, as massas operárias procuravam através da greve conseguir, não somente um melhoramento das próprias condições de salário e de trabalho, mas também a extensão do sufrágio. Ainda hoje muitos movimentos operários se servem da greve (especialmente da greve geral) para impor ao Estado a adoção de políticas econômicas e sociais ou de leis a eles favoráveis. (...) ao lado dos temas contratuais crescem os temas dirigidos, direta ou indiretamente, aos poderes públicos, para que intervenham com decisões favoráveis aos trabalhadores.” (...) “De acordo com uma importante linha teórica, a greve é essencialmente uma forma de protesto operário”.

²³⁸ BOSCO, Luis Ramírez. **Derecho de huelga**. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, p. 60-61.

Assim como ocorre com a conceituação jurídica de greve, também não existe uma uniformização na classificação das greves, havendo diferenciadas conceituações doutrinárias nacionais de Segadas Vianna e Raimundo Simão²³⁹ quanto à natureza jurídica dos movimentos paredistas.

No seu aspecto estratégico, o exercício da greve, segundo Oscar Ermida Uriarte²⁴⁰, sofre constantes mudanças, dependendo da necessidade de se adaptar aos novos formatos produtivos e empresariais.

Dessa forma, as classificações de formas de greve são, quase sempre, incompletas ou insuficientes, em razão do fato de não ser possível encapsular um instituto de natureza política e social numa rígida forma jurídica, vez que está acometido aos incessantes e flutuantes aspectos conjunturais para o seu exercício.

Há grande controvérsia quanto à definição da greve política, certamente, por conta da ausência de fundamentação assentada no texto legal. Como não há clareza sobre o conceito de greve política na legislação, inicialmente, analisa-se o tratamento doutrinário dispensado a esse instituto.

Luis Ramírez Bosco²⁴¹ acredita que greve política pode ser conceituada em muitos sentidos, mas que existem três que orientam o seu significado. O primeiro

²³⁹ Segundo o ensinamento clássico de Segadas Vianna (1986), as modalidades de greve possíveis seriam as seguintes: a) “*greve de ocupação*”: é a invasão dos locais de trabalho pelos trabalhadores e que também se configura quando os trabalhadores se recusam a deixar o local de trabalho após o fim da jornada; b) “*yellow-dog contracts*”: define-se pela paralisação de empresas que contratam trabalhadores em condições ou salários inferiores ao estabelecido no contrato coletivo, servindo, também, para trabalhadores não sindicalizados; c) “*greves de rodízio*”: consiste em paralisações de pequena ou média duração, acarretando a redução do ritmo de trabalho; d) “*greves intermitentes*”: verificável no caso de paralisação por instantes de maneira coordenada para em seguida voltar ao trabalho; normalmente, tem por finalidade prejudicar o sistema das atividades; e) “*greve de solidariedade*”: paralisação visando pressionar o empregador a não dispensar trabalhadores punidos ou a paralisação realizada por grupos profissionais que, mesmo sem vinculação com o problema diretamente, procuram reforçar a luta de outros grupos profissionais; f) “*greve de braços caídos*”: realizada por meio da redução do trabalho sem que os trabalhadores deixem a atividade profissional. Na leitura de Raimundo Simão de Melo (2011), o contexto de greve adota maneira singular e pragmática no modo de classificar as formas de greve, pois, além das formas consideradas tradicionalmente como greve (greve de zelo, greve tartaruga e outras), acrescenta na tipificação outras modalidades, como: a) a não colaboração; b) o trabalho regimental; c) greve ativa (aceleração do ritmo de trabalho); greve relâmpago (paralisação por alguns minutos ou horas); d) greve de advertência (suspensão do trabalho por algumas horas); e) mini-paralisações; f) greve por tempo determinado; g) greve intermitente (cada dia em um setor da empresa); h) greve nevrálgica ou greve-trombose (paralisação em um setor estratégico).

²⁴⁰ URIARTE, Oscar Ermida. Flexibilização da Greve. In: GERNIGON, Bernard; DIOS, Alberto Odero de; GUIDO, Horácio. **A greve: direito e flexibilidade**. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2002. Cap. 2. p. 79-110. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil-ia/documents/publication/wcms_317033.pdf. Acesso em: 28 set. 2018. P. 97-104.

²⁴¹ BOSCO, Luis Ramírez. **Derecho de huelga**. Buenos Aires: Hammurabi, 1991.

aspecto é de que a greve política visa interferir na dinâmica dos partidos políticos, objetivando apoiar um em detrimento de outro; o segundo elemento propõe a obtenção de medidas governamentais, medidas essas relacionadas com questões trabalhistas ou ao menos sociais (é o que os doutrinadores brasileiros nomeiam de greve político-trabalhista); o terceiro sentido revela a greve política no intuito revolucionário, instaurada para modificar uma forma de governo ou grupo de poder instalado.

Essa distinção de greve política em vários sentidos é crucial para o entendimento sobre a sua legalidade. De pronto, as greves que adotem o primeiro e terceiro sentidos são, em quase todas as legislações mundiais, tidas como proibidas, por serem greves com conteúdo apenas político. Desse modo, as greves do segundo sentido, ou seja, aquelas políticas de cunho trabalhista, são mais propensas a serem consideradas lícitas por terem ao menos uma estreita ligação com os fundamentos de natureza trabalhista.

Para José Carlos Baboin²⁴², greves políticas são aquelas em que não há uma base profissional definida e que visam protestar contra atos do governo ou de órgãos do poder público. Em outras palavras, seriam greves que objetivam pressionar o governo, de modo que a paralisação não guarda pertinência com os aspectos do contrato de trabalho.

Quanto ao destinatário do protesto envolvido na greve política, Carlos López-Monís de Cavo²⁴³ define, por sua vez, o poder público. Nesse tipo de greve, as reivindicações não são passíveis de negociação coletiva. Esse conceito, bastante abrangente, engloba as greves revolucionárias ou insurrecionais, as greves políticas puras e as greves de imposição político-econômica ou mistas.

Como se verifica, as greves políticas possuem atipicidades, porém, sempre voltadas contra o poder estatal, na busca de transformações na sociedade ou resistência a mudanças no patamar civilizatório da classe trabalhadora.

3 A CONTROVÉRSIA ACERCA DA LEGITIMIDADE DA GREVE POLÍTICA

²⁴² BABOIN, José Carlos de Carvalho. **O tratamento Jurisprudencial da Greve Política no Brasil**. 2013. 177 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-10012014-153923/pt-br.php>. Acesso em: 28 set. 2018.

²⁴³ CAVO, Carlos Lopez-Monís de. **O direito de greve: experiências internacionais e a doutrina da OIT**. São Paulo: Ltr, 1986.

3.1 A greve política segundo a OIT e seus organismos de controle

O conceito amplo e a multiplicidade de finalidades da greve para a Organização Internacional do Trabalho (OIT), por conta de sua indisfarçável influência eurocêntrica do pós-guerra e do seu código genético expresso na sua composição tripartite (trabalhadores, empregadores e governo) contém, por óbvio, maior sintonia e sensibilidade na definição dos contornos e desafios mundiais nas relações coletivas de trabalho, incluso o complexo e tenso espaço conceitual jurídico-político da greve. Muito embora o princípio de liberdade sindical esteja previsto nos diplomas internacionais universais (Constituição da OIT, Declaração de Filadélfia, Declaração Universal de Direitos Humanos) e fundamentalmente nas Convenções 87 e 98 da OIT, em verdade, inexistente tratado internacional (convenções) próprio e específico definindo o exercício do direito de greve²⁴⁴.

Do ponto de vista institucional, somente na 40^a. Conferência Internacional do Trabalho, ocorrida em 1957, é que surge a primeira manifestação específica sobre o tema, numa resolução que, essencialmente, orienta e sinaliza para as nações quanto à necessidade de abolição de legislações restritivas e, conseqüentemente, antissindicais nos estados-membros da OIT²⁴⁵. Noutras palavras, recomenda que os estados-membros

²⁴⁴ Além dos instrumentos indicados, o direito de greve é reconhecido na *Carta da OEA (apartado c, do artigo 45)*, a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 28)*, a *Carta Internacional Americana de Garantias Sociais (artigo 27)*, a *Carta Social Europeia de 1961 e a Carta Social Europeia revisada de 1996 (parágrafo 4 do artigo 6)*, o *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais («Protocolo de San Salvador» de 1988) (parágrafo 1, apartado b), do artigo 8) e a Carta Árabe de Direitos Humanos (parágrafo 3 do artigo 35)*.

²⁴⁵ Organização Internacional do Trabalho. I - Resolução sobre a abolição da legislação antissindical nos Estados membros da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09739/09739\(1957-40\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09739/09739(1957-40).pdf). Consultado em 27 dez 2017. Contando com a seguinte redação: “A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho: Considerando que a liberdade de associação constitui uma das condições de progresso econômico e social; Considerando que o direito dos trabalhadores de formar sindicatos e negociar acordos coletivos é confirmado pela Convenção sobre Liberdade de Associação e Proteção ao Direito de Organização, de 1948, e pela Convenção do Direito de Organização e Negociação Coletiva de 1949; Considerando que as atividades do Comitê de Independência das Organizações de Empregadores e Trabalhadores (1955-1956), bem como a discussão de seu relatório na Conferência Internacional do Trabalho e no Corpo Governante, revelaram que em muitos Estados Membros a Organização Internacional do Trabalho, havia leis que violavam direitos sindicais básicos. 1. Observa que a existência dessa legislação antissindical impede a promoção das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores e está em contradição com os objetivos fundamentais da Organização Internacional do Trabalho;

2. Exorta os governos dos Estados-Membros da Organização Internacional do Trabalho a adotarem

da OIT adotem legislações que assegurem o exercício efetivo e sem restrição de nenhuma forma dos direitos sindicais, incluso o direito de greve.

O tema, dessa forma, foi aprovado no âmbito da Conferência da OIT (1970), a respectiva “Resolução da OIT sobre liberdades sindicais e direitos civis”²⁴⁶, com uma sinalização ainda mais consistente, articulando uma estreita vinculação entre os direitos sindicais e as liberdades civis, com vistas a expandir as medidas destinadas a obter o respeito pleno e universal dos direitos sindicais em seu sentido mais amplo, que englobam e protegem, por óbvio, o direito de greve.

Atualmente, o Comitê de Liberdade Sindical, organismo de monitoramento e controle internacional das normas no tocante à liberdade sindical, tem reconhecido que a greve é um direito, e não apenas um fato social, e que se trata de um direito que pode ser usufruído pelas organizações de trabalhadores. Suas manifestações, quando aprecia os casos a ela submetidos, evocam, também, que as limitações ao direito de greve não podem ser excessivamente incompatíveis com o exercício do direito, porque, na prática, inviabilizam o exercício dessa modalidade de direito. Nesse sentido, aponta a doutrina acerca da greve produzida na doutrina do jurista uruguaio, Oscar Ermida Uriarte²⁴⁷:

Respecto a la huelga política, el Comité de Libertad Sindical ha entendido que lo él llama huelga de protesta político-económica es válida, esto es, la huelga que, aunque tenga una connotación política, además posee un fundamento económico profesional o está vinculada con las pretensiones económicas de los trabajadores. En cambio, quedaría fuera del concepto de huelga amparado por el principio de libertad sindical y controlado por el Comité de Libertad Sindical, la huelga política pura no relacionada con las pretensiones económicas de los trabajadores.

Mais concretamente, na recopilação de decisões do Comitê de Liberdade Sindical²⁴⁸, particularmente no verbete 526²⁴⁹, o órgão de controle manifesta

medidas para a abolição, o mais rapidamente possível, de todas as leis e regulamentos administrativos que impedem ou restringem o livre exercício dos direitos sindicais e que, nos casos em que ainda não tenha sido feito, proceder à adoção de legislação **que assegure o exercício efetivo e sem restrição de direitos sindicais pelos trabalhadores, inclusive o direito de greve**, garantindo a aplicação prática dessa legislação. (grifo nosso)

²⁴⁶ Organização Internacional do Trabalho. La libertad de asociación y la libertad sindical en la práctica: lecciones extraídas. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_096124.pdf p. 97. Consultado em: 07 dez 2020.

²⁴⁷ URIARTE, Oscar Ermida. **Apuntes sobre la huelga**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2012.p 154.

²⁴⁸ NICOLADELI, Sandro Lunard; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **O Direito coletivo, a liberdade sindical e as normas internacionais: A liberdade sindical – Recopilação de decisões e princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT**. São Paulo: LTr, 2013. v.2. P. 136.

expressamente que os interesses profissionais e econômicos, os quais os trabalhadores defendem por meio das greves, incluem a busca por soluções no âmbito das políticas econômicas e sociais, além da busca por melhores condições de trabalho e reivindicações de ordem profissional.

A Comissão propugna, ainda, que os Estados deveriam permitir que as organizações que defendem os direitos dos trabalhadores possam recorrer às greves para lutar contra ações governamentais, especialmente aquelas que tratem de questões de política econômica e social, pois, naturalmente, afetam os interesses dos trabalhadores, principalmente quando tratam sobre emprego, proteção social ou qualidade de vida²⁵⁰.

Nesse sentido, também, os verbetes 530²⁵¹ e 531²⁵², do Comitê de Liberdade Sindical, evidenciam decisões envolvendo a indicação de solução e interpretação consentâneas com as normas da OIT, pela via da superação de qualquer limitação ou encapsulamento do direito de greve aos conflitos de índole exclusivamente trabalhista²⁵³. Pelo contrário, o direito de greve na forma de protesto contra atos governamentais, segundo o organismo de controle, deveria ser permitido aos trabalhadores, a fim de que possam ter o direito de expressão num âmbito mais amplo, podendo demonstrar sua desconformidade ou descontentamento com as políticas econômicas e sociais que tenham relação com seus interesses de classe²⁵⁴.

²⁴⁹ CLS: 526. Os interesses profissionais e econômicos, que os trabalhadores defendem mediante o direito de greve, abrangem não só a obtenção de melhores condições de trabalho ou reivindicações coletivas de ordem profissional, como também envolvem a busca de soluções para questões de política econômica e social e para problemas que se apresentam na empresa e que interessam diretamente aos trabalhadores.

²⁵⁰ GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio. **Princípios de la OIT sobre el derecho de huelga**. Revista Internacional del Trabajo, Ginebra, v. 117, n. 4, p.473-515,1998. P. 477-478.

