

LA REFORMA LABORAL DE 2017 Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN BRASIL

JORGE CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO

Profesor de Derecho Laboral

Fundación Getúlio Vargas. Escuela Superior de Abogacía de São Paulo*

EXTRACTO

Palabras clave: Brasil, Reforma Laboral, negociación colectiva

El objetivo del presente trabajo es analizar la negociación colectiva en Brasil tras la reforma laboral de 2017. La metodología utilizada ha sido tanto el análisis del texto legal así como de los pronunciamientos judiciales relacionados con el mismo, teniendo presentes asimismo las elaboraciones doctrinales realizadas al respecto.

ABSTRACT

Palabras clave: Brasil, Reforma Laboral, negociación colectiva

The objective of this paper is to analyze collective bargaining in Brazil after the labor reform of 2017. The methodology used has been both the analysis of the legal text of judicial pronouncements related to it, taking into account also the doctrinal elaborations made in this regard.

* Titular del sillón n. 21 de la Academia Brasileña de Derecho del Trabajo.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. SUPUESTOS DE EXCLUSIÓN DE LA EXIGENCIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA FRENTE A LA EXIGENCIA LEGAL ANTERIOR
3. SUPERPOSICIÓN DE LA NEGOCIACIÓN INDIVIDUAL SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
4. RELACIÓN DE TEMAS SOBRE LOS QUE ES POSIBLE LA PREVALENCIA DE LO NEGOCIADO SOBRE LO LEGISLADO
5. CONSIDERACIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN

En sus dos discursos de posesión, en abril, como interino, y en agosto, como efectivo, del año 2016, el presidente Michel Temer evidenció que una de sus prioridades sería la realización de una reforma laboral. Este anuncio causó preocupación y desconfianza entre numerosos operadores y estudiosos del Derecho del Trabajo y entre una parte significativa de las representaciones de trabajadores. Por otro lado, ha provocado cierto aliento y esperanza entre los empresarios y sus representantes.

El anuncio de la propuesta del gobierno se hizo el 21 de diciembre de 2016. De su exposición de motivos se extrae que sus objetivos eran perfeccionar las relaciones del trabajo en Brasil a través de la valorización de la negociación colectiva entre trabajadores y empleadores; actualizar los mecanismos de lucha contra la informalidad de la mano de obra en el país; reglamentar el art. 11 de la Constitución Federal, que asegura la elección de representantes de los trabajadores en la empresa, para promover el entendimiento directo con los empleadores; y, finalmente, actualizar la Ley nº 6.019, de 1974, que trata del trabajo temporal.

Las propuestas, sin embargo, no agradaron completamente al empresariado y a sus representaciones. Ellos esperaban medidas más drásticas. Confirmaron, sin embargo y en gran medida, el temor de la clase trabajadora de que el nuevo gobierno se empeñaría en flexibilizar las reglas legales aún vigentes por medio de la adopción de un modelo que permita la derogación de la legislación estatal sobre algunas materias por medio de la negociación con los sindicatos de trabajadores.

En ese momento histórico, había dos formas antagónicas de analizar las medidas ya tomadas y aquellas sólo propuestas. Bajo una perspectiva pesimista, reconociendo en ellas el riesgo de “desagradar a griegos y troyanos” ya que las proposiciones no eran tan impactantes como parecían desear las representaciones de los sectores económicos, pero a la vez modificaban dogmas muy caros a la representación de los trabajadores, provocando su descontento. Desde una perspectiva optimista, era posible, en aquel momento, creer que, al presentar al parlamento medidas que no interfería tan drásticamente como se temía en el sistema

vigente, el gobierno mostraba preocupación por no desagradar por completo a la clase obrera reconociendo, aparentemente, la importancia del mantenimiento de un buen clima en la relación la representación de los trabajadores, la Administración y los empleadores para la reactivación del crecimiento económico en el país.

Sin embargo, había un largo camino por recorrer antes de la aprobación final de las medidas.

El proyecto de ley inicialmente presentado como “Minirreforma laboral” (identificado como PL 6.787), creándose la Comisión Especial destinada a emitir un dictamen en cuanto al texto mediante Acto de la Presidencia de la Cámara de Diputados el 3 de febrero de 2017; Comisión que se constituyó el 9 de febrero de ese mismo año. La Relatoría del Proyecto de Ley presentado por el Poder Ejecutivo le correspondió al Diputado Federal Rogério Marinho, del Partido de la Social Democracia Brasileña (PSDB).

Bajo el pretexto de “escuchar a todas las partes involucradas, garantizando el derecho de manifestación de sectores del Gobierno Federal, del Poder Judicial Laboral, del Ministerio Público del Trabajo, de representantes de los trabajadores y de los empleadores, de especialistas los más diversos, en fin, de todos los interesados en manifestarse”, se realizaron 17 audiencias públicas, 7 seminarios y otras cuarenta reuniones menores y debates. Además, se puso a disposición de la sociedad el acceso al texto tanto mediante el Portal e-Democracia como a través de una dirección electrónica específica de la Comisión Especial para la recepción de críticas y sugerencias. En total se presentaron 850 enmiendas al Proyecto, de las cuales solo 8 fueron retiradas por sus autores.

El ponente, el señor Rogério Marinho, presentó su informe final en abril de 2017, acogiendo un gran número de las enmiendas parlamentarias y transformando la minirreforma en una reforma significativamente más robusta. El proyecto presentado en diciembre tenía 13 puntos específicos, en cambio, el texto presentado a finales de abril abarcaba casi 40 ítems que implicaron la alteración de cerca de 200 dispositivos (entre alteración de artículos y párrafos e inclusión de nuevos preceptos) de la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT), es decir, el Código Laboral brasileño.

El 26 de abril de 2017 el informe fue aprobado por la Comisión por 27 votos a favor frente a 10 en contra y se remitió al Pleno, donde fue aprobado, en la madrugada del 27 de abril de 2017, en la forma del nuevo texto modificado en relación con el presentado por el ponente, por 296 votos a favor y 177 contra.

En el Senado Federal el Proyecto recibió la numeración PL 38/17 y, por 46 votos a 19, se aprobó la solicitud de tramitación con carácter de urgencia. El principal efecto práctico de esta medida consistía justamente en impedir el

retorno del texto para un nuevo análisis por parte de las comisiones parlamentarias, lo que sucedería si se presentaran enmiendas (sugerencias de enmiendas), lo que, finalmente, no sucedió. El 11 de julio de 2017, como se esperaba, el Senado Federal aprobó la reforma laboral por 50 votos favorables, 26 contrarios y una abstención. El texto aprobado fue idéntico al aprobado por la Cámara de Diputados. Su ponente en el Senado, Romero Jucá del Partido del Movimiento Democrático Brasileño (PMDB), recomendó, sin embargo, que el Presidente de Brasil promoviera ajustes en el PLC 38/2017, mediante veto o medida provisional.

