
**FLEXIBILIZACIÓN DE LAS LEYES LABORALES EN BRASIL Y
LA REFORMA DE 2017. IMPACTOS DE LA PANDEMIA**

**FLEXIBILIZATION OF LABOR LAWS IN BRAZIL AND THE
REFORM OF 2017. IMPACTS OF THE PANDEMIC**

Luiz Carlos Amorim ROBORTELLA

Socio fundador de Robortella e Peres Advogados, San Pablo (Brasil). Doctor en Derecho Laboral por la Universidad de San Pablo (Brasil). Director de la Academia Brasileña de Derecho del Trabajo. Miembro de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

luiz.carlos@robortella.com.br

Fecha de envío: 18/11/2020

Fecha de aceptación: 07/12/2020

FLEXIBILIZACIÓN DE LAS LEYES LABORALES EN BRASIL Y LA REFORMA DE 2017. IMPACTOS DE LA PANDEMIA

Luiz Carlos Amorim ROBORTELLA

Academia Brasileña de Derecho del Trabajo (Brasil)

Resumen: La crisis de empleo en muchas economías, agravada por la pandemia de COVID-19, exige mayor intervención económica estatal y, por otro lado, un mayor proteccionismo colectivo y no individual. Las reformas laborales de los últimos años en Europa y América Latina flexibilizaron las leyes bajo la influencia de la flexiseguridad y documentos comunitarios. La Reforma brasileña de 2017 creó el primado de la negociación colectiva sobre la ley, aumentó el poder de gestión patronal y exigió mayor representatividad y responsabilidad de los sindicatos.

Palabras clave: Reforma laboral - Pandemia - Derecho colectivo - Flexibilización

Sumario: 1. Tendencias internacionales. 2. Impactos de la pandemia. 3. Líneas generales de la reforma brasileña. 4. Impactos en el derecho colectivo. 5. Perspectivas.

Abstract: The employment crisis in many economies, which was worsened by the Coronavirus pandemic, requires more state intervention in the economy and, on the other hand, higher collective protectionism instead of the individual. The labor reforms in the past years in Europe and Latin America made laws more flexible, under the influence of flexicurity and community documents. The Brazilian reform in 2017 created the supremacy of collective bargaining over the law, increased the power of employer management, which will in turn require more representativeness and responsibility from the unions.

Key words: Labor reform - Pandemic - Collective law - Flexibility

Summary: 1. International trends. 2. Impacts of the pandemic. 3. General lines of the Brazilian reform. 4. Impacts on collective law. 5. Outlooks.

1. Tendencias internacionales

Cualquier cambio en la legislación laboral que busque reducir el costo del trabajo enfrenta una enorme oposición, siendo las reformas, por tal razón, graduales y puntuales, tocando raramente la estructura del modelo proteccionista.

En los últimos años, ante los crecientes impactos de la globalización, del avance tecnológico y de los altos índices de desempleo, las reformas en diversos países europeos y latinoamericanos están promoviendo una verdadera revisión, con clara inspiración neoliberal, de los principios y valores del derecho laboral.

No obstante, la pandemia de COVID-19 engendró una aparente paradoja al exigir políticas sociales intervencionistas para asegurar ingresos a los millones de personas sin trabajo confinadas en sus hogares.

La cesantía aumentó en todo el mundo, incluso en los países ricos, exigiendo medidas proteccionistas de carácter más colectivo que individual. Se busca desesperadamente un nuevo modelo de diálogo o de pacto social que incentive la reanudación de las inversiones y la generación de trabajo.

Nos parece compatible la nueva ideología reformista con las recientes políticas intervencionistas, puesto que se trata de armonizar el ordenamiento jurídico con la realidad económica, social y tecnológica, una especie de derecho del mercado de trabajo y no solo del derecho laboral.

Las nuevas leyes amplían los poderes de gestión empresarial, flexibilizan alteraciones del contrato individual con o sin negociación colectiva, disminuyen el costo y la burocracia para el despido, incluso el colectivo.

Por otra parte, ofrecen mayor cantidad y calidad de inserción en el mercado de trabajo mediante políticas activas de mano de obra que favorecen la empleabilidad.