²⁵¹ CLS: 530. Num caso de uma greve geral ter sido declarada em protesto contra um decreto sobre conciliação e arbitragem e que era dirigida, sem dúvida alguma, contra a política do governo, o Comitê considerou que seria duvidoso que as queixas pudessem ser desconsideradas pelo fato de a greve não ser resultado de um conflito trabalhista, pois os sindicatos estavam em conflito com o governo na sua qualidade de empregador de importância, como consequência de uma medida tomada por ele em matéria de relações de trabalho e que, na opinião dos sindicatos, limitava o exercício dos direitos sindicais.

²⁵² CLS: 531. O direito de greve não deveria limitar-se aos conflitos de trabalho suscetíveis de terminar numa determinada convenção coletiva: os trabalhadores e suas organizações devem poder manifestar, caso necessário, num âmbito mais amplo, seu possível descontentamento com questões econômicas e sociais que guardem relação com os interesses de seus membros.

²⁵³ LIRA, Fernanda Barreto. **A greve e os novos movimentos sociais: para além da dogmática jurídica e da doutrina da OIT**. São Paulo: Ltr, 2009, p. 103.

²⁵⁴ NICOLADELI, Sandro Lunard ; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **O Direito coletivo, a liberdade sindical e as normas internacionais: A liberdade sindical – Recopilação de decisões e princípios do**

Ademais, o Comitê de Liberdade Sindical, num sentido mais ampliado, admite as greves de solidariedade e as greves nacionais contrárias às políticas econômicas e sociais de determinado país, como verificáveis nos precedentes 542²⁵⁵ e 543²⁵⁶, firmados no sentido de que quaisquer limitações ou decretações de ilegalidade ou até a proibição de uma greve consistem em grave violação à liberdade sindical²⁵⁷.

Por fim, o Comitê de Liberdade Sindical, no precedente 529²⁵⁸, considera legítimas até mesmo as greves puramente políticas; embora, como citado anteriormente na doutrina de Uriarte, não estejam abarcadas pelo princípio da liberdade sindical, ainda assim, aos sindicatos deveria ser permitido realizar greves de protesto, principalmente, se a paralisação objetiva criticar a política econômica e social do país²⁵⁹.

Em suma, o fundamento e finalidade ampla da greve, inclusive a de natureza política e de protesto, é reconhecido e definido na política institucional da Organização Internacional do Trabalho em dois estudos: de Hodges-Aeberhard e Dios²⁶⁰, e Gernigon; Odero; Guido²⁶¹.

Sendo assim, o organismo privilegia o sentido mais amplo da liberdade sindical e do direito de protesto dos trabalhadores, seja contra o empregador, seja no sentido de confrontação às ações estatais que contrariem os interesses gerais de classe, de interesse

Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT. São Paulo: LTr, 2013. v.2. p. 137.

²⁵⁵ CLS: 542. A declaração de ilegalidade de uma greve nacional de protesto, pelas consequências sociais e trabalhistas da política econômica do governo e sua proibição, constitui grave violação da liberdade sindical.

²⁵⁶ CLS: 543. No que diz respeito à greve geral, o Comitê tem considerado que a greve é um dos meios de ação de que devem poder dispor as organizações de trabalhadores. É legítima e faz parte da atividade normal das organizações sindicais uma greve geral de vinte e quatro horas, para reivindicar o aumento de salários mínimos, o cumprimento das convenções coletivas em vigor e a mudança da política econômica (para diminuição dos preços e do desemprego) (Comitê de Liberdade Sindical da OIT).

NICOLADELI, Sandro Lunard; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **O direito coletivo, a liberdade sindical e as normas internacionais: A liberdade sindical – Recopilação de decisões e princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT.** São Paulo: LTr, 2013. v.2. P. 139.

²⁵⁸ CLS: 529. Embora as greves de natureza puramente política não estejam amparadas pelos princípios da liberdade sindical, os sindicatos deveriam poder organizar greves de protesto, especialmente para exercer o direito de criticar a política econômica e social do governo.

²⁵⁹ NICOLADELI, Sandro Lunard; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **O Direito coletivo, a liberdade sindical e as normas internacionais: A liberdade sindical – Recopilação de decisões e princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT.** São Paulo: LTr, 2013. v.2. P. 137.

²⁶⁰ HODGES-AEBERHARD, Jane; DIOS, Alberto Odero de. **Princípios Do Comitê de Liberdade Sindical Referentes a Greves.** Brasília: Organização Internacional do Trabalho no Brasil, 1993, p. 9.

²⁶¹ GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio. **Princípios de la OIT sobre el derecho de huelga.** Revista Internacional del Trabajo, Ginebra, v. 117, n. 4, p.473-515,1998. P. 477-479.

mediato ou imediato, particularmente nos casos de implementação de políticas de privatização ou de conteúdo nitidamente caracterizável como de retrocesso social ou de ofensa ao patamar civilizatório da classe trabalhadora de cada País.

3.2 O conteúdo hermenêutico da greve política na esfera constitucional

A greve política não foi disciplinada na Constituição Federal de 1988, por isso é necessário captar como o direito de greve, no geral e sistemicamente, é tratado no âmbito constitucional.

Inicialmente, entretanto, é importante destacar o fato de que a greve, após a promulgação da Constituição de 1988, consiste em um direito fundamental dos trabalhadores, conforme redação constante no artigo 9º da Constituição Federal²⁶².

Como se denota, a Constituição de 1988 assegura aos seus cidadãos um direito amplo de greve, sem grandes restrições ao seu exercício. O referido artigo, como se observa, não sujeita a realização da greve à forma, finalidade ou exercício vinculado a normas específicas, tendo delegado à lei ordinária apenas a definição dos serviços essenciais.

Logo, é possível afirmar que a Constituição da República definiu a diretriz política e irradiou ao legislador ordinário a delimitação do conceito e alcance do direito de greve, entendendo-o enquanto direito fundamental, sem maiores restrições. Quanto ao fundamento desse direito, vale citar Oliveira Neto: “O direito de greve goza do status de direito fundamental juntamente com outros direitos sociais que integram o capítulo específico da Constituição”²⁶³, o que significa um avanço significativo do constituinte em assegurar um direito característico das democracias modernas.

A greve configura, na perspectiva de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins²⁶⁴, um direito de resistência²⁶⁵, na medida em que “impõe ao Estado e, por extensão,

²⁶² Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. § 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

²⁶³ OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de. **O direito de greve e os 30 anos da Constituição**. Jota. Publicado em 26.jun.2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-direito-de-greve-e-os-30-anos-da-constituicao-27062018>. Acesso em 23.jan.2019.

²⁶⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 51.

indiretamente, aos empregadores de tolerarem uma greve deflagrada nas condições constitucionalmente previstas”. Desse modo, o direito de resistência é a pretensão de resistência à intervenção estatal injustificada ou arbitrária.

Na corrente justralhista mais iluminada pelos valores constitucionais e da doutrina internacional, a exemplo de Mauricio Godinho Delgado²⁶⁶, para o referido doutrinador o direito de greve estabelecido na Constituição vigente é bastante amplo e, também, afiança a hipótese legal aos trabalhadores quanto à escolha de como e por que deflagrar uma greve, assim, permitindo a realização de greves políticas²⁶⁷.

Assim também preceitua Raimundo Simão de Melo, propugnando que na Constituição de 1988 fora inserido um novo modelo para as relações de trabalho se comparado com os já aplicados no país. Sustenta que a Constituição Federal de 1988 é revolucionária em comparação às antigas cartas constitucionais, porque a atual constituição considera o direito de greve como um direito fundamental do cidadão. Essa nova racionalidade estatal emergiu como auspiciosa novidade, pois a greve quase sempre foi tratada de modo restritivo na legislação brasileira²⁶⁸, porém com a renovada carta democrática de 1988, situou-se o direito o greve nestes termos:

“Portanto, como a lei não proíbe, são admitidas as greves políticas e de solidariedade ou protesto, desde, porém, voltadas para a defesa de interesses trabalhista-profissionais(...) greve-protesto dos trabalhadores contra a política econômica empreendida pelo governo [...]”²⁶⁹.

Na doutrina constitucional, a premissa da greve política encontra guarida nos

²⁶⁵ O conceito do direito de resistência é desenvolvido na teoria justralhista nacional, originariamente, na obra de Márcio Túlio Viana (Direito de Resistência. São Paulo: LTr, 1996).

²⁶⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**: revisado e ampliado. 16. ed. São Paulo: Ltr, 2017, p.1710-1714.

²⁶⁷ “[...] sob o ponto de vista constitucional, as greves não precisam circunscrever-se a interesses estritamente contratuais trabalhistas (embora tal restrição seja recomendável, do ponto de vista político-prático, em vista do risco à banalização do instituto – aspecto a ser avaliado pelos trabalhadores). Isso significa que, a teor do comando constitucional, não são, em princípio, inválidos movimentos paredistas que defendam interesses que não sejam rigorosamente contratuais – como as greves de solidariedade e as chamadas políticas. A validade desses movimentos será inquestionável, em especial se a solidariedade ou a motivação política vincularem-se a fatores e significativa repercussão na vida e trabalho dos grevistas [...]”.

²⁶⁸ Em 1935 foi promulgada a Lei n° 35 de 4 de abril, que estabeleceu a greve como delito. E a Constituição de 1937 seguiu na mesma linha e manteve a greve como um delito. Além disso, o governo de Getúlio Vargas ainda implantou o Decreto-lei n. 431 de 1938 que tipificou três delitos que são decorrentes da greve. Importante comentar que a CLT, de 1° de maio de 1946, também considerou a greve como delito.

²⁶⁹ MELO, Raimundo Simão de. **A greve no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2011. p.46.

ensinamentos constitucionais de José Afonso da Silva:

Quer dizer, os trabalhadores podem decretar greves reivindicativas, objetivando a melhoria das condições de trabalho, ou greves de solidariedade, em apoio a outras categorias ou grupos reprimidos, ou greves políticas, com o fim de conseguir as transformações econômico-sociais que a sociedade requeira, ou greves de protesto [...]”²⁷⁰.

Nesse sentido, o exercício pleno da prática do direito de greve política, quando apreciado no âmbito da corte constitucional, obteve interpretação materializada no julgado do ministro Eros Grau (Mandado de Injunção 712), firmando entendimento de que a Constituição não limitou o direito de greve, mas, em verdade, delegou aos trabalhadores a competência para decidirem a oportunidade para sua deflagração, como também os objetivos que com ela serão defendidos: “[...] **sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve: greves reivindicatórias, greves de solidariedade, greves políticas e greves de protesto**[...]”²⁷¹(grifo e sublinhado nossos).

Contrariamente à doutrina constitucional e justralhista mais avançada e aos entendimentos esposados pelos organismos de controle da OIT, a jurisprudência trabalhista expressa postura muito reativa e até repressiva aos movimentos caracterizados como greve de protesto ou política.

Numa breve consulta nos repositórios de jurisprudência, são facilmente aferíveis diversas decisões judiciais declarando a ilegalidade de greves políticas, lastreadas nos requisitos restritos da lei de greve (7783/89), por conseguinte, subordinantes à deflagração de uma paralisação com essa diretriz. Como exemplo paradigmático, pode-se citar o julgado da Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho, em sede de Dissídio Coletivo de Greve (TST-DCG-1000418-66.2018.5.00.0000), que decidiu pela abusividade da greve dos empregados da Eletrobrás, deflagrada exatamente contra política estatal de privatização da empresa e que, obviamente, afetaria, no futuro próximo, os próprios postos de trabalho dos grevistas²⁷².

²⁷⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p.?

²⁷¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção 178-8 Pará**. Relator: Ministro Eros Grau. DJ: 25/10/2007. JusBrasil, 2008. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926757/mandado-de-injuncao-mi-712-pa>. Acesso em: 14 out.2018 (grifo nosso).

²⁷² “Dissídio coletivo. Greve. Movimento deflagrado contra a privatização das empresas que compõem o sistema Eletrobrás. Motivação estritamente política. Abusividade. É abusivo o movimento grevista deflagrado pela categoria profissional contra a privatização das empresas que compõem o sistema Eletrobrás, pois não se verifica dissídio trabalhista, ou seja, conflito entre empresa e trabalhadores. A

Por isso, é possível afirmar que as inúmeras controvérsias coletivas submetidas ao estado-juiz, invariavelmente, como a citada decisão da Justiça Especializada, conferem tratamento hostil às greves políticas porque balizadas, estritamente, na esfera da lei de greve, salvo raríssimas exceções, a exemplo da greve geral convocada pelas centrais sindicais e aderida pelos trabalhadores rodoviários do Paraná contra a reforma trabalhista de 2017²⁷³. Portanto, há, invariavelmente, forte demarcação legalista e exclusivamente fundada no fato de que as greves políticas ofendem os objetivos e os requisitos estabelecidos na Lei 7.783/89, pois os empregadores não teriam como pacificar uma greve com reivindicações políticas.

Para a jurisprudência majoritária, a violação aos preceitos da lei estaria situada com tais reivindicações, e não seria possível ocorrer diálogo social materializado numa formalizada negociação coletiva, ao passo que a pacificação do conflito caberia ao poder público. Sendo assim, consistiria em uma potencial violação ao artigo 3º da lei 7783/89, que estabelece a necessidade de frustração da negociação coletiva ou da arbitragem para que a greve possa ser legal.

3.3 Greve política e direito ao protesto: uma aproximação conceitual necessária

A controvérsia acima da legalidade da greve política remete a um debate mais amplificado, pois coloca em xeque a própria noção de democracia presente nos operadores jurídicos, sobretudo pelos membros do Estado-juiz, os quais, comumente, apelam a critérios restritivos dos valores democráticos, privilegiando o interesse individual em detrimento ao interesse coletivo, ou até do excessivo prestígio do interesse empresarial/estatal frente ao interesse geral dos trabalhadores.

Nesse sentido, parece importante uma aproximação do conceito de direito de greve – sobretudo das greves políticas institucionalmente identificadas e classificadas,

política de privatização do setor elétrico não é de autoria da Eletrobrás, nem das empresas estatais, mas do poder público, de modo que as reivindicações dos trabalhadores não podem ser negociadas pelas empresas. Assim, vislumbrando a ocorrência de greve com motivação estritamente política, a SDC, por maioria, julgou procedente o pedido de abusividade do movimento, vencidos os Ministros Mauricio Godinho Delgado, relator, e Kátia Magalhães Arruda. TST-DCG-1000418-66.2018.5.00.0000, SDC, rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, red. p/ acórdão Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho, 11.2.2019.”