El 13 de julio de 2017, sin demora alguna, el texto fue sancionado por el Presidente de la República, con la promesa de que el Gobierno editaría una Medida Provisória para alterar algunos puntos negociados con los Congressistas.

En cuanto al texto legal aprobado, además de consagrar la posibilidad de dar prevalencia a las reglas negociadas sobre las reglas estipuladas en ley, incluso si son menos favorables para los trabajadores, excluyó expresamente la exigencia de negociación colectiva en situaciones donde había sido expresamente prevista; percibiéndose, además, que, al pasar por la Comisión Especial de la Cámara de Diputados, el foco de la reforma laboral dejó de ser la negociación colectiva. En efecto, analizando sus preceptos es posible concluir que el tema central paso de la negociación colectiva a ser, más bien, el de la seguridad jurídica en las relaciones de trabajo. Esta conclusión es posible extraerla del siguiente pasaje del Informe presentado por el Sr. Rogério Marinho:

“El sustitutivo presentado no se centra en la supresión de derechos, sino en proporcionar una legislación más moderna, que busque soluciones inteligentes para nuevas modalidades de contratación, que aumente la seguridad jurídica de todas las partes de la relación de empleo, en fin, que adapte la Consolidación de las Leyes del Trabajo a las modernizaciones verificadas en el mundo en esos más de 70 años que separan el nacimiento de la Consolidación de las Leyes del Trabajo de este momento”¹.

El objetivo del presente trabajo es analizar la negociación colectiva en Brasil tras la reforma laboral de 2017. La metodología utilizada ha sido tanto el análisis del texto legal como de los pronunciamientos judiciales relacionados con el mismo, teniendo presentes asimismo las elaboraciones doctrinales realizadas al respecto.

¹ “O Substitutivo apresentado não está focado na supressão de direitos, mas sim em proporcionar uma legislação mais moderna, que busque soluções inteligentes para novas modalidades de contratação, que aumente a segurança jurídica de todas as partes da relação de emprego, enfim, que adapte a CLT às modernizações verificadas no mundo nesses mais de 70 anos que separam o nascimento da CLT deste momento”

2. SUPUESTOS DE EXCLUSIÓN DE LA EXIGENCIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA FRENTE A LA EXIGENCIA LEGAL ANTERIOR

Al leer detenidamente los preceptos de ley modificados y los insertados en el texto de la Consolidación de las Leyes del Trabajo y en la Ley 6.019/74 se percibe que los cambios implementados han excluido la exigencia de negociación colectiva en diversas situaciones para las cuales la jurisprudencia había consagrado ese tipo de intervención negociada.

La primera situación digna de mención es la del banco de horas. Contrariando lo dispuesto en la Súmula 85, V del Tribunal Superior del Trabajo, que claramente exigía que el régimen anual de compensación de jornada fuera negociado colectivamente, la Ley 13.467/17, en el nuevo § 5º del artículo 58 A de la Consolidación de las Leyes del Trabajo declara expresamente que: El banco de horas de que trata el § 2 de este artículo podrá ser pactado por acuerdo individual escrito, siempre que la compensación ocurra en el período máximo de seis meses.

El banco de horas consiste en un sistema de compensación de horas más flexible, vigente en Brasil a partir de la Ley 9.601/1998. En su previsión original él exigía para su validez una autorización por convención o acuerdo colectivo, posibilitando a la empresa adecuar la jornada de trabajo de los empleados a sus necesidades de producción y demanda de servicios. Este sistema de banco de horas puede ser utilizado, por ejemplo, en los momentos de poca actividad de la empresa para reducir la jornada normal de los empleados durante un período, sin reducción del salario, permaneciendo un crédito de horas para uso cuando la producción crezca o la actividad acelere, salvo lo que sea posible de negociación colectiva (convención o acuerdo colectivo). Si el sistema comienza en un momento de gran actividad de la empresa, la jornada de trabajo podrá ser entendida más allá de la jornada normal (hasta el límite máximo de la décima hora diaria) durante el período en que el alto volumen de actividad permanezca.

De forma similar, la reforma laboral había dispensado la previa aprobación en negociación colectiva de la formalización de la jornada de 12X36 (se dice doce por treinta y seis), permitiendo que sea pactada también por acuerdo individual escrito. La jornada 12X36 se caracteriza por doce horas de trabajo por treinta y seis de descanso. El nuevo artículo 59 A era claro en su redacción:

Art. 59-A. “A excepción de lo dispuesto en el art. 59 de esta Consolidación, se permite a las partes, mediante acuerdo individual escrito, convención colectiva o acuerdo colectivo de trabajo, establecer horario de trabajo de doce horas seguidas por treinta y seis horas ininterrumpidas

de descanso, observados o indemnizados los intervalos para reposo y alimentación”².

La nueva ley ha venido a contradecir el criterio de los Tribunales del Trabajo, particularmente del Tribunal Superior del Trabajo³, según el cual esa jornada, por

² Art. 59-A. “Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação”.