Ese modelo, en sus diversos matices, tiene puntos de contacto con la flexiseguridad, que genera mucha controversia y que hasta el momento se resume a los países nórdicos, con mayor énfasis en Dinamarca.

Pero su influencia ha crecido, incentivada por varios documentos sociales europeos, estremeciendo la fuertísima tradición tutelar iberoamericana.

La moderna gestión del mercado de trabajo busca distribuir la protección para alcanzar a quienes están empleados y a quienes no lo están.

Golpea en su esencia el modelo tradicional que protege demasiado al empleado clásico y excluye a los demás, que permanecen en la periferia y pagan la factura de la tutela excesiva de la ley.

Las nuevas reformas proporcionan mayor funcionalidad a la norma laboral, más racionalidad y eficiencia a la gestión empresarial, con beneficios para la empresa, el trabajador y la sociedad.

Reemplazan el proteccionismo estático de la ley por el proteccionismo dinámico que tanto valora la negociación colectiva.

En fin, un modelo diferente de organización social que reconoce el papel central del mercado, nos guste o no, e imprime racionalidad económica a la globalización.

La realidad actual es compleja: el inversor quiere más ganancias, el consumidor menor precio, el trabajador mayor salario, siendo frecuente que la misma persona reúna estas exigencias contradictorias.

En las relaciones de producción hubo enormes transformaciones: autónomos exclusivos, microempresas, E-commerce, consumidor/trabajador, plataforma digital, empresa líquida etc.

Ante tal constatación, el Estado no puede basarse tan solo en la «hard law», viéndose obligado a admitir formas de «soft law».

Por lo tanto, el nuevo paradigma de protección, con el protagonismo de emergencia del Estado, devuelve al derecho laboral su papel de instrumento efectivo de política social y económica.

2. Impactos de la pandemia

La pandemia de COVID-19 exige rápidas y profundas alteraciones en el sistema capitalista de producción, en la política internacional, en las naciones, en las empresas y en los seres humanos.

Ya no volveremos a ser los mismos.

En diversos niveles, de acuerdo con la evolución de cada país, nuevas estrategias de protección de la salud crearán barreras sanitarias en las fronteras, exacerbando la xenofobia y la discriminación étnica.

Habrà un expresivo aumento del intervencionismo estatal con inversiones en investigación y desarrollo científico, además de políticas económicas y sociales de combate a la desigualdad. Las personas sin asistencia que viven en condiciones de pobreza y miseria merecen cuidados sanitarios, incluso para inhibir la proliferación de este virus actual y de otros que la ciencia tendrá que enfrentar, conforme previsto por los especialistas.

La parálisis económica ha provocado un cierto renacimiento ambiental del planeta, debido a la reducción de los niveles de consumo y contaminación.

En el plano individual, la limitación de la libertad y de la movilidad lleva a la implantación generalizada del teletrabajo y del *home office* en los sistemas productivos.

Hay nuevos estándares de vida familiar y trabajo, como también la expansión de los sentimientos de solidaridad y colaboración social ante la enorme tragedia que se ha abatido sobre nosotros.

Los modelos políticos deben combinar, a partir de este momento, eficacia económica y social, protección de la salud y de los recursos de la naturaleza.

El conocido concepto de economía social de mercado debe agregar dos valores que la realidad nos impone: la salud y el medio ambiente.

El capitalismo tradicional valoriza en exceso el dinero y los bienes producidos, olvidándose de la protección de la naturaleza y del ser humano en sus múltiples dimensiones. Para MAX WEBER, la economía se convirtió

en el principal signo de la sociedad moderna, pero sin una ética específica de poder¹.

El desarrollo no puede significar tan solo riquezas económicamente mensurables. La creación de riqueza y de valor congrega lo económico, lo social, lo ético y lo ambiental² para conseguir una sociedad más justa, equilibrada y en armonía con la naturaleza.

Todos los sectores públicos y privados son convocados a participar en ese proyecto que, en realidad, implica la propia supervivencia de la humanidad³.

La riqueza de las naciones debe medirse por el respeto a los derechos humanos, la salud, la ecología y la ética de los negocios. El moderno capitalismo no se preocupa tan solo por las ganancias, sino también por los medios para alcanzarlas. Debe crear cadenas de producción éticas y humanas, capaces de convivir con la globalización⁴.