²⁷³ Dissídio Coletivo de Greve - DCG 0000631-74.2017.5.09.0000 - aforado perante o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª. região, no qual se discutia a oportunidade de paralisação dos trabalhadores do transporte coletivo na iminente greve geral contra a reforma trabalhista em abril de 2017. Disponível em: <https://www.defesadetrabalhadores.com.br/wp-content/uploads/2017/04/Decisa%CC%83o-DCG-SINTTROL-e-SINTTROMAR-METROLON-e-outros-1.pdf>. Consultado: 09 abr 2019.

mas que materialmente expressam genuína forma de exercício de “direito ao protesto”, o qual consiste no “primeiro direito”, aquele que possibilita que os cidadãos recuperem os direitos privados²⁷⁴. A aproximação também é importante para refletir a oposição da noção do direito de greve (e do direito ao protesto), com os demais direitos e com as necessidades econômicas do sistema capitalista, cuja tensão é necessária para a própria existência da democracia²⁷⁵.

Discorrendo, também, sobre a legitimidade democrática das greves, Oscar Ermida Uriarte²⁷⁶ define o conflito, ou seja, a ocorrência de toda e qualquer greve – típicas e atípicas – como expressão da indispensável elevação do patamar civilizatório, pois cumprem finalidade integradora da resolução de conflitos numa sociedade democrática. Argumenta-se, assim, para a legitimação do conflito, utilizando como ponto de partida o reconhecimento de que é o fim natural e inevitável da pluralidade que constitui a própria essência da democracia²⁷⁷.

Os movimentos reivindicatórios e seus marcos e limites na democracia capitalista foram refletidos por Luis Felipe Miguel²⁷⁸ e evidenciam que a greve tem potencial para uma linha demarcante no grau de efetividade na ordem de afirmação dos direitos civis. Nesse sentido, dentro da ordem capitalista, a democracia não consegue atingir o seu objetivo máximo de ser uma forma de autonomia popular. A dependência estrutural, a influência “persuasiva” do poder econômico, a socialização inadequada dos trabalhadores para a ação política democrática são as características do capitalismo que acarretam a limitação da democracia e viabilidade de aglutinação reivindicatória. Corroborando esta tese, Ellen Hazan²⁷⁹ conceitua as greves contra políticas gerais de governo como expressão de força política da classe trabalhadora.

Com tudo isso, pode-se afirmar que o fator determinante das greves políticas,

²⁷⁴ GARGARELLA, Roberto. **El derecho frente a la protesta social**. *Revista de la Facultad de Derecho de Mexico*, Cidade do Mexico, v. 58, p.141-151, ago. 2008. Disponível em: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/60938>. Acesso em: 10 set. 2018.

²⁷⁵ *Idem*

²⁷⁶ URIARTE, Oscar Ermida. Flexibilização da Greve. In: GERNIGON, Bernard; DIOS, Alberto Otero de; GUIDO, Horácio. **A greve: direito e flexibilidade**. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2002. Cap. 2. p. 79-110. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_317033.pdf. Acesso em: 28 set. 2018. P. 87-104)

²⁷⁷ *Idem*.

²⁷⁸ MIGUEL, Luis Felipe. **Consenso e Conflito na Democracia Contemporânea**. São Paulo: Unesp, 2017.

²⁷⁹ HAZAN, Ellen Mara Ferraz. **Da greve ao locaute**: contribuições para a luta coletiva. Belo Horizonte: RTM, 2016. p. 80.

definindo-as com ou sem legitimidade democrática, é, na verdade, a adoção da tese representada por uma interpretação restritiva de um conceito mais simplificado e, por que não, estratificado, da própria democracia. Por outro lado, as greves, inclusive as de natureza política (protesto e solidariedade), fazem parte da pluralidade característica inerente e marcante da democracia. A história da judicialização do conflito da classe operária francesa bem representa essa tensão latente entre democracia operária e direito ao protesto:

O valor da democracia política e social é incessantemente proclamado, a disciplina democrática e a regra da maioria são enaltecidas diante dos operários, mas o cenário muda de repente quando se trata de “democracia operária”. A “cena original” da ditadura ressurgiu sorrateiramente: a maioria do pessoal é impedida de retomar o trabalho “por uma minoria, que monta guarda nas portas da empresa” (...) Não há democracia trabalhista para o patronato: há, de um lado, a liberdade de trabalho e, de outro, a luta de classes. E, no fim das contas, a liberdade de trabalho é a expressão do direito de propriedade *no* próprio “trabalho”²⁸⁰.

Por isso, às naturais tensões latentes no sistema regulatório do trabalho e de suas relações coletivas de trabalho, soma-se o fato de que o movimento paredista contra o Estado e suas políticas desconstrutivas da regulação do trabalho e de sua atuação econômica, obviamente, cumprem papel de funcionalizar as demandas sociais frente ao estabelecimento de políticas públicas, seja para represar ou minorar os prejuízos cujos efeitos possam causar danos aos trabalhadores.

4 CONCLUSÃO

O presente estudo problematizou alguns elementos doutrinários acerca da greve política e seus desafios estruturais, normativos e institucionais no sistema justicialista, tendo como premissa o panorama do tema no âmbito da normatividade internacional e nacional, permanecendo, ao fim do trabalho, a indagação quanto à sua legalidade e legitimidade. Seriam, afinal, legais as greves políticas?

É evidente que, sobre o debate, existem inúmeras posições, porém, no caso nacional, apesar da consistente doutrina laboral, constitucional e do direito internacional – sobretudo nas manifestações dos organismos de controle da OIT, reconhecendo a faculdade e oportunidade de realização de greves políticas –, a jurisprudência trabalhista consolida-se no sentido restritivo, sem qualquer concessão ou abertura de possibilidade

²⁸⁰ EDELMAN, Bernard. **A legalização da classe operária**. Coord. e tradução Marcus Orione. 1ª. ed. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 117-118.

do exercício do direito de protesto na modalidade de greve política (solidariedade ou protesto), seja ela incitada e organizada por sindicatos, seja por iniciativa e execução diretamente protagonizada pelos trabalhadores, isso tudo, mesmo com a existência do precedente da suprema corte em sede de Mandado de Injunção – 712.

Há, portanto, indiscutível interdição do direito ao protesto no subsistema de relações de trabalho, desconectada da doutrina juslaboral internacional, constitucional e de Direito Internacional do Trabalho, como a apresentada no presente artigo e até combinada às manifestações ampliativas de hipóteses para o exercício do direito, no caso, pelas decisões do Comitê de Liberdade Sindical.

Dessa maneira, paira, no caso brasileiro, uma jurisprudência trabalhista dissociada dos princípios constitucionais e das diretrizes internacionais. Há, na verdade, consistente atuação estatal de natureza excessivamente interveniente, por meio do Poder Judiciário, órgão ministerial (MPT) e das forças repressivas do Estado, abusivamente restritiva de direitos dos grevistas, por fim, reprimindo qualquer conflito social que exorbite marco regulatório restritivo (Lei 7783/89). Prova disso é que apreciação judicial dos conflitos trabalhistas nas greves políticas encontra-se encapsulada e subordinada aos requisitos formais para sua deflagração. Em outras palavras, incumbe, particularmente ao Estado-juiz, rejeitar o conflito social e limitá-lo, apenas e tão somente, aos cânones fixados pela lei nº 7.783/1989.

Por isso, os elementos que tangenciam a análise do fenômeno social da greve política demandam a inseparável articulação reflexiva entre as liberdades civis e fundamentais: direito de organização, locomoção, reunião e expressão, o exercício da liberdade sindical e o direito de protesto no sistema trabalhista, consignado no art. 9º. da Constituição Federal.

Na regulamentação do direito de greve por lei ordinária, a composição desses direitos foi, lamentavelmente, reduzida no seu raio de ação, por conta do tratamento restritivo desenhado no conteúdo normativo da Lei 7783/89, potencializado por decisões judiciais, preponderantemente ocupadas na preservação prevalente dos interesses dos estatais e dos empregadores, enfim, na manutenção da ordem do sistema capitalista, em flagrante dessintonia com o projeto político da nação brasileira previsto no art. 3º. da Constituição Federal.

Não há abusividade numa greve política, e demanda-se, em verdade, uma necessária iluminação e retroalimentação entre o núcleo de direitos fundamentais e o

dique normativo de interdição dos conflitos na esfera da espacialidade técnico-normativa laboral, cuja função residiria na regulação e na superação das divergências pela via do diálogo social, mas que, na verdade, tem papel de proteger o interesse estatal e esvanecer o conflito social, sobretudo nas relações de trabalho.

Toda a problematização contida no presente estudo teve por finalidade uma abordagem reflexiva acerca do estranhamento entre os sistemas de direitos fundamentais e os de relações coletivas de trabalho, os quais antagonizam numa constante tensão hermenêutica. Dessa forma, funcionalizam e servem como elemento jurídico estabilizante e, o que é pior, interditante do conflito. Com isso, privilegia um projeto de sociedade individualista, não solidário e despolitizado, garantindo e privilegiando o interesse estatal e empresarial em prejuízo e fragilização do interesse social.

Ademais, a corrente majoritária, sobretudo na jurisprudência laboral, desconsidera diversos pontos importantes correlacionados à complexidade do fato social envolvendo a greve política. Nesse ponto, desvaloriza-se a dicção promocional e ampliativa do art. 9º. Constituição Federal. Não há potencial ressignificação dos direitos fundamentais que possa, na prática, coibir e proibir expressamente as greves políticas, com base na mera incapacidade de preenchimento dos requisitos formais da lei de greve. Por outro lado, parece-nos evidente o intento promocional de um direito constitucionalmente protegido e socialmente necessário, especialmente em tempos de crise política, implementação de políticas governamentais recessivas, de grave retrocesso social ou até de violações à ordem democrática.

Outra crítica que pode ser feita a essa corrente é o fato de não ser levada em consideração a importância social que as greves políticas têm para o avanço na resistência, criação ou proteção de direitos sociais e trabalhistas. O caráter social das greves não pode ser olvidado, mesmo porque, antes de ser um instituto jurídico, a greve é instituto com importância crucial na manutenção do equilíbrio de forças dentro do estado entre as classes no modo de produção capitalista.

Por óbvio, não se desconhecem as repercussões da greve na órbita obrigacional dos trabalhadores, particularmente no conteúdo individual e/ou coletivamente determinado, porém, a linguagem do conflito pode coexistir com soluções administráveis na esfera pública (greve política) em paralelo na esfera privada (greve trabalhista), inclusive na construção de saídas para os eventuais prejuízos e

compensações sociais e econômicas às empresas ou grupos econômicos, a exemplo daquelas ajustadas nas greves puramente trabalhistas (compensação de jornada, abono de faltas ou descontos salariais).

Somente por meio das greves políticas é que a classe trabalhadora organizada pelas entidades sindicais de representação demonstra seu descontentamento com o contexto social e luta contra eventuais ações consorciadas, visíveis ou não, entre patrões e governos, que podem converter-se em prejuízos aos seus direitos ou conquistas sociais.

Em suma, cabe ao movimento de trabalhadores unir esforços e interesses na construção de uma sociedade mais justa, fraterna e solidária, sem descurar do incansável e necessário estado de vigilância na defesa dos seus interesses de classe. Por isso, todas as ferramentas disponíveis no âmbito das lutas democráticas devem ser harmonizadas ao rol de opções procedimentais, no caso, a greve política como direito de protesto, com a finalidade de promover ou proteger direitos sociais, políticos e econômicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BABOIN, José Carlos de Carvalho. **O tratamento Jurisprudencial da Greve Política no Brasil**. 2013. 177 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-10012014-153923/pt-br.php>.

Acesso em: 28 set. 2018

BIAS, Rafael Borges de Souza. Direito fundamental à greve e a Constituição de 1988: da sua amplitude no texto constitucional à restrição pelos tribunais. **RIL**, Brasília, a. 55, n. 219. jul./set. 2018.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília/DF: Editora Universidade de Brasília. 5ª. Edição, 1993.

BOSCO, Luis Ramírez. **Derecho de huelga**. Buenos Aires: Hammurabi, 1991.

BRASIL. **Lei 7.783/1989 de 28 de junho de 1989**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm>. Acesso em: 11 set. 2018.

CAVO, Carlos Lopez-Monis de. **O direito de greve: experiências internacionais e a doutrina da OIT**. São Paulo: Ltr, 1986.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito Constitucional do Trabalho: Relações coletivas**. vol I. In: Correia, Marcus O. G. (org.) Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Ltr, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**: revisado e ampliado. 16. ed. São Paulo: Ltr, 2017.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

EDELMAN, Bernard. **A legalização da classe operária**. Coord. e tradução Marcus Orione. 1ª. ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

FRAGOSO, Cristiano. **Repressão penal da greve**: uma experiência antidemocrática. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

GARGARELLA, Roberto. El derecho frente a la protesta social. **Revista de la Facultad de Derecho de Mexico**, Cidade do Mexico, v. 58, p.141-151, ago. 2008. Disponível em: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/60938>. Acesso em: 10 set. 2018.

GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio. **Princípios de la OIT sobre el derecho de huelga**. Revista Internacional del Trabajo, Genebra, v. 117, n. 4, 1998. p. 473-515.

GERNIGON, Bernard *et al.* **A greve: o direito e a flexibilidade**. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2002.

GOMES, Orlando; GOTTSALK, Elson. **Direito do Trabalho**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HAZAN, Ellen Mara Ferraz. **Da greve ao locaute**: contribuições para a luta coletiva. Belo Horizonte: RTM, 2016.

HODGES-AEBERHARD, Jane; DIOS, Alberto Odero de. **Princípios Do Comitê de Liberdade Sindical Referentes a Greves**. Brasília: Organização Internacional do Trabalho no Brasil, 1993.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Greve**: um direito antipático. Fortaleza: Premium, 2014.

LIRA, Fernanda Barreto. **A greve e os novos movimentos sociais**: para além da dogmática jurídica e da doutrina da OIT. São Paulo: Ltr, 2009.

MELO, Raimundo Simão de. **A greve no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2011.

MIGUEL, Luis Felipe. **Consenso e Conflito na Democracia Contemporânea**. São Paulo: Unesp, 2017.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Direito de Greve**. *Revista Ltr*, edição julho/86. São Paulo: Editora LTr, 1986.

NICOLADELI, Sandro Lunard ; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **O Direito coletivo, a liberdade sindical e as normas internacionais: A liberdade sindical – Recopilação de decisões e princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT**. v. 2. São Paulo: LTr, 2013.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Documento de trabajo para la Reunión tripartita sobre el convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación: 1948 (núm.87)**, en relación con el derecho de huelga y las modalidades y prácticas de la acción de huelga a nivel nacional. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2015.

OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de. **O direito de greve e os 30 anos da Constituição**. Jota. Publicado em 26.jun.2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-direito-de-greve-e-os-30-anos-da-constituicao-27062018>. Acesso em 23. jan. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção 178-8 Pará**. Relator: Ministro Eros Grau. DJ: 25/10/2007. JusBrasil, 2008. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926757/mandado-de-injuncao-mi-712-pa>. Acesso em: 14 out. 2018.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª. REGIÃO. **Dissídio Coletivo de Greve** - DCG 0000631-74.2017.5.09.0000. Relator: Desembargadora Marlene Suguimatsu. Disponível em: <https://www.defesadetrabalhadores.com.br/wp-content/uploads/2017/04/Decisa%CC%83o-DCG-SINTTROL-e-SINTTROMAR-METROLON-e-outros-1.pdf>. Consultado em: 09 abr. 2019.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Seção Especializada em Dissídios Coletivos. **Informativo TST**, n. 157, p. 1-2, abr./maio 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/108192/2017_informativo_tst_cjur_n0157.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 05 out. 2018.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Recurso Ordinário**: TST-DCG-1000418-66.2018.5.00.0000, SDC, rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, red. p/ acórdão Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho, 11.2.2019. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/24793939. Acesso em: 14 abr. 2019.

URIARTE, Oscar Ermida. Flexibilização da Greve. *In*: GERNIGON, Bernard; DIOS, Alberto Otero de; GUIDO, Horácio. **A greve: direito e flexibilidade**. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2002. Cap. 2. p. 79-110. Disponível em: https://www.ilo.org/wcms/5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_317033.pdf. Acesso em: 28 set. 2018.

_____. **Apuntes sobre la huelga**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2012.

VIANNA, Segadas. **Greve**. Rio de Janeiro: Renovar, 1986.

VIANA, Márcio Túlio. Da greve ao boicote: os vários sentidos e as novas possibilidades das lutas operárias. *In*: BARBATO, Maria Rosaria. **Lutar para quê? Da greve às ocupações. Um debate contemporâneo sobre o direito de resistência**. Belo Horizonte: RTM, 2018. p. 15-46.

**HÁ LIMITES CIVILIZATÓRIOS PARA AS TRANSFORMAÇÕES
TECNOLÓGICAS DA REVOLUÇÃO 4.0 COM IMPACTO NAS
RELAÇÕES SOCIOTRABALHISTAS?**

***THERE ARE CIVILIZATIONAL LIMITS FOR THE TECHNOLOGICAL
TRANSFORMATIONS OF THE 4.0 REVOLUTION WITH IMPACT ON
SOCIAL AND LABOR RELATIONS?***

Maurício Godinho Delgado²⁸¹

Renata Osório Caciquinho Bittencourt²⁸²

Hillary Christine Piedade Inácio²⁸³

RESUMO: O presente artigo propõe-se a examinar a existência (ou não) de limites civilizatórios conferidos pelo Constitucionalismo às transformações tecnológicas do sistema capitalista, em especial da Revolução 4.0, com impactos nas relações sociotrabalhistas. Para tanto, estuda os três paradigmas do constitucionalismo ocidental, a partir do Estado Liberal de Direito, passando pelo Estado Social de Direito, até atingir o paradigma em vigência desde o término da Segunda Grande Guerra, deflagrado na Europa, denominado Estado Democrático de Direito. O texto, em seguida, passa ao exame das revoluções tecnológicas típicas do sistema capitalista, contrapondo-as ao paradigma constitucional em vigência na

Artigo enviado em:08/11/2021

Artigo aprovado em:26/11/2021

²⁸¹ Professor Titular do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e de seu Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas. Ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG e Mestre em Ciência Política pela UFMG. Ex-Professor da UFMG, inicialmente na Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas (Departamento de Ciência Política) e, em seguida, na Faculdade de Direito (Doutorado, Mestrado e Graduação). Ex-Professor da Faculdade de Direito da PUC-Minas (Doutorado, Mestrado e Graduação).

²⁸² Mestranda do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF – Centro Universitário, de Brasília. Professora na Universidade Paulista (2013 – atual). Pós-Graduada em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário. Pós-graduanda em Direito Constitucional Aplicado e em Gestão de DP e Compliance Trabalhista. Advogada. Assessora Especial de Direito do Trabalho da Associação Brasileira de Mulheres de Carreira Jurídica (ABMCJ). Representante da Federação Internacional das Mulheres de Carreira Jurídica na Organização Internacional do Trabalho (OIT). Email: renatacaciquinho@hotmail.com.

²⁸³ 3 Mestranda do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF – Centro Universitário, de Brasília. Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV-ES). Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Endereço eletrônico: hillarychristineadv@gmail.com

respectiva época. Ao final, o artigo aprofunda a análise do paradigma do Constitucionalismo Humanista e Social, responsável pela estruturação do Estado Democrático de Direito, e suas correlações e influências quanto às duas últimas revoluções tecnológicas do capitalismo, a terceira e a quarta (esta, a Revolução 4.0), ambas ocorridas quando já existente o paradigma do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Revoluções Tecnológicas. Capitalismo. Paradigmas Constitucionais. Revolução 4.0. Limites Civilizatórios.

SUMÁRIO: I – INTRODUÇÃO; II – PARADIGMAS DO CONSTITUCIONALISMO OCIDENTAL: A BUSCA DO DIREITO COMO INSTRUMENTO DE CIVILIZAÇÃO; III – O CONSTITUCIONALISMO HUMANISTA E SOCIAL E O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ELEMENTOS CONSTITUTIVOS E CARACTERÍSTICAS RELEVANTES; IV – REVOLUÇÕES TECNOLÓGICAS CAPITALISTAS: PARÂMETROS FUNDAMENTAIS E ENQUADRAMENTO NOS PARADIGMAS DO CONSTITUCIONALISMO; V – A REVOLUÇÃO 4.0 E O TRABALHO NOS SISTEMAS EMPRESARIAIS DE PLATAFORMAS DIGITAIS: O ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL E A BUSCA DE UM PATAMAR CIVILIZATÓRIO MÍNIMO PARA AS RELAÇÕES DE TRABALHO; VI – O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O EQUILÍBRIO ENTRE AS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS NA ORGANIZAÇÃO E DINÂMICA EMPRESARIAIS E AS GARANTIAS E DIREITOS DOS TRABALHADORES – LIMITES CIVILIZATÓRIOS PARA A REVOLUÇÃO 4.0; VII – CONSIDERAÇÕES FINAIS

ABSTRACT: *This article aims to examine the existence (or not) of civilizing limits conferred by Constitutionalism on technological transformations of the capitalist system, especially the 4.0 Revolution, with impacts on socio-labor relations. Therefore, it studies the three paradigms of Western constitutionalism, from the Liberal Rule of Law, through the Social Rule of Law, until reaching the paradigm in force since the end of the Second World War, which broke out in Europe, called the Democratic State of Law. The text then goes on to examine the typical technological revolutions of the capitalist system, contrasting them with the constitutional paradigm in force at the time. At the end, the article deepens the analysis of the paradigm of Humanist and Social Constitutionalism, responsible for structuring the Democratic State of Law, and its correlations and influences on the last two technological revolutions of capitalism, the third and the fourth (this one, the 4.0 Revolution), both occurred when the Democratic Rule of Law paradigm already exists.*

KEYWORDS: *Technological Revolutions. Capitalism. Constitutional Paradigms. Revolution 4.0. Civilizing Limits.*

SUMMARY: *I – INTRODUCTION; II – PARADIGMS OF WESTERN CONSTITUTIONALISM: THE SEARCH FOR LAW AS AN INSTRUMENT OF CIVILIZATION; III – HUMANIST AND SOCIAL CONSTITUTIONALISM AND THE PARADIGM OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW: CONSTITUTIVE ELEMENTS AND RELEVANT CHARACTERISTICS; IV – CAPITALISM TECHNOLOGICAL REVOLUTIONS: FUNDAMENTAL PARAMETERS AND FRAMEWORK IN THE PARADIGMS OF CONSTITUTIONALISM; V – THE 4.0 REVOLUTION AND WORK IN BUSINESS SYSTEMS ON DIGITAL PLATFORMS: THE CONSTITUTIONAL FRAMEWORK AND THE SEARCH FOR A MINIMUM CIVILIZATIONAL LEVEL FOR WORK RELATIONS; VI – THE DEMOCRATIC RULE OF LAW AND THE BALANCE BETWEEN TECHNOLOGICAL INNOVATIONS IN THE BUSINESS ORGANIZATION AND DYNAMICS AND THE GUARANTEES AND RIGHTS OF WORKERS – CIVILIZATIONAL LIMITS FOR THE 4.0 REVOLUTION; VII – FINAL CONSIDERATIONS*

I – INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva analisar se existem limites civilizatórios para as transformações tecnológicas ocorridas na economia e sociedade capitalistas, em especial a Revolução 4.0, no tocante a seus impactos nas relações sociotrabalhistas. Para tanto considera como parâmetros para esses limites civilizatórios as matrizes constitucionais paradigmáticas construídas no mundo ocidental, especialmente a partir da experiência da Europa Ocidental e dos EUA, e também do Brasil, no que tange ao modelo constitucional adotado.

Nesse quadro, o texto estuda os três principais paradigmas do constitucionalismo ocidental, assim aqui identificados: Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito (ou Estado de Direito Democrático). Procura, neste tópico, descortinar as características marcantes do último paradigma, vigente desde o final da Segunda Grande Guerra em vários países europeus ocidentais, tendo chegado ao Brasil por intermédio da Constituição de 1988.

Em seguida, o artigo estuda as revoluções tecnológicas do sistema capitalista, buscando contextualizá-las, segundo o paradigma constitucional em vigor na respectiva época. Nessa linha, identifica três principais revoluções tecnológicas, a contar da criação do sistema capitalista, desde o século XVIII até os dias atuais.

De um lado, a Revolução Industrial – tida como a primeira revolução tecnológica do capitalismo -, oriunda do século XVIII e percorrendo também a primeira metade do século XIX. Esta revolução coincidiu, de certa maneira, com o paradigma do Estado Liberal de Direito.

De outro lado, a segunda revolução tecnológica do capitalismo, acontecida desde a segunda metade do século XIX e ingressando no século XX, até as suas primeiras quatro décadas. Tal revolução tecnológica coincidiu, na Europa Ocidental, durante as suas primeiras décadas, com o paradigma do Estado Liberal de Direito, embora, em suas últimas décadas, tenha coincido também com o advento do Estado Social de Direito.

Por fim, desponta a terceira revolução tecnológica do capitalismo, deflagrada após a Segunda Guerra Mundial, com vivência, de certa maneira, até os dias atuais. Esclarece este texto, porém, que há autores que preferem dividir esta fase em duas

partes, dado considerarem que, a contar do século XXI, surgiu uma quarta revolução tecnológica do sistema capitalista, também chamada de Revolução 4.0, caracterizada por intensas inovações tecnológicas, embora diversas delas tenham vinculação com os avanços já obtidos no momento histórico fase imediatamente anterior. Essas duas últimas etapas das revoluções tecnológicas capitalistas apresentam coincidências temporais, na Europa Ocidental, com o surgimento e generalização do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito.

Postas essas premissas, o artigo debate sobre a possibilidade de existirem limites civilizatórios constitucionais para as transformações tecnológicas do sistema capitalista, centrando a sua análise na última fase do constitucionalismo e na mais recente revolução tecnológica, denominada Revolução 4.0.

II – PARADIGMAS DO CONSTITUCIONALISMO OCIDENTAL: A BUSCA DO DIREITO COMO INSTRUMENTO DE CIVILIZAÇÃO

O alcance da consciência conceitual do termo Direito, bem como da efetividade de seu propósito na sociedade, se movimentou de forma dinâmica no curso da história, com o firme objetivo de, no aperfeiçoamento de sua prática e de sua teorização, alcançar os objetivos de construção de uma sociedade mais justa, fraterna e igualitária.

Maurício Godinho Delgado define o Direito como “complexo de princípios, regras e institutos de caráter normativo, dotados, de maneira geral, de coerção, dirigidos a reger condutas individuais e sociais, além de situações e instituições em determinado território”²⁸⁴. Certamente, quis ele significar, a princípio, que se trata da expressão dos valores sociais positivados e dotados de força de imposição. Para além, alcançar a plena compreensão do conceito ora delimitado, exige analisar de forma mais profunda, buscando os mais diferentes contextos que o envolvam.

Como ensina Lenio Streck, a interpretação de um conceito não se trata de mera análise sintática, ou se fariam desnecessários os juristas que poderiam ser substituídos

²⁸⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Funções do Direito do Trabalho no Capitalismo e na Democracia. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. **Constituição da República e Direitos Fundamentais**: dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 75.

por exímios estudiosos da língua²⁸⁵. Trata-se então do estudo da complexidade dinâmica que o termo possui, do seu comportamento prático espalhando as suas lacunas e ambiguidades, elevando a inquietação da eterna incompletude em caráter objetivo no que se refere às demandas sociais, alternando e evoluindo no mesmo compasso da humanidade.

A experiência histórica mais recente de parte significativa dos países ocidentais, especialmente na Europa Ocidental, a partir das denominadas revoluções liberais dos séculos XVII (Grã Bretanha) e século XVIII (França e, neste caso, também os EUA, nas Américas), tem mostrado um percurso relativamente célere – embora com enormes oscilações regressivas – a um padrão de estruturação da sociedade política e da sociedade civil mais desenvolvido e relativamente mais igualitário, caso comparado com os longos milênios históricos precedentes. Essa construção pode ser bem observada a partir dos denominados paradigmas do constitucionalismo ocidental, que são, basicamente, três: o Estado Liberal de Direito, o Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito (este também denominado de Estado de Direito Democrático).

Não se desconhece que o Direito, ao longo do tempo, também exerceu um papel afirmativo da dominação e da exclusão, evidenciando-se como uma poderosa arma de manutenção e até incremento de poder, cumprindo função dominadora mais acentuada do que sua função civilizatória²⁸⁶. Esse papel, embora não tenha até hoje desaparecido, foi atenuado pelo papel civilizador, de inclusão e de democratização, o qual somente foi efetivamente consagrado com o advento do Estado Democrático de Direito após a Segunda Grande Guerra, especialmente em determinados países europeus ocidentais. Entretanto, tal processo de mudanças – ou de aprofundamento da direção dessas mudanças – deflagrou-se, de fato, historicamente, a contar do fluxo de inovações propiciadas pela criação e desenvolvimento do movimento constitucionalista aqui mencionado.

Retomando o contexto para análise do Direito em perspectiva dos paradigmas do constitucionalismo ocidental, há que se destacar, em primeiro plano, o denominado

²⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. A Relação “Texto e Norma” e a Alografia do Direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, *Online*, v. 19, n. 1, p. 6, abr./2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/5540/2945>. Acesso em: 18 abr. 2021.

²⁸⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Funções do Direito do Trabalho no Capitalismo e na Democracia. *In*: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N.; Op. cit. 77.