³ Es lo que se aprecia en los siguientes casos: RECURSO DE REVISTA. RECLAMADA. JORNADA 12X36. EXIGÊNCIA DE PREVISÃO EM NORMA COLETIVA . ULTRATIVIDADE DA NORMA. IMPOSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA Nº 277 DO TST AO CASO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. 1- O TRT deu provimento ao recurso ordinário do sindicato reclamante, para afastando a ultratividade da norma e a teoria da aderência limitada por revogação, aplicadas ao caso pela sentença, considerar inválida a jornada de 12x36, no período de 1º/7/2010 a 31/12/2011, haja vista não haver previsão em norma coletiva que a amparasse. 2 - A pretensão da reclamada é obter a aplicação da nova redação da Súmula n.º 277 do TST ao caso dos autos, declarando-se a adesão ao contrato de trabalho da cláusula normativa que autorizou a jornada 12x36, no período o de 1º/7/2010 a 31/12/2011. 3 - A atual redação da Súmula n.º 277 desta Corte, alterada em 14/9/2012, prevê que “as cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho”. 4 - Diferentemente de outras súmulas, que advêm de construção jurisprudencial das Turmas e da SDI desta Corte, firmadas no decorrer do tempo, a nova redação da Súmula n.º 277 do TST decorreu da interpretação do Pleno quanto aos arts. 7º, 114, § 2.º, da CF/88 levando em conta os julgados da SDC, de maneira que não pode ser aplicada retroativamente. Caso contrário, abalaria a segurança jurídica em relação às normas coletivas firmadas sob a égide de sua anterior redação, segundo a qual as cláusulas de normas coletivas vigoravam no prazo assinalado no instrumento. Precedentes desta Corte. 5 - Inviável a admissão do recurso de revista, dada a conformidade do acórdão do Regional com a atual, iterativa e notória jurisprudência desta Corte, e não se pode falar, portanto, que foi contrariada a Súmula nº 277 do TST, nos termos do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula 333 do TST . 6 - Recurso de revista de que não se conhece (TST - RR: 7002720125180002, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 24/06/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/06/2015) ACORDO DE COMPENSAÇÃO. JORNADA 12X36. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. INVALIDADE DO REGIME COMPENSATÓRIO. A jurisprudência desta Corte superior é de que o regime compensatório de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso somente é válido quando celebrado via acordo coletivo, nos termos do que dispõe o artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal, dada a excepcionalidade desse regime. In casu, ficou consignado pelo Regional que o regime de 12x36 horas em que laborava o reclamante não estava previsto em norma coletiva de trabalho, tendo o Regional asseverado ser irrelevante a inexistência de negociação coletiva ou acordo escrito entre as partes para efeito de convalidação do regime especial examinado. Portanto, o entendimento adotado pelo Regional, de que é válido o regime especial de trabalho 12x36, independentemente da previsão em norma coletiva, violou o disposto no artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal, de acordo com o qual a compensação de horários somente pode ser pactuada em acordo ou convenção coletiva de trabalho. Recurso de revista conhecido e provido. ACÚMULO DE FUNÇÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. Os arestos citados para o cotejo de teses são inespecíficos, nos termos da Súmula nº 296, item I, do TST, por não consignarem as mesmas premissas fáticas e jurídicas delineadas pelo Regional na hipótese destes autos, especialmente no tocante ao fato de que, no caso, a Corte de ori-

ser excepcional, sólo podía ser autorizada por medio de negociación colectiva de trabajo.

Sin embargo, el texto legal no deja lugar a dudas en cuanto a que basta el acuerdo individual escrito para la formalización del banco de horas y de la jornada 12X36. A pesar de la literalidad de los artículos 58 y 59 s, el texto del artículo 59-B parece caminar en el sentido de autorizar, o al menos reconocer la validez, a la compensación hecha incluso mediante acuerdo tácito.

Art. 59 B. *“El incumplimiento de las exigencias legales para compensación de jornada, incluso cuando está establecida mediante acuerdo tácito, no implica la repetición del pago de las horas excedentes a la jornada normal diaria si no sobrepasa la duración máxima semanal, siendo debido sólo el respectivo adicional”⁴.*

En consecuencia, es posible, por lo tanto, dependiendo de la forma cómo se aplique el dispositivo en cuestión, pasar de una situación en la que se exige el acuerdo colectivo para formalizar la compensación por banco de horas, a otra en la que esta compensación es admisible por acuerdo individual, incluso si es tácito y no expreso.

En tercer lugar, el artículo 61, *caput*, de la Consolidación de las Leyes del Trabajo después de los cambios hechos por la Ley 13.467, ha permanecido inalterado en relación con la posibilidad de que la duración del trabajo exceda del límite legal o convenido debido a motivos de fuerza mayor y para atender a la realización o conclusión de servicios que se consideran inaplazables o cuya falta de puesta en práctica pueda acarrear un perjuicio manifiesto. Pero, en relación con ello, el proyecto de ley insistió, en el §1º, en reafirmar la dispensa de negociación colectiva, al establecer que: *“El exceso, en los casos de este artículo, puede ser exigido independientemente de convención colectiva o acuerdo colectivo de trabajo”*. El único cambio en el aludido dispositivo fue la dispensa de la comunicación a la autoridad competente en materia de trabajo, que antes debería hacerse en el plazo de diez días.

gem asseverou não haver provas de exigência, pela reclamada, do desenvolvimento de outras funções alheias ao contrato de trabalho, sendo que nos paradigmas citados essa circunstância consta expressamente como fator determinante. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 642004520085150114 64200-45.2008.5.15.0114, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 16/10/2013, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/10/2013).

⁴ Art. 59-B. *“O não atendimento das exigências legais para compensação de jornada, inclusive quando estabelecida mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária se não ultrapassada a duração máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional”*.

En cuarto lugar, la posibilidad de que la contratación intermitente, recién creada, se acuerde mediante pacto individual escrito también evidencia una forma de desapoderamiento de la negociación colectiva. Se ha perdido la posibilidad de revalorizar a la negociación colectiva exigiéndose un pacto colectivo con la participación del sindicato para regular el recurso a esta forma de contratación. Una forma de contratación tan precaria no debería ser establecida en negociación individual entre empleado y empleador. Debería depender de una negociación colectiva en la que el sindicato pudiera verificar si la contratación del intermitente es para crear nuevos puestos de trabajo o precarizar los ya existentes.

En quinto lugar, otro punto en el que se ha relegado a la negociación colectiva, a pesar de haber sido expresamente mencionada, ha sido en la cuestión relativa a la formalización de cuadro o marco de carrera profesional o una estructuración de las categorías profesionales capaz de justificar desnivel salarial. El § 2º del artículo 461 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo dispensa, para el reconocimiento de su validez, cualquier forma de homologación o registro en órgano público, pero a la vez no exige que dicho cuadro o marco fuera el resultado de la negociación colectiva en la medida en que lo admite igualmente si se trata de una norma interna de la empresa. Permisividad que hace poco probable que, en la práctica, tenga lugar una negociación colectiva sobre estas cuestiones.

En sexto lugar, y por último, el tema que más llama la atención está relacionado con los despidos colectivos. Desde el juicio del ED-RODC n. 30900-12.2009.5.15.0000 de relatoría del Ministro Mauricio Godinho Delgado, conocido como caso EMBRAER, la negociación colectiva con el sindicato para la búsqueda de alternativas menos drásticas que el despido era un prerequisite para la decisión empresarial de despidos colectivos. Un criterio que el Tribunal Superior del Trabajo adoptó con base en el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo, considerado incumplido en el juicio que figura como el caso principal de esta tesis.