Es un tipo de capitalismo natural que requiere grandes cambios para generar la transformación de la sociedad. El mundo busca una nueva arquitectura política, económica y social que se ajuste al proceso de globalización.

La normatividad es más pluralista e interactiva, mediante técnicas de negociación y cooperación horizontales y coordinadas. El proceso de elaboración de normas se sujeta cada vez más a negociaciones, funcionando el Estado como árbitro y regulador⁵.

Necesitamos un capitalismo colaborativo, en el que el objetivo de la empresa sea crear valor para todos los involucrados en su actividad: inversores, empleados, proveedores, consumidores y la misma comunidad.

¹ LOPEZ, Justo. El derecho del trabajo al final del siglo XX. Evolución del Pensamiento Juslaboralista - Estudios en Homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata. Fundación de Cultura Universitaria: Montevideo, 1997, pp. 230/231.

² PASQUERO, Jean. Le RIODD au coeur des défis de la SER. In: La Responsabilité sociale de l'entreprise – Nouvelle régulation du capitalisme ? Postel, Nicolas et alii (org.). Presses Universitaires du Septentrion: Villeneuve d'Ascq, 2011, p. 12.

³ Ibidem, p. 12.

⁴ BEAUCHARD, Renaud. Responsabilité sociale des entreprises: la communication saisi par le droit. Revue de Droit du Travail: Paris, junio 2011, p. 396.

⁵ CHEVALLIER, Jacques. L'état post-moderne. Paris: Lextenso éditions. 3ª Edición, 2008, p. 240/241.

Es lo que se denomina capitalismo de *stakeholder*, es decir, va mucho más allá del interés del *shareholder* (accionista) porque parte de una visión holística de inserción de la empresa en la comunidad.

En el Foro Económico de Davos, en enero de 2020, ese concepto de gestión responsable —denominado ESG, sigla en inglés para *environment, social and governance*— dominó las discusiones y se convirtió en uno de los principales temas del evento, siendo incluso un criterio que sirve de base a los inversores en el mercado de capital⁶.

3. Líneas generales de la reforma brasileña

Brasil está inmerso en una grave crisis ética, política y económica desde el final del gobierno Dilma Rousseff/Michel Temer y la ascensión al poder del populista de derecha Jair Bolsonaro en 2019, ampliada ahora por los impactos de la pandemia sobre la masa de trabajadores clandestinos, informales, precarios y de baja calificación.

En 2017 la ley 13.467, después de corta tramitación, brindó profundos cambios en el ordenamiento jurídico laboral individual, colectivo y procesal. En tan solo cinco artículos añadió, suprimió y alteró decenas de normas de la Consolidación de las Leyes de Trabajo (CLT), que estaba en vigor desde 1943 con texto ya significativamente modificado.

A eso debemos añadir el activismo judicial exacerbado de la Justicia del Trabajo que, con sus casi 1.300 precedentes resumidos y orientaciones jurisprudenciales, aumenta significativamente el costo del trabajo.

Los ejes de la Reforma de 2017 pueden resumirse en doce objetivos:

1. Seguridad jurídica
2. Tutela de la buena fe y de la voluntad individual
3. Intervención mínima en la negociación colectiva
4. Reducción de la informalidad
5. Reducción del costo del trabajo
6. Aumento del nivel de empleo

⁶ REVISTA EXAME, 15.4.20, pp.30/39.

7. Reconocimiento de formas atípicas de trabajo
8. Desburocratización del despido colectivo
9. Libertad de subcontratación, independientemente de la actividad-medio o actividad-fin
10. Más garantías de defensa del deudor laboral
11. Límites al activismo judicial
12. Mayor responsabilidad y carga de las partes en el proceso.

La nueva ley buscó adaptar el modelo legal brasileño a los nuevos tiempos, incentivar la inversión productiva y la generación de empleos, temas que adquieren mayor realce después del desastre sanitario mundial de 2020.

Incluso ante la fuerte oposición de instituciones laborales estatales y de la propia Justicia Laboral, además de los naturales conflictos de interpretación, esas reglas poco a poco están penetrando y asentándose en las relaciones económicas y sociales.