Estado Liberal de Direito. Este, conforme se sabe, surgiu a partir das revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, em oposição ao absolutismo monárquico que predominava na Europa Ocidental. O manejo autocrático do poder político pelo monarca, em contraponto à miséria generalizada de grande parte da população, além de se realizar em desarmonia aos interesses econômicos, institucionais e políticos da nova classe dominante ascendente, a burguesia, tudo criou ambiente propício para as revoluções.²⁸⁷

As ideias iluministas dão o tom filosófico às lutas revolucionárias dessa época, em oposição ao sistema político monárquico tradicional prevalecente. No seio dessas ideias inovadoras, eram afastados os antigos argumentos cosmológicos e teleológicos até então brandidos para fundamentar os problemas que norteavam a existência humana, cedendo lugar à ciência – no sentido de libertação da ignorância. A firme razão racionalista era levantada com entusiasmo em contraposição às explicações exotéricas e dogmáticas, muitas vezes fundadas simplesmente na crença inexplicável, na fé, na própria tradição, etc²⁸⁸.

Gabriela Neves Delgado ensina com propriedade que a ascensão do capitalismo dá nova conotação ao espaço que a burguesia ocupava na sociedade, interessada na industrialização e, aliando a nova forma de pensar iluminista aos descontentamentos com as mazelas vivenciadas pela sociedade, levantam as bandeiras das grandes revoluções que marcam a derrubada do absolutismo²⁸⁹.

As Revoluções Francesa, Inglesa e Norte Americana se destacaram no levante de ideias liberais como solução para o modelo político-social, afastando o poder central do monarca e enaltecendo a razão humana como eixo da sociedade. O individualismo se afirmou em parceria a esses ideais, bem como o positivismo jurídico, ambos coexistindo e dando corpo ao estuário do liberalismo, configurando aspectos relevantes do novo Estado Liberal de Direito. Paulo Bonavides reforça quanto as constituições liberais que “traduziam sentimento de profunda e inevitável desconfiança contra o poder, aquela

²⁸⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 18.

²⁸⁸ VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. **História Geral e do Brasil**. Volume 2. 2. ed. São Paulo: Scipione, 2013. p. 126.

²⁸⁹ DELGADO, Gabriela Neves. Os Paradigmas do Estado Constitucional Contemporâneo. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. **Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2017. p. 19.

desconfiança ou suspeita clássica do liberalismo com sua doutrina de valorização da sociedade burguesa individualista”²⁹⁰.

Esse primeiro paradigma constitucional evidencia um conteúdo ainda muito limitado, claramente rústico quanto à busca de efetivação do Direito como verdadeiro e amplo instrumento de civilização.

Não obstante suas inúmeras limitações, esse paradigma se trata de inegável avanço civilizatório em comparação com os períodos pretéritos, visto que confere início às eras constitucionais, com a primazia da Constituição em detrimento às demais leis, na qualidade de instrumento limitador do poder estatal, buscando “instituir um governo não arbitrário, organizado segundo as normas que não pode alterar, limitado pelo respeito devido aos Direitos do Homem”²⁹¹. As Declarações de Direitos, com ênfase na Declaração dos Direitos do Homem de 1789, também se destacam nessa fase histórica, estabelecendo premissas mínimas que deveriam nortear a positivação das Constituições, mesmo que insuficientes para romper com a desigualdade.

Entretanto, esse novo sistema não alcançou toda a sociedade, nem mesmo a maioria da população. No fundo, a nova ordem política e jurídica era estabelecida para manter no poder quem já estava muito próximo dele – ou seja, a burguesia – e não por ideais efetivos de justiça social. Era nítido o “viés de confirmar e sedimentar situações fáticas de desequilíbrio de poder reguladas por suas regras”²⁹².

No Estado Liberal, o poder político estava supostamente atrelado a uma lei objetiva, alheia a princípios e valores, que seria a única expressão possível de justiça. Tal lei, no entanto, era constituída pela burguesia, sendo expressão de seus interesses.²⁹³ A moral, os princípios e os valores não seriam fatores considerados, visto que sua subjetividade colocaria em risco a segurança almejada pelo sistema.

Percebeu-se a adoção, em larga maioria dos Estados ocidentais, do modelo de três poderes preconizado por Montesquieu – legislativo, executivo e judiciário. A este

²⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 225.

²⁹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3-4.

²⁹² DELGADO, Maurício Godinho. Funções do Direito do Trabalho no Capitalismo e na Democracia. *In*: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N.; Op. cit. 76.

²⁹³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 19.

último, aliás, caberia apenas a interpretação mecânica das leis, dinâmica que, em teoria, deveria resultar em um equilíbrio interno perfeito no sistema político e jurídico. Diz Montesquieu:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.²⁹⁴

Nessa confluência, o paradigma do Estado Liberal de Direito tinha por marcante algumas características: a tendência à codificação, à inflexibilidade interpretativa do Direito e ao afastamento da moral do campo da interpretação e aplicação das leis.

As Constituições passam a prever a primeira dimensão de direitos, fundamentados em uma concepção individualista - liberdades individuais e públicas, além dos direitos políticos. É nesse momento que se formalizam direitos com os “de opinião, de locomoção, de informação, de contratação”, “de reunião, de associação, de manifestação coletiva” e “o direito de votar e de ser votado, o direito de eleger e contar com certa representação política no Estado, o direito de constituir e participar de partidos políticos”²⁹⁵.

Imperava a igualdade formal quanto à aplicação da norma; porém se mantinha aberta a premissa do poder legislativo quanto à produção das mesmas, podendo criar leis diferentes para diferentes grupos²⁹⁶.

Mauricio Godinho Delgado define assim explicita:

²⁹⁴ MONTESQUIEU, C. de S., Baron de. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 168.

²⁹⁵ DELGADO, Mauricio Godinho; PIMENTA, J. R. F.; NUNES, Ivana. O Paradigma do Estado Democrático de Direito: estrutura conceitual e desafios contemporâneos. **Revista Jurídica Unicritiba**, Curitiba, v. 02, n. 55, p. 485-515, abr./2019. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/340868406>. Acesso em: 18 abr. 2021.

²⁹⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 23.

É que tais liberdades e direitos consagrados pelo liberalismo originário mostravam-se gravemente circunscritos às elites socioeconômicas da época. Quanto aos direitos políticos, por exemplo, apenas os proprietários detentores de um determinado patamar de renda (a par de, eventualmente, outros atributos restritivos) poderiam os exercer. O voto, diga-se de passagem, era não apenas *censitário* como também essencialmente *masculino*. O liberalismo originário pregava também o *trabalho livre* - o que constituía um grande avanço perante o trabalho servil e/ou escravo, reconheça-se -, embora, naturalmente, para esse liberalismo, se tratasse de trabalho livre sem qualquer tipo de proteção e garantias jurídicas²⁹⁷.

O Estado Liberal de Direito resulta, portanto, na prática do liberalismo político e do individualismo econômico, assegurando nítidos privilégios à burguesia e, inclusive, demonstrando parca diferenciação perante o sistema antecedente no que tange à idéia e à realidade da desigualdade socioeconômica e institucional. As relações de trabalho e demais conflitos sociais eram solucionados sob a égide do Direito Civil, sem que houvesse balanços e contrapesos entre os polos que se opunham em lides judiciais.

Pode-se dizer, portanto, que havia um “Direito de Desigualdade – instituidor, avalista e reproduzidor da desigualdade no plano da sociedade civil e da sociedade política”²⁹⁸. Não há que se falar em percepção da ordem jurídica como instrumento civilizatório, mas sim, efetivamente dominador.

Tal paradigma, no contexto brasileiro, pode ser vislumbrado na Constituição de 1891²⁹⁹.

Sob a égide do Estado Liberal há a eclosão da revolução industrial (ou a primeira revolução tecnológica do capitalismo), com a deflagração da própria estruturação do novel sistema socioeconômico. Nesse novo sistema, havia uma clara duplicidade de dinâmicas: por um lado, os burgueses acumulavam riquezas em ritmo acelerado, em harmonia ao Estado não intervencionista e ao liberalismo econômico. Por outro, a classe trabalhadora ostentava impressionante miséria, pois “era vista como uma

²⁹⁷ DELGADO, Maurício Godinho; PIMENTA, J. R. F.; NUNES, Ivana. O Paradigma do Estado Democrático de Direito: estrutura conceitual e desafios contemporâneos. **Revista Jurídica Unicuritiba**, Curitiba, v. 02, n. 55, p. 485-515, abr./2019. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/340868406>. Acesso em: 18 abr. 2021

²⁹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Funções do Direito do Trabalho no Capitalismo e na Democracia. *In*: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N.; Op. cit. 76.

²⁹⁹ DELGADO, Maurício Godinho; PIMENTA, J. R. F.; NUNES, Ivana. O Paradigma do Estado Democrático de Direito: estrutura conceitual e desafios contemporâneos. **Revista Jurídica Unicuritiba**, Curitiba, v. 02, n. 55, p. 485-515, abr./2019. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/340868406>. Acesso em: 18 abr. 2021.

mercadoria como outra qualquer, sujeita a lei da oferta e da procura. E a máquina reduzia a necessidade de mão-de-obra, gerando a massa dos desempregados”³⁰⁰.

A relação de emprego, caracterizada pela subordinação jurídica, estabelece um novo eixo para as relações laborativas, agora balizadoras da produção e do consumo. A concentração dos trabalhadores nos ambientes laborais, submetidos a condições degradantes, gera um “sentimento de solidariedade de classe”, pressionando o sistema a reagir sob as luzes de novos valores sociais³⁰¹.

O liberalismo passa a sofrer resistência fundamentada em argumentos solidaristas ou socialistas durante o século XIX, sendo expressiva a importância do efeito coletivo gerado pelo sindicalismo nesses movimentos³⁰². Some-se a isso a estruturação, desde a segunda metade do século XIX, de partidos políticos com clara formação operária ou popular - inusitada modalidade de organização dos segmentos sociais despossuídos de riqueza e de poder que amplificava a sua capacidade de organização, de mobilização e de pressão. Esse quadro efervescente se aprofunda com a I Grande Guerra, provocadora de repercussões desagregadoras irreprimíveis no Estado Liberal de Direito oriundo do final do século XVIII.

É nesse cenário que despontou um novo paradigma constitucional, o Estado Social de Direito. Surgem, em época muito próxima, a Constituição do México, de 1917, e a Constituição da Alemanha, de 1919, ambas com um estuário de normas de caráter social, especialmente do Direito do Trabalho e do Direito da Seguridade Social. Rompe-se o paradigma individualista e não intervencionista gerado há mais de cem anos atrás. No Brasil, esse novo paradigma comparece tempo depois, “por meio da Constituição de 1934, reafirmando-se, mais à frente, por intermédio da Constituição de 1946”³⁰³.

³⁰⁰ FILHO, M. G. F. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3-4.

³⁰¹ DELGADO, Gabriela Neves. Os Paradigmas do Estado Constitucional Contemporâneo. *In*: DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2017. p. 17-32.

³⁰² DELGADO, Mauricio Godinho; ALVARENGA, R. Z. D; GUIMARÃES, Tâmara Matias. Notas Sobre a Arquitetura Principlológica Humanista e Social da Constituição da República de 1988 e a Concretização dos Direitos Fundamentais no Constitucionalismo Contemporâneo: uma abordagem sob o prisma dos direitos individuais e sociais trabalhistas. **Direitos Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 20, n. 2, p. 18-19, ago./2019. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1801>. Acesso em: 20 abr. 2021.

³⁰³ DELGADO, Mauricio Godinho; ALVARENGA, R. Z. D; GUIMARÃES, Tâmara Matias. Op. Cit.

O Tratado de Versalhes, em 1919, funda a Organização Internacional do Trabalho, conferindo *status* internacional ao novel campo jurídico trabalhista. Esse conjunto de inovações, todas contrárias ao velho liberalismo individualista, possessivo e excludente, lavra importante conceito novo, o de “cidadania social”³⁰⁴.

É bem verdade que a resistência aos avanços sociais e econômicos igualitários foram significativos, depois de passado o primeiro impacto de sua criação no final da segunda década do século XX. Concepções dilatórias ou atenuadoras surgiram no seio do pensamento e instituições dominantes, reduzindo, em alguma medida, os efeitos disruptivos do segundo paradigma do constitucionalismo. Nessa linha, em tese, o “objetivo era garantir a liberdade individual mediante ações (prestações) do Estado. Mas esses direitos eram entendidos na época pelos tribunais como meros programas e objetivos políticos, praticamente destituídos de juridicidade”³⁰⁵.

Há ainda que se destacar que o Estado Social de Direito acresce ao constitucionalismo o juízo de igualdade material substituindo a anterior concepção de igualdade meramente formal ostentada no paradigma pretérito, além de agregar ao constitucionalismo a “noção mais clara e firme de Democracia, integrada pelas ideias objetivas de participação e inclusão de grande número de pessoas componentes da respectiva população, ao invés da restrita ideia de liberalismo”³⁰⁶.

O advento do Estado Social de Direito consiste em uma reconstrução do Estado Liberal, reformulando as liberdades individuais, que agora alcançariam a população de forma mais ampla, além de lhe crescer os direitos sociais. De toda maneira, ainda constituía uma Democracia tímida e limitada, rudimentar, que não alcançava a dimensão da pessoa humana em sua estrutura constitucional, “não enunciando, no corpo das constituições, uma matriz de princípios humanistas e sociais que fosse dirigente do conjunto constitucional positivado”³⁰⁷.

³⁰⁴ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 25.

³⁰⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo Op. cit. p. 20-23.

³⁰⁶ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 25.

³⁰⁷ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 26.

A função dominadora à qual o Direito estava atrelado no paradigma liberalista originário desgasta-se em face dos nítidos movimentos de inclusão social vistos no segundo paradigma, ainda que este estivesse em simples processo de construção e afirmação. Mesmo assim, tal dinâmica permite vislumbrar o prelúdio do Direito assumindo a função de nítido instrumento de civilização³⁰⁸.

Porém, a sua presença e expressão máximas podem ser percebidas somente após a Segunda Guerra Mundial, na Europa Ocidental, quando surge o mais elaborado dos paradigmas, o Estado Democrático de Direito. Nessa esteira, o terceiro paradigma constitucional é aquele que contém a “concepção de Direito como instrumento de civilização, ao invés da antiga e renitente concepção de direito como mecanismo de desigualdade, exclusão e segregação entre pessoas e grupos sociais”³⁰⁹.