Sin definir lo que serían los despidos plúrimos y sin distinguirlos de los despidos colectivos, el nuevo artículo Art. 477-A. de la CLT sólo ha establecido que:

“Los despidos inmotivados individuales, “plúrimos” o colectivos se equiparan para todos los fines, no siendo necesaria autorización previa de la entidad sindical o la suscripción de una convención colectiva o acuerdo colectivo de trabajo para su efectividad”⁵.

⁵ *“As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação”.*

El despido colectivo, por lo tanto, a pesar de toda su repercusión social y económica, pasará a ser tratado como cualquier despido singular. Es decir, sin formalidades particulares y sin intentos para mitigar sus efectos o búsqueda, con la representación de los trabajadores, de una solución alternativa.

3. SUPERPOSICIÓN DE LA NEGOCIACIÓN INDIVIDUAL SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Se ha hablado mucho, y desde hace mucho tiempo, en Brasil de la regulación de la posibilidad de lo negociado sobre la ley, esto es, de la prevalencia de lo pactado sobre lo legislado. La Ley 13.467, sin embargo, no consagra solo esta regla de jerarquización de las normas laborales, sino que, también, ha asumido la hipótesis de la superposición o prevalencia del pacto individual sobre lo establecido a través de la negociación colectiva. Así lo hace el nuevo párrafo único del artículo 444 de la CLT:

Art. 444 (...) Párrafo único. *“La libre estipulación a que se refiere el caput de este artículo se aplica a las hipótesis previstas en el art. 611-A de esta Consolidación, con la misma eficacia legal y preponderancia sobre los instrumentos colectivos, en el caso de empleado portador de diploma de nivel superior y que perciba salario mensual igual o superior a dos veces el límite máximo de los beneficios del Régimen General de Previsión Social”*⁶.

El texto no puede ser más claro. De forma que, respecto de los trabajadores, siendo titulares de un diploma de nivel superior y que reciban un salario mensual igual o superior a dos veces el límite máximo de los beneficios del Régimen General de Previsión Social, tendrá prevalencia lo pactado, libre e individualmente con la empresa. Pacto que tendrá preferencia y se sobrepondrá incluso a lo que haya sido establecido para su categoría profesional en la negociación colectiva, acuerdo o convención colectiva de trabajo. Ninguna otra conclusión puede extraerse de la afirmación legal acerca de que esos acuerdos individuales tendrán *“la misma eficacia legal y preponderancia sobre los instrumentos colectivos”*. También en este punto se verifica el evidente desplazamiento y degradación del papel de la negociación colectiva, en contradicción a lo que se había afirmado con ocasión de la presentación de la versión inicial del entonces proyecto de reforma laboral.

⁶ Art. 444. (...) Parágrafo único. *“A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.”*

4. PREVALENCIA DE LO NEGOCIADO SOBRE LO LEGISLADO

El ministro de Trabajo y Empleo y Diputado Federal, Licenciado Ronaldo Nogueira de Oliveira, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley encaminado al Congreso Nacional, enalteció la evolución del diálogo social entre trabajadores y empleadores brasileños desde la redemocratización en 1985. Destacó la Constitución Federal de 1988 como marco en ese proceso, al reconocer, en el inciso XXVI del art. 7º, las convenciones y acuerdos colectivos de trabajo. Y aseguró que la madurez de las relaciones entre capital y trabajo se venía produciendo con las sucesivas negociaciones colectivas que se desarrollan en las empresas, ilustrando sus afirmaciones con los ejemplos de los trabajadores de la banca, de los metalúrgicos y del sector del petróleo que, en su opinión, prescinden desde hace mucho tiempo de la actuación del Estado para llegar a un entendimiento con las empresas.

También manifestó su preocupación, debido a la inseguridad jurídica que de ello se derivaría, por el hecho de que los pactos laborales colectivos tengan cuestionada judicialmente su autonomía, resaltando al efecto diversas decisiones judiciales que ponen de manifiesto esa inseguridad en relación con pactos laborales firmados entre empleadores y trabajadores, debido a la falta de un marco legal claro en relación con los límites de la autonomía de la norma colectiva de trabajo, y evidenciando que esas decisiones serían contrarias al criterio del Supremo Tribunal Federal, en concreto, el expresado en los autos del RE 590415/SC. Un pleito en el que se cuestionaba el plan de despido incentivado del BESC/Banco do Brasil, donde el Ministro Luís Roberto Barroso sostuvo que, en el ámbito del derecho colectivo, no existe la misma asimetría de poder presente en las relaciones individuales de trabajo, por lo que no se sujeta la autonomía colectiva a los mismos límites que la autonomía individual.

Ronaldo Nogueira de Oliveira destacó además, en su exposición de motivos, que, quedando claro que están protegidos contra la negociación *in pejus* los derechos que correspondan a un “nivel civilizatorio mínimo”, señaladamente la anotación de la Cartera de Trabajo y Seguridad social, el pago del salario mínimo, el descanso semanal remunerado, las normas de salud y seguridad del trabajo, los dispositivos antidiscriminatorios, la libertad de trabajo, etc. Y que, por consiguiente, derechos que exceden ese nivel civilizatorio mínimo se sujetarían, a la negociación colectiva, un valioso mecanismo de adecuación de las normas laborales a los diferentes sectores de la economía y a las diversas coyunturas económicas. Justificó así la medida destinada a dar preferencia a la negociación colectiva frente a lo dispuesto expresamente en los textos legales sustituyendo el principio de la norma más favorable, que determina la aplicación de la regla que más beneficia al trabajador, por el principio de la norma más específica, que

orienta la aplicación de la norma más cercana a la realidad fáctica de la relación de empleo, sea la convención o el acuerdo colectivo de trabajo.

El cambio afecta al principio de la norma más favorable, que según Américo Plá Rodríguez, otorga al Derecho del Trabajo su carácter peculiar por cuestionar el principio según el cual, entre normas de jerarquía diferente, se debería aplicar la de rango superior y, entre normas de igual jerarquía se debería hacer prevalecer la promulgada más recientemente⁷. Por el contrario, en adelante prevalecerá en Brasil el principio de la norma más específica, considerando tal la que sea más cercana a la realidad del empleado.