III – O CONSTITUCIONALISMO HUMANISTA E SOCIAL E O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ELEMENTOS CONSTITUTIVOS E CARACTERÍSTICAS RELEVANTES

O Constitucionalismo Humanista e Social, terceiro paradigma constitucional, afirmativo de um conceito complexo, o do Estado Democrático de Direito (também denominado Estado de Direito Democrático), consiste no mais sofisticado modelo juspolítico alcançado pela sociedade histórica. Ele encontra lugar, inicialmente, depois de terminada a Segunda Grande Guerra, a partir de algumas novas constituições aprovadas no final da década de 1940 no ocidente europeu (ilustrativamente, França, 1946; Itália, 1947; Alemanha, 1949; Portugal, 1976; Espanha, 1978). Tempos depois, irá se espriar para outras regiões do globo. No Brasil chegará apenas em 1988, por intermédio da Constituição Cidadã aqui promulgada.³¹⁰

³⁰⁸ ³⁰⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Funções do Direito do Trabalho no Capitalismo e na Democracia**. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N.; Op. cit. 77-79.

³⁰⁹ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 38.

³¹⁰ A respeito dessa evolução do terceiro paradigma do constitucionalismo, consultar, por exemplo, DELGADO, Gabriela Neves. Os Paradigmas do Estado Constitucional Contemporâneo. In: DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2017. p. 17-32,

Poderia se dizer que esse novo paradigma é resultado da metamorfose dos dois modelos anteriormente experimentados, visto que sofreu grandes transformações em sua estrutura, mas sem que isso eliminasse o seu âmago, estando ao fim em sua mais exuberante forma e espraiando seus mais nobres valores fundamentais.

No Brasil, como dito, esse paradigma só é percebido na Constituição de 1988 e, segundo Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, é caracterizado por três dimensões básicas: “a arquitetura constitucional de um Estado Democrático de Direito; a arquitetura principiológica humanística e social da Constituição da República; a concepção constitucional de direitos fundamentais da pessoa humana”.³¹¹ Essas três dimensões, ao lado de outras, alinham o Direito na construção dos paradigmas constitucionais como instrumentos de civilização³¹².

O Estado Democrático de Direito faz uma releitura do modelo de Estado e de Direito através da lente dos princípios, a par dos direitos humanos e dos direitos fundamentais (os quais, muitas vezes, se unificam), todos com força constitucional, ao invés de serem meros conselhos - *status* que lhes era conferido anteriormente. Tal perspectiva levou à definição formulada por Maurício Godinho Delgado, que tem por Estado Democrático de Direito a estrutura formada por um “tripé conceitual: a pessoa humana, com sua dignidade; a sociedade política, concebida como democrática e inclusiva; sociedade civil, também concebida como democrática e inclusiva”³¹³.

Esse impactante paradigma constitucional enfatiza a pessoa humana como a sua essência, mas não em um conceito genérico; é que ela deve estar umbilicalmente ligada à sua dignidade, a qual naturalmente é protegida pelo sistema, de forma clara, por meio de princípio.

A consistência e a efetividade desse princípio da dignidade da pessoa humana – que se proteja igualmente no princípio da centralidade da pessoa humana na

e também DELGADO, Mauricio Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho. In DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. **Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2017. p. 33-58.

³¹¹DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A Matriz da Constituição de 1988. In DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. **A Reforma Trabalhista no Brasil** - com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017, p. 21.

³¹² DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. Ob. cit., p. 22.

³¹³ DELGADO, Mauricio Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho. In DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. **Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2017. p. 44-47.

ordem jurídica – supõe a observância do caráter democrático e inclusivo de todo o sistema socioeconômico e institucional, inclusive da própria sociedade civil e suas instituições, sob pena de se tornar enunciado vazio e inútil.³¹⁴

Oscar Vilhena Vieira ensina que ao somar os termos “pessoa humana” ou mesmo o termo “humano” ao termo “fundamentais”, alcança-se a prevalência hierárquica definitiva em relação aos demais direitos, visto que pretende salvaguardar a “condição de humanidade de todas as pessoas”³¹⁵. “Agrega-se aqui a valoração moral à ideia de direitos, passando esses direitos a servir de veículos aos princípios da justiça de determinada sociedade”³¹⁶.

O Estado Democrático de Direito ressignifica ainda seu relacionamento com o capitalismo, a ordem econômica e suas instituições, invertendo a hierarquia para não ser comandado por esses, mas, sim, incluí-los dentro de sua proposta democrática. De igual forma, reclama responsabilidade da sociedade civil pela coletividade, em busca de democratização e inclusão cada vez maiores.

Entre as várias vertentes da análise da Democracia, Norberto Bobbio traz o termo “Democratização da Sociedade”, demonstrando que, nessa nova perspectiva de compreensão, o indivíduo que havia alçado à condição de cidadão começa a ser visto em um alargamento da multiplicidade de *status* em uma esfera social, ou seja, em seus mais diversos papéis desenvolvidos (pai, filho cônjuge, trabalhador, militar, médico, professor, etc)³¹⁷.

Uma vez conquistado o direito à participação política, o cidadão das democracias mais avançadas percebeu que a esfera política está por sua vez incluída numa esfera muito mais ampla, a esfera da sociedade em seu conjunto, e que não existe decisão política que não esteja condicionada ou inclusive determinada por aquilo que acontece na sociedade civil. Portanto, uma coisa é a democratização da direção política, o que ocorreu com a instituição dos parlamentos, outra coisa é a democratização da sociedade.³¹⁸

A concepção constitucional de direitos fundamentais também consiste em fundamento básico de relevante menção, tendo em vista de que eles nada mais são do

³¹⁴ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A Matriz da Constituição de 1988. *In* Ob. cit., pag. 28.

³¹⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 24-25.

³¹⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. cit.*, p. 24.

³¹⁷ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: Para uma teoria geral da política**. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 156. Naturalmente, também mãe, filha, cônjuge, trabalhadora, militar, médica, professora, etc.

³¹⁸ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: Para uma teoria geral da política**. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 156.

que o transporte para envolver a pessoa humana na sistemática jurídica – o que é assim delimitado por Oscar Vilhena Vieira:

Isto em três sentidos: em primeiro lugar, pela abertura dos direitos fundamentais à moralidade – o que se pode verificar pela incorporação pelos direitos fundamentais de valores morais, como a dignidade humana, a igualdade ou a liberdade; por outro lado, a gramática dos direitos fundamentais impõe que no mesmo padrão de respeito e consideração exigido no tratamento de uma pessoa seja dispensado em relação a todas as outras pessoas ou, ao menos, para todas as pessoas que se encontrem numa mesma situação, tratando-se, assim, de meio voltado a distribuir de forma imparcial os interesses e valores que são protegidos como direitos; por fim, os direitos fundamentais organizam procedimentos, como o devido processo legal e a própria democracia, que favorecem que as decisões coletivas sejam tomadas de forma racional³¹⁹.

Para além, há que se destacar ainda a normatização dos princípios como um marco fundamental do Estado Democrático de Direito, alçados ao texto das constituições, local em que somente existiam regras. E essa normatização dos princípios se realiza com especial ênfase, além da centralidade da dignidade humana, na igualdade substancial.

Robert Alexy define que os princípios nesse contexto são “mandamentos de otimização”, entendendo que “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”³²⁰, ou seja, sem caráter absoluto, sendo necessária uma análise complexa dos parâmetros jurídicos e fáticos para determinar sua aplicação, quando colidem entre si.

Sendo assim, é possível verificar que o Constitucionalismo Humanista e Social nada mais é do que a matriz mais avançada já considerada em modelos de sistemas jurídicos e sociais, sendo a essência definidora do Estado Democrático de Direito. E, apesar de ser o paradigma experimentado nos dias atuais, também enfrenta vários desafios, entre os quais destacaremos alguns nos próximos tópicos.

³¹⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. cit., p. 30.

³²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 90.

IV – REVOLUÇÕES TECNOLÓGICAS CAPITALISTAS: PARÂMETROS FUNDAMENTAIS E ENQUADRAMENTO NOS PARADIGMAS DO CONSTITUCIONALISMO

A compreensão do encadeamento histórico das revoluções tecnológicas do sistema capitalista e a sua contextualização entre os paradigmas do constitucionalismo são reflexões necessárias para a compreensão dos desafios atuais enfrentados pela sociedade, em especial no campo das relações trabalhistas, individuais e coletivas, estabelecendo em que ponto se aproximam e se distanciam dos parâmetros antecedentes e, em que medida a experiência pode orientar a caminhada que se apresenta.

Nicola Abbagnano define revolução como a “mudança radical de qualquer situação cultural”³²¹, sendo certo que, apesar de em regra possuírem marcos históricos, ocorrem ao longo de um período, ao invés de em um único momento isolado no tempo. Obviamente que, em distintos países e regiões, podem ocorrer fluxos, sequências e características sumamente diversos do que aconteceu no padrão europeu ocidental.

A Revolução Industrial (ou a primeira revolução tecnológica do capitalismo – esta que lhe deu origem) ocorre entre os séculos XVIII e XIX em um contexto ocidental em que prevaleceu o liberalismo econômico, com o seu mais amplo individualismo, somado à franca permissão, pela ordem jurídica, do máximo exercício de poder pelo sistema econômico sobre as pessoas a ele subordinadas. Tudo isso se manteve, no mundo ocidental – especialmente no ocidente europeu e nos Estados Unidos da América - por inúmeras décadas, propiciando terreno largamente favorável para a geração e consolidação do novo sistema econômico surgido.³²²

A Revolução Industrial se caracteriza por modificar o sistema produtivo, até então dominado pela economia rural primitiva e pela presença do artesanato e da manufatura no ambiente urbano. Institui-se nova modalidade de organização do sistema de produção, agora baseado no intensivo uso de máquinas (então criadas pelo avanço tecnológico) e na concentração de grandes grupos populacionais nas unidades

³²¹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 858-859.

³²² A respeito das revoluções tecnológicas do capitalismo e seus impactos no mundo do trabalho, consultar, por exemplo, RODRIGUES, Priscila Lauande. **Direito do Trabalho 4.0** – as relações de trabalho na quarta revolução tecnológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

produtivas, gerando a inovadora e paradigmática fábrica capitalista. Esse modelo inicial do capitalismo, estruturado em torno da fábrica, vai permanecer até os dias atuais, ainda que com grandes mudanças internas, além das geográficas ao longo do mundo. Naturalmente que o sistema, após a sua geração inicial, concentrada nas fábricas, iria atingir todos os segmentos econômicos dos respectivos países e economias capitalistas, como o setor agrário, o extrativo mineral, o de serviços, o financeiro, etc. É claro que, em função do tipo de setor estruturado, despontam peculiaridades organizacionais e tecnológicas, embora todas elas se encontrem submetidas à nova lógica manifestamente capitalista.³²³

Segundo Klaus Schwab a “marca dessas revoluções foi a transição da força muscular para a energia mecânica, a qual evolui até a atual quarta revolução industrial, momento em que a produção humana é aumentada por meio da potência aprimorada da cognição”³²⁴.

Destaca-se nessa fase a ascensão da máquina a vapor, mais produtiva do que a força humana, sendo possível citar a título de exemplo os trens a vapor, touros mecânicos e teares mecanizados. Os postos de trabalho, que já eram insuficientes, tiveram efeito acachapante com a substituição pelos motores, colocando os trabalhadores em situação de maior vulnerabilidade social. Em contraponto, a produtividade e, por consequência, o lucro, tem acréscimo significativo.³²⁵

Todo esse cenário se concretiza sob a égide do primeiro paradigma constitucional, o Estado Liberalista que, conforme já exposto anteriormente, não se caracteriza como instrumento de civilização, mas retrata verdadeira dominação social, sendo o Direito utilizado para reafirmar desigualdades.

Considerada a realidade absolutista prévia, o Estado Liberal de Direito consistia em óbvio avanço, dado que, de alguma forma, constitucionalizava alguns direitos e garantias, mesmo que circunscritos a um parâmetro individualista e excludente.

³²³ Obra minuciosa e ampla sobre a fábrica capitalista, desde o século XVIII até o século XXI, foi construída pelo historiador dos EUA, FREEMAN, Joshua B. **Mastodontes** – a história da fábrica e a construção do mundo moderno. São Paulo: Todavia, 2019.

³²⁴ SCHWAB, Klaus; tradução Daniel Moreira Miranda. **A Quarta Revolução Industrial** [livro eletrônico]. 1 ed. São Paulo: Edipro, 2019.

³²⁵ JUNQUEIRA, Fernando Carlos. **O impacto da Indústria 4.0 no emprego, nas empresas e na vida!** (Locais do Kindle 198-199). Edição do Kindle.

Entretanto, as relações de trabalho e demais conflitos eram regulados pelo Direito Civil e “o império da lei consistia, na prática, no império da desigualdade e da exclusão socioeconômicas, a par da exclusão política e também civilizatória”³²⁶.

Na primeira revolução tecnológica do capitalismo, portanto, não houve qualquer controle civilizatório das modificações sociais, organizacionais e tecnológicas; ao inverso, o Estado Liberal de Direito consagrava o máximo de poder ao segmento econômico privado dominante no âmbito da vida social.

A segunda revolução tecnológica do capitalismo, por sua vez, tem lugar entre a segunda metade do século XIX e a primeira metade do século XX. Marcada, segundo Mauricio Godinho Delgado, pelo “surgimento e a propagação de novas modalidades de energia (elétrica e petrolífera, por exemplo), de novos meios de comunicação (telefone, por exemplo) e principalmente de novos meios de transporte (veículos automotores e aviões, ilustrativamente)”,³²⁷ essa revolução fez desaparecerem “certas atividades, funções e profissões (...), ao passo que outras sofreram modificações internas, adaptando-se ao avanço da tecnologia”.³²⁸

Na visão de Fernando Carlos Junqueira:

Foi nessa época que surgiu o primeiro motor elétrico, que por diversas razões superou os motores a vapor (ruídos, velocidade, segurança, custo de operação). (...) Os motores a combustão também surgiram nesse período, utilizado basicamente por indústrias automobilísticas que começavam a ganhar corpo. (...) O uso das lâmpadas, e o uso cada vez mais frequente da energia elétrica, permitiu ao mundo uma expansão tecnológica gigantesca e por isso foi definido um novo período na história, chamado de a Segunda Revolução Industrial. (...) Basicamente o que marca a Segunda Revolução é o uso de motores elétricos mais precisos e velozes, permitindo a produção mais enxuta e mais rápida com máquinas cada vez mais robustas. (...) Houve também a criação dos primeiros sistemas de produção em linha como

³²⁶ DELGADO, Maurício Godinho; PIMENTA, J. R. F.; NUNES, Ivana. O Paradigma do Estado Democrático de Direito: estrutura conceitual e desafios contemporâneos. **Revista Jurídica Unicuritiba**, Curitiba, v. 02, n. 55, p. 485-515, abr./2019. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/340868406>. Acesso em: 18 abr. 2021.