El cambio es polémico y las discusiones en torno a ella no son recientes, como puede imaginarse. La expresión “negociado sobre legislado” viene siendo bastante utilizada, desde hace algunos años, para diversos intentos de modificación de la legislación laboral, presentados con el propósito de posibilitar que la negociación colectiva se sobreponga, en todos o sólo en determinados temas, a legislación elaborada por el Parlamento. Aunque, en realidad, no se trata de un verdadero mecanismo de valorización de la negociación colectiva, sino más bien de una forma de flexibilización de las normas imperativas estatales.

El ideal, en términos de valorización de la negociación colectiva y de fortalecimiento del sistema sindical, sería crear mejores condiciones y dejar espacio de concreción y de mejora para las negociaciones colectivas; y no mantener una legislación amplia y detallista pero posibilitando que sea puntualmente derogada por la negociación entre los actores sociales. Cuando la regla existe y se permite una negociación para reducirla o suprimirla se crea la sensación de pérdida de derechos, resultando que la regla aplicable será establecida mediante negociación colectiva, construida por sectores o categorías.

El punto de vista aquí defendido se vuelve más claro con un ejemplo. Así, la ley 10.101 establece en su artículo 2 que “*La participación en los beneficios o resultados será objeto de negociación entre la empresa y sus empleados*”, enumerando a continuación los procedimientos que podrán ser adoptados. Pero, en realidad, la ley no es que otorgue un derecho, permitiendo que la negociación lo suprima o modifique. Por el contrario, lo que deja claro es que la negociación es una herramienta importante para que el derecho surja y sea real. Un modelo, pues, que efectivamente valoriza la negociación colectiva, convirtiéndose la negociación en parte del proceso de creación del derecho.

Por el contrario, las reglas del artículo 7, incisos VI y XIII, no contienen un verdadero mecanismo de valorización de la negociación colectiva, sino más bien

⁷ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª edição. São Paulo: 2000, p. 123.

una forma para afrontar, utilizando para ello a la negociación misma, las situaciones de crisis. De forma que, más bien, posibilitan la flexibilización de las reglas de irreductibilidad salarial y de prohibición de una alteración contractual lesiva para los intereses de los trabajadores para que, mediante la negociación colectiva, se asegure con carácter general una mayor o mejor protección para una categoría o grupo de trabajadores, aunque sea en detrimento de sus derechos individuales.

Cuando se permite que la negociación suprima o altere un derecho ya establecido en la legislación, deja de ser un mecanismo de conquista y se convierte en un instrumento de pérdida. Incluso cuando la pérdida está justificada por la protección de un bien mayor, como en el caso de la preservación de empleos y puestos de trabajo. Esta conclusión se evidencia en las reflexiones presentadas por Octávio Bueno Magano y Estêvão Mallet acerca de las mencionadas reglas constitucionales:

“Es decir, que desde el 5 de octubre de 1988 se hizo posible la utilización de la convención y del acuerdo colectivo no sólo para establecer nuevas condiciones de trabajo, in melius, como es de la tradición de esos institutos jurídicos, pero también in pejus, que, hasta entonces, sólo se admitía excepcionalmente”⁸.

Y rematan:

“Flexibilizar el Derecho del Trabajo quiere decir hacerlo más ajustable a situaciones fácticas, menos rígidas. Simboliza, además, el cambio del genérico por lo individualizado, del válido por lo eficaz, del fantasioso por lo real. Significa, finalmente, la preponderancia de la convención colectiva sobre la ley, de la autonomía de los grupos profesionales sobre el paternalismo estatal (...)”.

“Sintéticamente, se puede decir que la flexibilización del Derecho del Trabajo es el proceso de adaptación de las normas laborales a la realidad cambiante. Se trata de un proceso porque se traduce en sucesión de estados y cambios. Se caracteriza como adaptación porque no genera cambios. Se caracteriza como adaptación porque no genera cambios in vitro y sí las exigidas por la realidad cambiante, como por ejemplo, retracciones o expansiones económicas, procesos tecnológicos; transformaciones sociales o políticas”⁹.

⁸ “Vale dizer que, desde 5 de outubro de 1988, tornou-se possível a utilização da convenção e do acordo coletivo não apenas para estabelecer novas condições de trabalho, in melius, como é da tradição desses institutos jurídicos, mas também in pejus, o que, até então, só se admitia excepcionalmente” (MAGANO, Octávio Bueno; MALLET, Estêvão. O Direito do Trabalho na Constituição. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 105.)

⁹ “Flexibilizar o Direito do Trabalho quer dizer torná-lo mais ajustável a situações fácticas, menos rígido. Simboliza, ainda, a troca do genérico pelo individualizado, do válido pelo eficaz, do

Conforme a lo dicho, se comparte aquí la idea de que la verdadera valorización de la negociación colectiva no se produce cuando se permite que se superponga a la legislación vigente en todos los casos, sino solo cuando el ordenamiento jurídico la exige para la plenitud de la creación del derecho. Ciertamente que las normas laborales deben ser más flexibles para permitir la construcción del Derecho del Trabajo a partir de la negociación colectiva entre sindicatos de trabajadores y de empleadores. Por la sencilla razón de que ellos conocen las peculiaridades de su entorno profesional mejor que cualquier parlamentario. Pero es necesario un Derecho del Trabajo que tenga su esqueleto construido por leyes laborales generales, inflexibles, para tutelar a los trabajadores, funcionando las normas negociadas colectivamente como la musculatura de tales derechos, al ser elaboradas por quien sabe de las necesidades, a veces exclusivas, de concretas categorías económicas y profesionales.

Más que crear reglas legales generales aplicables a todos los trabajadores y normas legales específicas para las llamadas profesiones especiales reguladas y permitir, aunque sólo en situaciones excepcionales, la flexibilización de ellas mediante normas colectivas, es más adecuado mantener un núcleo duro de normas innegociables y complementarlo por la llamada autonomía colectiva de los particulares. Por cuanto es ingenuo pensar que solo la aprobación de una norma que permita la superposición de lo negociado colectivamente sobre lo legislado es una solución a la necesidad de modernización de la legislación laboral brasileña. La negociación colectiva debe ser un instrumento de adaptación de las reglas generales e inderogables a las particularidades de las actividades y de la realidad socioeconómica, pero no debe tener la función de precarizar las relaciones de trabajo con el principal objetivo de garantizar el lucro empresarial.