³²⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 39.

³²⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 39. Para o autor, o motor a explosão, estruturado em torno da energia petrolífera, tornou-se, em curto período, a contar do final do século XIX, um dos instrumentos centrais da segunda revolução tecnológica, particularmente no importantíssimo segmento dos transportes de pessoas e cargas, embora também desempenhasse relevante papel no setor industrial.

conhecemos hoje, como o Henry Ford implementou em sua fábrica em torno de 1903.³²⁹

No período de maturidade da segunda revolução tecnológica, já no término da segunda década do século XX (anos de 1917 a 1919), surge o denominado Estado Social de Direito, segundo paradigma do constitucionalismo. Nesse momento histórico já despontam direitos sociais constitucionalizados, a exemplo do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário, bem como direitos trabalhistas incipientemente internacionalizados (no caso, obra da OIT, em especial, que foi criada no ano de 1919 pelo Tratado de Versalhes). Entretanto, o controle civilizatório do segundo paradigma do constitucionalismo sobre os reflexos da nova revolução tecnológica sobre as relações sociais, naquela época (anos 1920 até 1940), no Ocidente, não foi tão amplo, até mesmo em face da incipiência e parca consolidação institucional desse segundo paradigma constitucionalista nas décadas imediatamente seguintes ao seu surgimento histórico. Houve avanços, sim, em comparação com o completo absentismo estatal do paradigma constitucionalista precedente, porém tais avanços não chegaram a ser amplos, genéricos e profundos.

A terceira revolução tecnológica do capitalismo se inicia após a Segunda Guerra Mundial, acentuando-se, em vários aspectos, a partir dos anos de 1970. Seus pontos mais notáveis, segundo Mauricio Godinho Delgado, “consistem nas conquistas da microeletrônica, da robotização, da microinformática, inclusive *internet*, e das telecomunicações.”³³⁰ No que tange ao tópico da energia, essa terceira fase das revoluções tecnológicas do capitalismo se caracteriza pela descoberta e controle da energia atômica, deflagrada no final da Segunda Grande Guerra. Em conformidade com o mesmo autor, a “quinta inovação da terceira revolução tecnológica, envolvendo a descoberta de nova fonte de energia (no caso, a atômica), por não ser amplamente disseminada – talvez em face de seus elevados custos e riscos -, não chegou a produzir efeitos profundos e generalizados no mundo do trabalho”.³³¹

³²⁹ JUNQUEIRA, Fernando Carlos. Op. cit.

³³⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 38.

³³¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Loc. cit.** Sobre o tema, consultar também RODRIGUES, Priscila Lauande. **Direito do Trabalho 4.0** – as relações de trabalho na quarta revolução tecnológica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2020.

Note-se que essa terceira revolução tecnológica do sistema capitalista é também denominada, segundo Klaus Schwab, de “revolução digital ou do computador, pois foi impulsionada pelo desenvolvimento dos semicondutores, da computação em *mainframe* (década de 1960), da computação pessoal (década de 1970 e 1980) e da internet (década de 1990)”³³². Já para Fernando Carlos Junqueira, nessa fase, as “principais inovações estão ligadas à eletrônica, robótica e automações, onde começam as substituições de mão de obra braçal por uma mão de obra mais barata e eficiente, os robôs”³³³.

Tais aperfeiçoamentos e inovações, segundo Mauricio Godinho Delgado, “mitigaram, em inúmeros segmentos, as antes impermeáveis barreiras do espaço e do tempo”. Com isso, propiciaram inusitadas vinculações “interempresariais nos diversos países e, até mesmo, ao longo do globo”.³³⁴

Para Adam Schaff, a primeira e a segunda revoluções tecnológicas do capitalismo simplificaram e ampliaram o rendimento do trabalho humano; já a terceira dessas revoluções, “por suas consequências, aspira a eliminação total deste”³³⁵. Ela contém, para o autor, a “tríade revolucionária – microeletrônica, microbiologia e energia nuclear”. Em sua análise, o autor demonstra ainda excepcional preocupação com os avanços da tecnologia no campo da biologia nesse período. Ele reconhece que os avanços inegáveis alcançados, como tratamentos eficazes para doenças, por exemplo, mas alerta também quanto aos perigos graves para a vida em sociedade, como a utilização de códigos genéticos para ingerência da própria humanidade³³⁶.

Essa terceira revolução tecnológica ocorre já plenamente sob a vigência do terceiro paradigma constitucional (surgido, na Europa Ocidental, depois da Segunda Grande Guerra, como visto). Ou seja, ela acontece durante a criação e o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, onde a centralidade da pessoa humana passou a ser o norte das constituições da Europa Ocidental (no Brasil, apenas a partir de 1988), a par da necessária democratização e tendência inclusiva (ao invés de

³³² SCHWAB, Klaus. Klaus; tradução Daniel Moreira Miranda. **A Quarta Revolução Industrial** [livro eletrônico]. 1 ed. São Paulo: Edipro, 2019.

Op. cit.

³³³ JUNQUEIRA, Fernando Carlos. Op. cit.

³³⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Loc. cit.

³³⁵ SCHAFF, Adam. **A Sociedade Informática**. 4. ed. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista: Brasiliense, 1995. p. 22.

³³⁶ SCHAFF, Adam. Op. cit., p. 23.

excludente) da própria sociedade civil. Nesse paradigma constitucional, havia se garantido um patamar jurídico mais elevado e sofisticado para o ser humano, que passava a ser a razão e o objetivo da sociedade, devendo se constituir em horizonte para as ações sociais e governamentais.

Ou seja, a terceira revolução tecnológica ocorreu, nos países desenvolvidos, no contexto do Constitucionalismo Humanista e Social, passando a ter de se reger em harmonia a políticas públicas de proteção e defesa das pessoas humanas, em suas múltiplas dimensões, ao invés de se considerar apenas os imperatórios derivados das inovações da tecnologia e da gestão do sistema econômico.

Na Europa Ocidental especialmente, em que viceja, desde o final dos anos 1940, o Estado de Bem-Estar Social, o fato é que a terceira revolução tecnológica, ao lado de outros interesses e pleitos das forças econômicas privadas, todos tiveram, sim, de se compatibilizar com múltiplas políticas públicas instituídas em favor do conjunto da sociedade e de suas pessoas humanas componentes, mediante a consagração dos direitos sociais, inclusive os de natureza trabalhista e de seguridade social. Obviamente que o *Welfare State* não se mostrou, nestes últimos 70/75 anos, inteiramente avesso à necessidade de concretizar ajustes, atualizações e mudanças; porém, na maioria dos países em que conseguiu resistir com amplo sucesso (por exemplo, na Dinamarca, Finlândia, Noruega e Suécia; na Alemanha e na Áustria; na França, Bélgica e Países Baixos; na Suíça – países onde residem cerca de 200 milhões de habitantes), os princípios, regras, institutos e instituições do Estado de Bem-Estar Social vicejam com muito vigor, ao lado de um sistema capitalista nem por isso economicamente débil e, muito menos, tecnologicamente atrasado.³³⁷

Entretanto, exatamente nesse período histórico, em particular a partir da década de 1970, um progressivo e inebriante discurso ideológico passou a despontar no sentido contrário aos pressupostos e objetivos do novo constitucionalismo ocidental, mediante

³³⁷ Para uma análise das enormes conquistas humanistas e sociais do Estado de Bem-Estar Social europeu ocidental nos marcos do capitalismo, desde 1945/46 até o presente período, mesmo em face das inúmeras transformações tecnológicas acontecidas, consultar, por exemplo, os diversos textos componentes das seguintes obras compostas por autores internacionais e brasileiros: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Lorena Vasconcelos (Org.). **O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018; DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Org.). **Welfare State – os grandes desafios do Estado de Bem-Estar Social**. São Paulo: LTr, 2019. Consultar também a seguinte importante obra: WILKINSON, Richard; PICKETT, Kate. **O Nível – por que uma sociedade igualitária é melhor para todos**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

uma readequação e renovação do velho liberalismo abandonado desde a crise de 1929 em grande parte do ocidente. Tratava-se do que se sintetiza, hoje, como neoliberalismo ou ultraliberalismo.³³⁸

Esse ideário ultraliberalista, poderosamente incrustado nos meios de comunicação de massa e em outros segmentos do pensamento teórico e também da prática política, inclusive em parte importante das burocracias estatais e internacionais multilaterais, embora não tenha alcançado amplo êxito nos países que estruturaram consistentes Estados de Bem-Estar Social (conforme acima exposto), conseguiu significativas vitórias em regiões e países de menor densidade democrática, científica e educacional, como ocorre em países da América Latina, inclusive no Brasil.³³⁹

Não se nega que a automação, a digitalização e a robotização, ao lado de outros avanços da terceira revolução tecnológica do capitalismo, tendem a provocar rupturas no sistema empresarial e no mercado de trabalho, inclusive ceifando funções, empregos e oportunidades diversas de labor para os trabalhadores. Porém, esses efeitos deletérios no mundo do trabalho provocados pelas inovações da tecnologia podem, sim, sem dúvida, ser atenuados ou, até mesmo, superados por intermédio de políticas públicas e medidas institucionais do Estado e de instituições da própria sociedade civil, entre estas, inclusive, o sindicalismo – este, desde que empoderado, representativo e dinâmico.

O processo de mudanças aberto pela terceira revolução tecnológica do capitalismo foi aprofundado nas décadas iniciais do século XXI, especialmente mediante a criação de novos avanços ligados à tecnologia digital e às potencialidades da computação e da *internet*. Tais mudanças têm sido tão amplas que autores diversos

³³⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o Paradigma da Destruição e os Caminhos da Reconstrução**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 24.

³³⁹ Sobre o processo de avanço do ultraliberalismo no Brasil, consultar, por exemplo, a obra de DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o Paradigma da Destruição e os Caminhos da Reconstrução**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017. Sobre as dificuldades de concretização de um modelo de organização similar ao *Welfare State* nos países latino-americanos, com a conseqüente democratização também da sociedade civil e suas instituições, inclusive o mercado econômico e respectivas relações sociais, consultar os diversos estudos científicos de economistas, sociólogos, cientistas políticos e juristas que compõem o seguinte livro coletivo: DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Org.). **A América Latina e o Estado de Bem-Estar Social: características, obstáculos e desafios**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

preferem se referir a essa época como quarta revolução tecnológica do capitalismo ou Quarta Revolução Industrial ou, simplesmente, Revolução 4.0.³⁴⁰

Nas palavras de Klaus Schwab, essa revolução é “caracterizada por uma internet mais ubíqua e móvel, por sensores menores e mais poderosos que se tornaram mais baratos e pela inteligência artificial e aprendizagem automática (ou aprendizado de máquina)”³⁴¹.

A indústria 4.0 se define por uma cadeia de produção com centralização eletrônica, o que é permitido pelas novas tecnologias e pela *internet*:

Nesse novo momento da industrialização, que passou a ser denominado como Indústria 4.0, termo mais utilizado na Alemanha ou *Smart Factory*, denominação utilizada nos Estados Unidos, há uma junção de diversas tecnologias utilizadas no processo de fabricação dos produtos industriais, tais como a Internet das Coisas, sistemas ciber-físicos, computação em nuvem, etc. O que significa que as indústrias ficarão cada vez mais inteligentes, portanto, ligadas com as diferentes formas de tecnologia.³⁴²

A Revolução 4.0 distingue-se pela complexidade, coexistência e colaboração entre tecnologias, envolvendo “desde o sequenciamento genético até a nanotecnologia, das energias renováveis à computação quântica”³⁴³.

Essa quarta revolução tecnológica do capitalismo, assim como a imediatamente anterior, também se insere na vigência do paradigma constitucionalista do Estado Democrático de Direito. Por essa razão, suas peculiaridades econômicas, organizacionais e tecnológicas devem se harmonizar, sem dúvida, com os parâmetros imperativos do Constitucionalismo Humanista e Social vigorante e seu modelo jurídico do Estado Democrático de Direito.

É o que se debaterá a seguir, tendo como foco de análise o trabalho nos sistemas empresariais de plataformas digitais.

³⁴⁰ É o que prefere, por exemplo, Klaus Schwab, em sua recente e famosa obra, **A Quarta Revolução Industrial**, multicitada neste artigo. A esse respeito, examinar também a instigante obra de RODRIGUES, Priscila Lauande. **Direito do Trabalho 4.0** – as relações de trabalho na quarta revolução tecnológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

³⁴¹ SCHWAB, Klaus. Op. cit.

³⁴² SOUZA, Erick. **Entenda Sobre Indústria 4.0: A Quarta Revolução Industrial que estamos vivendo Hoje!** (p. 15). Edição do Kindle.

³⁴³ SCHWAB, Klaus. Op. cit.

V – A REVOLUÇÃO 4.0 E O TRABALHO NOS SISTEMAS EMPRESARIAIS DE PLATAFORMAS DIGITAIS: O ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL E A BUSCA DE UM PATAMAR CIVILIZATÓRIO MÍNIMO PARA AS RELAÇÕES DE TRABALHO

A Revolução 4.0 acelerou os passos de um mundo do trabalho já em transformação, sendo caracterizada pela “automação, robotização e produção das fábricas com grande independência do trabalho humano combinadas com a utilização de serviços através de aplicativos, softwares, plataformas digitais e armazenamentos de dados em massa”³⁴⁴.

As relações de vida e, por consequência, as relações de trabalho são permeadas em altíssima velocidade por conectividade e gestão de informações. Citem-se, nesse rol: internet das coisas (IoT); computação em nuvem; análise de megadados (Big Data Analytics); inteligência artificial e cognitividade; *Blockchain*; sistemas ciberfísicos; veículos autônomos; drones; nanotecnologia, etc.

A nova realidade tecnológica e laborativa, no Brasil, sem o contraponto de políticas públicas sociais eficientes e multidimensionais – em claro desrespeito ao Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição de 1988 -, resulta em crônico desemprego, com “grave exclusão social das grandes majorias”³⁴⁵. O desemprego, em países como o Brasil - que se recusam a adotar políticas socioeconômicas desenvolvimentistas e inclusivas -, resulta não apenas das mudanças tecnológicas, porém da ausência de políticas públicas multidimensionais eficientes.