Enriquecedoras son, a ese respecto, las lecciones de Orlando Teixeira da Costa:

“En vista de esta situación, no se puede, sin el debido cuidado, promover cualquier reforma laboral en el sentido de adoptar una postura flexible, pues una acción irreflexiva en ese sentido podría agravar la condición de los hiposuficientes, sin contribuir de ninguna manera al fortalecimiento de las mismas relaciones de trabajo. La ruptura de la rigidez de ciertas normas

fantasioso pelo real. Significa, finalmente, a preponderância da convenção coletiva sobre a lei, da autonomia dos grupos profissionais sobre o paternalismo estatal (...). Sinteticamente, pode-se dizer que a flexibilização do Direito do Trabalho é o processo de adaptação das normas trabalhistas à realidade cambiante. Trata-se de processo porque se traduz em sucessão de estados e mudanças. Caracteriza-se como adaptação porque não gera mudanças. Caracteriza-se como adaptação porque não gera mudanças in vitro e sim as exigidas pela realidade cambiante, como por exemplo, retrações ou expansões econômicas, processo tecnológico; transformações sociais ou políticas” (MAGANO, Octávio Bueno; MALLETT, Estêvão. op. cit. p. 105.)

tiene que venir metódicamente, a través de un proceso de flexibilización diferenciada, que no cuide sólo del general, sino prioritariamente del diversificado. Y esa diversificación debe considerar no sólo la carencia de muchos o el concentrado poder económico de pocos, sino la variedad que presentan empresarios y empleados”¹⁰.

En cualquier caso, para el fin de una verdadera valorización de la negociación colectiva, es necesario reformar la estructura sindical para que los sindicatos sean efectivamente representativos de sus categorías. Esto es, ampliar el espacio de la libertad sindical para contar con sindicatos más legítimos y más representativos que no se acomoden a sus ingresos y luchen efectivamente por mejoras sociales para los trabajadores a través de la negociación y el diálogo social.

4. RELACIÓN DE TEMAS SOBRE LOS QUE ES POSIBLE LA PREVALENCIA DE LO NEGOCIADO SOBRE LO LEGISLADO

Cuando el Presidente Michel Temer asumió el cargo, aunque interinamente, y anunció la reforma laboral como una de sus principales banderas, ya se preveía una flexibilización amplia de la legislación laboral, mediante reglas que permitieran la superposición de lo negociado sobre lo legislado casi en cualquier situación. Se pensaba que sería rescatada la idea defendida en el Proyecto de Ley 5.483/2001, enviado por el Gobierno de Fernando Henrique Cardoso al Congreso nacional el 3 de octubre de 2000, que se limitaba a modificar el artículo 618 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo para asignarle la siguiente redacción:

Art. 618. “Las condiciones de trabajo ajustadas mediante convención o acuerdo colectivo prevalecen sobre lo dispuesto en ley, siempre que no contravengan la Constitución Federal y las normas de seguridad y salud del trabajo”¹¹.

¹⁰ *“Em face dessa situação, não se pode, sem o devido cuidado, promover qualquer reforma trabalhista no sentido de adotar uma postura flexível, pois uma ação irrefletida nesse sentido poderia agravar a condição dos hipossuficientes, sem contribuir, de maneira alguma, para o fortalecimento das relações de trabalho. A quebra da rigidez de certas normas tem que vir metodicamente, através de um processo de flexibilização diferenciada, que não cuide apenas do geral, mas prioritariamente do diversificado. E essa diversificação deve considerar não apenas a carência de muitos ou o concentrado poder econômico de poucos, mas a variedade que apresentam empresários e empregados”.* (COSTA, Orlando Teixeira da. Direito coletivo do trabalho e crise econômica. São Paulo: LTr, 1991, p. 87).

¹¹ *Art. 618. “As condições de trabalho ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo prevalecem sobre o disposto em lei, desde que não contrariem a Constituição Federal e as normas de segurança e saúde do trabalho”.*

La idea de sus proponentes era que cualquier regla infraconstitucional no relativa a las normas de seguridad y salud del trabajo pudiera ser derogada por medio de negociación colectiva. Este proyecto de ley fue retirado de tramitación el 8 de marzo de 2003 a petición del entonces Presidente Luiz Inacio Lula da Silva y posteriormente archivado el 16/04/2004.

A diferencia de la reforma propuesta por Fernando Henrique Cardoso, la minirreforma laboral de Temer, en su propuesta inicial, enumeró expresamente las materias que podrían ser flexibilizadas mediante acuerdo o convención colectiva de trabajo. Si se hubiera aprobado como inicialmente propuesto, la regla del artículo 611 de la CLT habría pasado a ser la siguiente:

Art. 611-A. La convención o el acuerdo colectivo de trabajo tiene fuerza de ley cuando disponga sobre:

I. Fragmentación del período de vacaciones anuales en hasta tres veces periodos, con pago proporcional en cada período de manera que una de las fracciones necesariamente corresponda a, como mínimo, dos semanas ininterrumpidas de trabajo;

II. Pacto en cuanto al cumplimiento de la jornada de trabajo, limitada a doscientas veinte horas mensuales;

III. Participación en los beneficios y resultados de la empresa, para incluir su atribución en función de los plazos del balance patrimonial y/o de los balances legalmente exigidos, no inferiores a dos parcelas, una em el primer semestre y la outra em el segundo;

IV. Horas in itinere;

V. Pausas en la jornada, respetando el límite mínimo de treinta minutos;

VI. Ultratividad de la norma o del instrumento colectivo de trabajo de la categoría;

VII. Adhesión al Programa de Seguro de Empleo –PSE, una estrategia creada por la Ley no 13.189, de 19 de noviembre de 2015 para intentar combatir el desempleo que consiste en la reducción del salario compensada por un pago em parte por el empleador y una parte por el gobierno;

VIII. Plan de cargos y salarios;

IX. Reglamento empresarial;

X. Banco de horas, garantizada la conversión de la hora que exceda de la jornada normal de trabajo con um incremento de un mínimo del cincuenta por ciento;

XI. Trabajo remoto;

XII. Remuneración por productividad, incluidas las propinas percibidas por el empleado;

XIII. Registro de la jornada de trabajo.

§ 2º Se prohíbe la alteración por medio de convención o acuerdo colectivo de las reglas de seguridad y de medicina del trabajo que se establecen en las Normas Reguladoras del Ministerio de Trabajo o en la legislación que disponga sobre derecho de tercero.

§ 3º En la hipótesis de flexibilización de la norma legal relativa a salario y jornada de trabajo, observado lo dispuesto en los incisos VI, XIII y XIV del *caput* del art. 7 de la Constitución, la convención o el acuerdo colectivo de trabajo firmado deberá explicitar la ventaja compensatoria concedida en relación con cada cláusula reductora de derecho legalmente asegurado.

§ 4º En la hipótesis de procedencia de acción anulatoria de una cláusula de acuerdo o convención colectiva, la cláusula de ventaja compensatoria deberá ser igualmente anulada, con repetición del indébito¹².

¹² Art. 611-A. A convenção ou o acordo coletivo de trabalho tem força de lei quando dispuser sobre: I. Parcelamento de período de férias anuais em até três vezes, com pagamento proporcional às parcelas, de maneira que uma das frações necessariamente corresponda a, no mínimo, duas semanas ininterruptas de trabalho. II. Pacto quanto à de cumprimento da jornada de trabalho, limitada a duzentas e vinte horas mensais; III. Participação nos lucros e resultados da empresa, de forma a incluir seu parcelamento no limite dos prazos do balanço patrimonial e/ou dos balancetes legalmente exigidos, não inferiores a duas parcelas; IV. Horas in itinere; V. Intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos; VI. Ultratividade da norma ou do instrumento coletivo de trabalho da categoria; VII. Adesão ao Programa de Seguro-Emprego - PSE, de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015; VIII. Plano de cargos e salários;

IX. Regulamento empresarial; X. Banco de horas, garantida a conversão da hora que exceder a jornada normal de trabalho com acréscimo de, no mínimo, cinquenta por cento; XI. Trabalho remoto; XII. Remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado;

XIII. Registro de jornada de trabalho.

§ 2º É vedada a alteração por meio de convênção ou acordo coletivo de norma de segurança e de medicina do trabalho, as quais são disciplinadas nas Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho ou em legislação que disponha sobre direito de terceiro.

§ 3º Na hipótese de flexibilização de norma legal relativa a salário e jornada de trabalho, observado o disposto nos incisos VI, XIII e XIV do *caput* do art. 7º da Constituição, a convênção ou o acordo coletivo de trabalho firmado deverá explicitar a vantagem compensatória concedida em relação a cada cláusula reductora de direito legalmente assegurado.

§ 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de acordo ou convênção coletiva, a cláusula de vantagem compensatória deverá ser igualmente anulada, com repetição do indébito”

Analizando esta norma hoy con la mirada de quien ya sabe cuáles fueron los cambios implementados con ocasión de su trámite en la Cámara de Diputados, la redacción en cuestión ya no parece tan mala. Sobre todo teniendo en cuenta las enmiendas parlamentarias presentadas en la Comisión de Constitución y Justicia de la Cámara de Diputados, que han generado la siguiente redacción final del proyecto:

Art. 611-A. La convención colectiva y el acuerdo colectivo de trabajo tienen prevalencia sobre la ley cuando, entre otras cuestiones, disponga sobre:

I. Pacto en cuanto a la jornada de trabajo, observados los límites constitucionales;

II. Banco de horas anual;

III. Intervalo intrajornada, respetando el límite mínimo de treinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV. Adhesión al Programa Seguro-Empleo (PSE), de que trata la Ley no 13.189, de 19 de noviembre de 2015;

V. Plan de cargos, salarios y funciones compatibles con la condición personal del empleado, así como identificación de los cargos que se encuadran como funciones de confianza;

VI. Reglamento empresarial;

VII. Representación de los trabajadores en el lugar de trabajo;

VIII. Teletrabajo, régimen de preaviso, y trabajo intermitente;

IX.- Remuneración por productividad, incluidas las propinas percibidas por el empleado, y remuneración por desempeño individual;

X . Modalidad de registro de jornada de trabajo;

XI. Intercambio del día de fiesta;

XII. Encuadramiento del grado de insalubridad;

XIII. Prórroga de jornada en ambientes insalubres, sin licencia previa de las autoridades competentes del Ministerio de Trabajo;

XIV. Premios de incentivo en bienes o servicios, eventualmente concedidos en programas de incentivos;

XV. Participación en los beneficios o resultados de la empresa.

§ 1º. En el examen de la convención colectiva o del acuerdo colectivo

de trabajo, la Justicia del Trabajo observará lo dispuesto en el artículo 3 del art. 8 de esta Consolidación.

§ 2º La inexistencia de expresa indicación de contrapartidas recíprocas en convención colectiva o acuerdo colectivo de trabajo no dará lugar a su nulidad por no constituir un vicio del negocio jurídico.

§ 3º Si se pacta la cláusula que reduzca el salario o la jornada, la convención colectiva o el acuerdo colectivo de trabajo deberán prever la protección de los empleados contra el despido inmotivado durante el plazo de vigencia del instrumento colectivo.

§ 4º En la hipótesis de procedencia de la acción anulatoria de una cláusula de la convención colectiva o del acuerdo colectivo de trabajo, cuando haya la cláusula compensatoria, ésta deberá ser igualmente anulada, sin repetición del indébito.

§ 5º Los sindicatos suscriptores de la convención colectiva o del acuerdo colectivo de trabajo deberán participar, como litisconsortes necesarios, en la acción individual o colectiva, que tenga como objeto la anulación de cláusulas de esos instrumentos¹³.

¹³ Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I. Pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II. Banco de horas anual; III. Intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; IV. Adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015; V. Plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; VI. Regulamento empresarial; VII. Representante dos trabalhadores no local de trabalho; VIII. Teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; IX. Remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; X. Modalidade de registro de jornada de trabalho; XI. Troca do dia de feriado; XII. Enquadramento do grau de insalubridade; XIII. Prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; XIV. Prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; XV. Participação nos lucros ou resultados da empresa.

§ 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3o do art. 8o desta Consolidação.

§ 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

§ 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.

§ 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de

Si bien el repertorio de supuestos en los que la negociación colectiva puede disponer de lo establecido en la ley aumentó en poco, de trece a quince hipótesis, lo relevante es que esa enumeración ha dejado de ser taxativa para convertirse en meramente ejemplificativa, como se puede deducir de la expresión “entre otros”. De manera que casi todos los temas referidos a la relación de trabajo y regulados por la ley podrán ser alterados por medio de negociación colectiva.