Além do desemprego, mostra-se também impactante, em países periféricos ao capitalismo central, o subemprego ou o trabalho precarizado. Nesse conjunto de fatores, desponta o novo trabalho em sistemas empresariais de plataformas digitais, produto da Revolução 4.0. Surgido há poucos anos no Brasil, não tem encontrado na ordem jurídica

³⁴⁴ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Futuro do Trabalho no Brasil: Perspectivas e Diálogos Tripartites**. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_626908.pdf. Acesso em: 23 abr. 2021. Consultar, igualmente, RODRIGUES, Priscila Lauande. **Direito do Trabalho 4.0** – as relações de trabalho na quarta revolução tecnológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

³⁴⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o Paradigma da Destruição e os Caminhos da Reconstrução**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 133.

e nas instituições vinculadas ao mundo do trabalho propensão a estender a esses trabalhadores qualquer mínima garantia trabalhista. Para o sociólogo Ricardo Antunes, isso traduz o afastamento das relações de emprego sob a égide da CLT, precarizando-as por trás do véu da “prestação de serviços”, com nítido caráter invisível e individual³⁴⁶.

O primado da economia sobrepondo-se ao primado do trabalho e do emprego – e o primado do próprio ser humano - pode ser visto, com destaque, no “contrato de zero hora” que tem por objetivo a disponibilidade do empregado, que fica conectado a uma plataforma em seu telefone celular, sendo remunerado exclusivamente pelas atividades que foi convocado a realizar, com absoluto desprezo ao seu tempo da espera³⁴⁷.

As mais variadas profissões passam a ser submetidas a essa nova modalidade de contratação. Mencionem-se, por exemplo: motoristas; entregadores; médicos; faxineiras; advogados, etc.. O novo sistema de arregimentação de força de trabalho é “facilitado pela expansão do trabalho *online* e pela expansão dos ‘aplicativos’, que invisibilizam ao mesmo tempo que ampliam exponencialmente uma parte expressiva da classe trabalhadora”³⁴⁸.

Monique de Souza Arruda explica que a contratação do serviço pelo consumidor ocorre por meio da plataforma digital, a qual possui trabalhadores cadastrados de forma prévia, sob o formato jurídico de profissionais autônomos. A plataforma cruza as informações em seu banco de dados e designa um trabalhador para executar o serviço e, para além, oportuniza ao contratante a exigência de padrão mínimo de qualidade do trabalhador e do gerenciador da mão de obra.³⁴⁹

A título de exemplo, podem-se citar “o Airbnb - para locação de imóveis e estadias, a Plataforma Diaríssima e a Plataforma Parafuzo - para limpeza doméstica; o Sharingacademy – para professores particulares”³⁵⁰.

Para além, Ricardo Antunes aponta ainda a existência de um segundo grupo de trabalhadores precarizados em suas relações de emprego dentro do fenômeno de

³⁴⁶ ANTUNES, Ricardo. Trabalho Intermitente e Uberização do Trabalho no Limiar da Indústria 4.0. *In: Uberização, trabalho digital e indústria 4.0*. 1 ed. Online. Boitempo. 2020.

³⁴⁷ ANTUNES, Ricardo. Op. cit.

³⁴⁸ ANTUNES, Ricardo. Op. cit.

³⁴⁹ ARRUDA, Monique de Souza. *Indústria 4.0 e Meio Ambiente do Trabalho: O Direito à Saúde no Contexto das Inovações Disruptivas e da Economia Compartilhada*. 1 ed. Online. E-book. Amazon, 2019.

³⁵⁰ ARRUDA, Monique de Souza. Op. cit.

Uberização. Trata-se daqueles que laboram como motoristas para empresas como Uber e Cabify, entre outras, sendo responsáveis por todos os custos da operação do labor, desde a manutenção do seu veículo, sua segurança, limpeza, alimentação, etc. À empresa organizadora e gerenciadora do sistema de plataforma digital cabem os lucros do empreendimento, sem qualquer contraprestação trabalhista, como na modalidade anterior.³⁵¹

A crítica se acentua em relação a esse segundo grupo quanto ao véu da “prestação de serviços”, tendo em vista que os profissionais são constantemente controlados pela empresa de plataforma digital, inclusive sofrendo punições e até dispensa no caso de descumprirem as regras da contratante, a exemplo da rejeição de chamadas - características nítidas de subordinação que remetem ao conceito clássico de empregado. Esses trabalhadores não são apenas avaliados em suas tarefas - o que por si só já demonstraria a subordinação; na verdade, eles são também controlados e penalizados constantemente no curso do labor pela empresa criadora e gestora da plataforma digital.³⁵²

Como visto, as mudanças tecnológicas e organizacionais disruptivas, caso aliadas ao ideário ultra liberalista embutido nas políticas públicas abstencionistas estatais, a par de medidas públicas desestimuladoras do desenvolvimento socioeconômico, do trabalho e do emprego, tudo em um perverso somatório, criam um cenário de desemprego crônico, acrescido de uma profunda precarização nas relações trabalhistas.

Na verdade, se o país se recusa a conferir consistência e realidade ao modelo de Estado Democrático de Direito inerente ao Constitucionalismo Humanista e Social estabelecido em sua Constituição da República, com o incentivo ao desenvolvimento econômico, à democratização de sua sociedade civil, inclusive do sistema capitalista existente dentro de suas fronteiras, exacerbam-se as consequências antissociais das transformações tecnológicas, criando-se um ambiente de perdas significativas para o conjunto da própria sociedade. Nessas regiões sob influência extremada do

³⁵¹ ANTUNES, Ricardo. Trabalho Intermitente e Uberização do Trabalho no Limiar da Indústria 4.0. *In: Uberização, trabalho digital e indústria 4.0*. 1 ed. Online. Boitempo. 2020.

³⁵² ANTUNES, Ricardo. Ob. cit. Sobre o assunto, consultar também CARELLI, Rodrigo de Lacerda, e OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **As Plataformas Digitais e o Direito do Trabalho** – como entender a tecnologia e proteger as relações de trabalho no século XXI. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

neoliberalismo, vigora, segundo Maurício Godinho Delgado, uma espécie de paradigma da destruição do trabalho e do emprego,³⁵³ que esvazia o Estado Democrático de Direito ali constitucionalizado.

VI – O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O EQUILÍBRIO ENTRE AS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS NA ORGANIZAÇÃO E DINÂMICA EMPRESARIAIS E AS GARANTIAS E DIREITOS DOS TRABALHADORES – LIMITES CIVILIZATÓRIOS PARA A REVOLUÇÃO 4.0

Afinal, há limites civilizatórios para as transformações tecnológicas do capitalismo contemporâneo? Especialmente no quadro do paradigma do Constitucionalismo Humanista e Social, com o seu conceito de Estado Democrático de Direito, que afirma a centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida socioeconômica, a par de insistir no caráter inclusivo e democrático também da sociedade civil, despontam, em suma, limites às transformações tecnológicas da revolução 4.0?

Se tais limites despontam, quais eles seriam? Se não despontam, como se considerar mantido o conceito amplo e complexo de Estado Democrático de Direito e o próprio sentido do terceiro paradigma do constitucionalismo?

Não há dúvida de que esses limites existem, sim, estando bem explicitados, como visto, pela experiência bem-sucedida consagrada nos países líderes do Constitucionalismo Humanista e Social.

Trata-se, em síntese, de políticas públicas que assegurem certo dinamismo à economia, com desenvolvimento socioeconômico e ambiental, de maneira a incrementar o trabalho e o emprego, evitando altos índices de desemprego; de políticas públicas que assegurem bom patamar civilizatório à regulação do trabalho, de maneira a evitar a precarização trabalhista no seio da economia e da sociedade, com seus efeitos deletérios sobre a renda dos seres humanos, além de sobre a sua saúde e sua segurança;

³⁵³ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o Paradigma da Destruição e os Caminhos da Reconstrução**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 11.

de políticas públicas garantidoras da presença de um sólido, influente e representativo movimento sindical, com entidades livres, autônomas e empoderadas, aptas a estabelecerem um real equilíbrio coletivo no ambiente das empresas e da própria economia; igualmente, de outras políticas públicas concretizadoras da efetiva democratização e dinamização inclusiva não apenas da sociedade política mas também da sociedade civil e suas instituições, inclusive as do mercado econômico.

A experiência exitosa dos Estados de Bem-Estar Social do centro e norte da Europa Ocidental, que realizam o real Estado Democrático de Direito próprio ao Constitucionalismo Humanista e Social comprova, historicamente, a plena viabilidade, nos países, economias e sociedades envolvidos, de se conseguir elevado desenvolvimento tecnológico, porém harmônico a um também elevado desenvolvimento social, trabalhista e humanístico.

VII – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou responder à indagação se existem (ou não) limites civilizatórios para as transformações tecnológicas do capitalismo, em particular as derivadas da Revolução 4.0.

E o fez de forma positiva, após longa análise sobre os diversos paradigmas do constitucionalismo ocidental e também das revoluções tecnológicas que têm caracterizado a história do sistema socioeconômico capitalista.

Para o presente estudo, esses limites são dados pelo Constitucionalismo Humanista e Social, criado no mundo ocidental depois da Segunda Grande Guerra, obtendo amplo sucesso em diversos países e economias, inclusive na pujante economia ocidental europeia.

Esse novo paradigma do constitucionalismo, com a sua estrutura matriz do Estado Democrático de Direito (ou Estado de Direito Democrático), determina a democratização e inclusão social não apenas quanto à sociedade política, porém igualmente em face da sociedade civil, inclusive a economia e suas instituições. Por intermédio do aprofundamento dessas características democráticas e inclusivas é que

esse paradigma constitucional tem alcançado a aptidão de assegurar, efetivamente, a prevalência da pessoa humana e sua dignidade e centralidade na ordem jurídica, institucional, econômica e social.

Em diversos países europeus, que abrangem cerca de 200 milhões de pessoas humanas, o Estado Democrático de Direito se concretizou por intermédio do Estado de Bem-Estar Social, cumprindo os ditames do novo constitucionalismo e assegurando, se não bastasse, amplo desenvolvimento econômico, social e ambiental para as respectivas economias e sociedades.

No Brasil, esse paradigma foi absorvido pela Constituição da República promulgada em 1988, cabendo, dessa maneira, ao país e à sua população concretizarem, com eficiência e urgência, o projeto constitucional lavrado há 33 anos atrás.

Não existe incompatibilidade entre a terceira revolução tecnológica do capitalismo, iniciada depois da Segunda Guerra Mundial, e mesmo entre a recente Revolução 4.0, deflagrada há poucos anos atrás, com todos os seus avanços de tecnologia, com o Constitucionalismo Humanista e Social vigorante e o seu Estado Democrático de Direito.

As diversas medidas indicadas neste texto, em uma coorte de políticas públicas racionais e civilizadoras, amplamente testadas e exitosas na prática de diversos países, evidenciam ser essa harmonização o melhor, mais adequado e eficiente caminho a se seguir no manejo e enfrentamento dos desafios tecnológicos existentes e a surgir.

Felizmente, cumprir com zelo e diligência a Constituição da República Federativa do Brasil consiste, neste país, na melhor solução para os seus problemas, dificuldades e desafios. Lamentável é que assim não se faça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANTUNES, Ricardo. **Uberização, trabalho digital e indústria 4.0**. 1 ed. Online. E-book. Boitempo. 2020.

ARRUDA, Monique de Souza. **Indústria 4.0 e Meio Ambiente do Trabalho: O Direito à Saúde no Contexto das Inovações Disruptivas e da Economia Compartilhada**. 1 ed. Online. E-book. Amazon, 2019.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: Para uma teoria geral da política**. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda, e OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **As Plataformas Digitais e o Direito do Trabalho** – como entender a tecnologia e proteger as relações de trabalho no século XXI. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

DELGADO, Gabriela Neves. Os Paradigmas do Estado Constitucional Contemporâneo. *In*: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. **Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2017. p. 17-32.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o Paradigma da Destruição e os Caminhos da Reconstrução**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho. *In* DELGADO, M. G; DELGADO, G. N. **Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2017. p. 33-58.

DELGADO, Maurício Godinho. Funções do Direito do Trabalho no Capitalismo e na Democracia. *In*: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. **Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 75-93.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. A Matriz da Constituição de 1988. *In A Reforma Trabalhista no Brasil - com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017, p. 21-57.

DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. **A Reforma Trabalhista no Brasil - com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho; ALVARENGA, R. Z. D; GUIMARÃES, Tâmara Matias. Notas Sobre a Arquitetura Princiopiológica Humanista e Social da Constituição da República de 1988 e a Concretização dos Direitos Fundamentais no Constitucionalismo Contemporâneo: uma abordagem sob o prisma dos direitos individuais e sociais trabalhistas. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 20, n. 2, p. 18-19, ago./2019. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1801>. Acesso em: 20 abr. 2021.

DELGADO, Maurício Godinho; PIMENTA, J. R. F; NUNES, Ivana. O Paradigma Revista Jurídica Unicuritiba do Estado Democrático de Direito: estrutura **conceitual e desafios contemporâneos**., Curitiba, v. 02, n. 55, p. 485-515, abr./2019. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/340868406>. Acesso em: 18 abr. 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Org.). **A América Latina e o Estado de Bem-Estar Social: características, obstáculos e desafios**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Lorena Vasconcelos (Org.). **O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Org.). **Welfare State – os grandes desafios do Estado de Bem-Estar Social**. São Paulo: LTr, 2019.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 18.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2004.

FREEMAN, Joshua B. **Mastodontes – a história da fábrica e a construção do mundo moderno**. São Paulo: Todavia, 2019.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Futuro do Trabalho no Brasil: Perspectivas e Diálogos Tripartites.** Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_626908.pdf. Acesso em: 23 abr. 2021. JUNQUEIRA, Fernando Carlos. **O impacto da Indústria 4.0 no emprego, nas empresas e na vida!** (Locais do Kindle 198-199). Edição do Kindle.

MONTESQUIEU, C. de S., Baron de. **O Espírito das Leis.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 168.

RODRIGUES, Priscila Lauande. **Direito do Trabalho 4.0** – as relações de trabalho na quarta revolução tecnológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SCHAFF, Adam. **A Sociedade Informática.** 4. ed. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista: Brasiliense, 1995.

SCHWAB, Klaus; tradução Daniel Moreira Miranda. **A Quarta Revolução Industrial** [livro eletrônico]. 1 ed. São Paulo: Edipro, 2019.

SOUZA, Erick. **Entenda Sobre Indústria 4.0: A Quarta Revolução Industrial que estamos vivendo Hoje!** (p. 15). Edição do Kindle.

STRECK, Lenio Luiz. **A Relação “Texto e Norma” e a Alografia do Direito.** Revista Novos Estudos Jurídicos, Online, v. 19, n. 1, p. 6, abr./2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/5540/2945>. Acesso em: 18 abr. 2021.

VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. **História Geral e do Brasil.** Volume 2. 2. ed. São Paulo: Scipione, 2013. p. 126.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 24-25.

WILKINSON, Richard; PICKETT, Kate. **O Nível** – por que uma sociedade igualitária é melhor para todos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.