Las únicas excepciones en las que no se admite ese papel derogatorio de la negociación colectiva serían las siguientes:

Art. 611-B. Constituyen objeto ilícito de convención colectiva o de acuerdo colectivo de trabajo, exclusivamente, la supresión o la reducción de los siguientes derechos:

I. Normas de identificación profesional, incluyendo las anotaciones en la Cartera de Trabajo y Previsión Social;

II. Seguro de desempleo, en caso de desempleo involuntario;

III. Valor de los depósitos mensuales y de la indemnización rescisoria del Fondo de Garantía del Tiempo de servicio (FGTS);

IV. Salario mínimo;

V. Valor nominal del decimotercer salario;

VI. Remuneración del trabajo nocturno superior a la del diurno; VII. Protección del salario en la forma de la ley, constituyendo delito su retención dolosa;

VIII. Salario-familia;

IX. Descanso semanal remunerado;

X. La remuneración del servicio extraordinario superior, como mínimo, en un 50% (cincuenta por ciento) a la normal;

XI. Número de días de vacaciones debidos al empleado;

XII. Disfrute de vacaciones anuales retribuidas con al menos un tercio más que el salario normal;

acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito.

§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos.”

XIII. Permiso de maternidad con una duración mínima de ciento veinte días;

XIV. Licencia-paternidad en los términos fijados en ley;

XV. Protección del mercado de trabajo de la mujer, mediante incentivos específicos, en los términos de la ley;

XVI. Preaviso proporcional al tiempo de servicio, siendo como mínimo de treinta días, en los términos de la ley;

XVII. Normas de salud, higiene y seguridad del trabajo previstas en ley o en normas reguladoras del Ministerio de Trabajo;

XVIII. Adicional de remuneración para las actividades penosas, insalubres o peligrosas;

XIX. Jubilación;

XX. Seguro contra accidentes de trabajo, a cargo del empleador;

En los créditos resultantes de las relaciones de trabajo, con plazo prescripcional de cinco años para los trabajadores urbanos y rurales, hasta el límite de dos años después de la extinción del contrato de trabajo;

XXII. Prohibición de toda discriminación por lo que se refiere al salario y los criterios de admisión del trabajador con discapacidad;

XXIII. Prohibición de trabajo nocturno, peligroso o insalubre a menores de dieciocho años y de cualquier trabajo a menores de dieciséis años, salvo en la condición de aprendiz, a partir de catorce años;

XXIV. Medidas de protección legal de niños y adolescentes;

XXV. Igualdad de derechos entre el trabajador con vínculo laboral permanente y el trabajador suelto;

XXVI. Libertad de asociación profesional o sindical del trabajador, incluso el derecho de no sufrir, sin su expresa y previa anuencia, cualquier cobro o descuento salarial establecidos en convención colectiva o acuerdo colectivo de trabajo¹⁴.

¹⁴ Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: I. Normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social; II. Seguro-de-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III. Valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); IV. Salário mínimo; V. Valor nominal do décimo terceiro salário; VI. Remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; VII. Proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; VIII. Salário-família;

Añadiendo que, a efectos de este artículo, las reglas sobre duración del trabajo y sobre los intervalos no serán consideradas como normas de salud, higiene y seguridad en el trabajo.

La conclusión, analizando estos textos es que la posibilidad de que la negociación colectiva esté habilitada para la retirada, la modificación o la flexibilización de los derechos laborales ha pasado a ser la regla y no la excepción. Que queda confirmada por la precisión inicial del artículo en el que se señala que las materias excluidas de la disposición por parte del convenio colectivo son “exclusivamente” las del listado que incorpora. Se trata, por tanto y a diferencia del listado de materias que incorpora la prevalencia del acuerdo colectivo, de un *numerus clausus*.

5. CONSIDERACIONES FINALES

La negociación colectiva es la mejor forma de construir el Derecho del Trabajo. Nadie mejor que los directamente involucrados en una relación laboral para decidir las cláusulas que han de regir las condiciones de trabajo de la

IX. Repouso semanal remunerado; X. Remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal; XI. Número de dias de férias devidas ao empregado; XII. Gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XIII. Licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias; XIV. Licença-paternidade nos termos fixados em lei; XV. Proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XVI. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XVII. Normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; XVIII. Adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; XIX. Aposentadoria; XX. Seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador; XXI. Ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXII. Proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência; XXIII. Proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; XXIV. Medidas de proteção legal de crianças e adolescentes; XXV. Igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso; XXVI. Liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho; XXVII. Direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender; XXVIII. Definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve; XXIX. Tributos e outros créditos de terceiros; XXX. As disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.

Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.

categoría. Esta solución es, indudablemente, mejor que la solución dictada por el legislador que muchas veces está bastante alejado de la realidad social de aquella actividad económica. Y es también mejor que la solución dictada en los conflictos colectivos por magistrados que, a menudo, jamás fueron empleados o empresarios y por lo tanto conocen de la materia por el conocimiento adquirido en los cursos y libros jurídicos, pero no a través de la vivencia práctica de la categoría económica en discusión.

El análisis presentado en este texto demuestra, sin embargo, que, a pesar de lo que se había dicho con ocasión de la presentación de la primera versión del proyecto que resultó en la Ley 13.467, la Reforma Laboral no ha supuesto una revalorización de la negociación colectiva. Los cambios que entrarán en vigor a partir del 12 de noviembre, cuando terminó la *vacatio legis*, han supuesto más un impulso del acuerdo individual, permitiendo que, en el caso de los trabajadores con formación superior y mejores condiciones salariales, la libertad de contratación individual prevalezca sobre los acuerdos colectivos adoptados por la representación de la categoría.

Esta opción es sintomática y presenta consecuencias potencialmente muy dañinas. La negociación colectiva es una pieza esencial de las relaciones laborales. Valorarla, animarla y crear mecanismos para que sea cada vez más eficaz es valorar el Derecho Laboral en su vertiente más democrática. La negociación individual, por otro lado, representa el retorno al Derecho Privado; un flagrante retroceso, al menos para el Derecho del Trabajo como ciencia.

Además, la forma de promover una verdadera revalorización de la negociación colectiva no es permitiendo que prevalezca frente a la ley en los casos en que se admite una reducción de los derechos, generando un sentimiento de pérdida. Por el contrario, sí que se fortalece la negociación colectiva si concurre a la creación del derecho, pero estableciendo desarrollos y mejoras de los derechos, y generando en suma un sentimiento de construcción y de ganancia.

Por todo ello es posible concluir que quien más ha perdido con los cambios implementados en la legislación laboral brasileña, más allá de los empleados, ha sido el mismo Derecho del Trabajo. Una disciplina que, cada vez, más, pierde elementos de identidad y principios propios, acercándose nuevamente al Derecho Civil del que se había desgajado, cobrando autonomía, hace ya mucho tiempo.