4. Impactos en el derecho colectivo

Al ser una cuestión que depende de reforma constitucional, todavía prevalece el sistema de unicidad sindical obligatoria, con encuadre de los trabajadores en categorías previamente definidas por ley, con poca libertad para modificaciones.

Tal modelo impide la negociación colectiva por medio de sindicatos por empresa, una de las tendencias del sindicalismo mundial.

De todas formas, en el plano infraconstitucional, la reforma alteró profundamente el sistema de financiación de los sindicatos, creó una nueva jerarquía de fuentes de las normas y disminuyó la interferencia estatal en la negociación colectiva.

Es importante describir aquí sus principales temas:

- Extinción del impuesto sindical obligatorio (art. 578)
- Límites al derecho adquirido con el fin de ultraactividad de la norma colectiva (artículo 614, párrafo 3º.)

- Prevalencia **sobre la ley** del convenio colectivo y del acuerdo colectivo de trabajo en lo que se refiere a varios temas expresamente previstos, sin exclusión de otros (art. 611-A)
- Prevalencia del acuerdo colectivo sobre el convenio colectivo de trabajo (artículo 620)
- Validez de la norma colectiva, independientemente de la expresa indicación de contrapartidas en caso de reducción de derechos o ventajas (art. 611-A, párrafo 2º.)
- Intervención mínima de la Justicia Laboral en el contenido de la negociación colectiva, debiendo atenerse al cumplimiento de los elementos esenciales del negocio jurídico (artículo 8º., párrafo 3º.)
- Efecto de conmutación de la nulidad de cláusula colectiva, afectando a las dos partes (art. 611-A, párrafo 4º.)
- Representación interna de los empleados de la empresa (artículo 510, 510-A, 510-B, 510-C, 510-D).

En resumen, se amplió la flexibilización por negociación colectiva en diversos temas contemplados en el nuevo artículo 611-A de la CLT, sin exclusión de otros, siempre y cuando se respeten los límites constitucionales.

Incluso por negociación individual, esos temas pueden sobreponerse a la ley para empleados con nivel universitario y sueldo mensual superior a dos mil dólares estadounidenses aproximadamente (diez veces el sueldo mínimo).

Esta norma, que parece ajustada a la heterogeneidad del mercado, es objeto de discusiones doctrinarias sobre su constitucionalidad a la luz del principio de la igualdad.

En el campo de la negociación, el nuevo artículo 611-A explicita los temas que se pueden regular:

- Duración, banco de horas anual, intervalo intrajornada (mínimo de treinta minutos para jornadas superiores a seis horas), modalidad de registro de horario de entrada y salida, cambio de feriado, prorrogación en la actividad insalubre.

- Para mayor libertad de negociación, los descansos e intervalos se excluyeron del capítulo de medicina y seguridad del trabajo (párrafo único artículo 611-B).
- Remuneración.
- Reducción salarial sin el límite del 30% de la ley anterior.
- Plan de carrera, cargos y sueldos, incluso funciones de confianza.
- Bono de productividad colectiva o individual.
- Premios de incentivo en bienes o servicios.
- Participación en las ganancias y resultados.
- Reglamento de empresa.
- Complementación de jubilación.
- Criterios de despido individual o colectivo.

En lo que se refiere a la ultraactividad de la norma colectiva, el Resumen n. 277 del Tribunal Superior Laboral la admitía expresamente, pero se convirtió en inválido en consideración al nuevo artículo 614, párrafo 3º. de la CLT:

«No se permitirá estipular duración de convención o acuerdo colectivo de trabajo superior a dos años, prohibiéndose la ultraactividad».

La ultraactividad obligatoria, sin negociación de las partes, es realmente un obstáculo porque incorpora la norma a los contratos individuales independientemente del plazo del convenio colectivo. Sacraliza los derechos individuales y desincentiva nuevas concesiones patronales.

Tal rigidez es incompatible con la naturaleza de la norma colectiva. La negociación debe tener flexibilidad para modificar condiciones contractuales o incluso derogar cláusulas, como ocurre en diversos sistemas jurídicos. Los convenios colectivos no tienen vocación de eternidad. No hay cómo garantizar derechos individuales cuando ya no corresponden a la voluntad del grupo.

La norma debe ser la expresión de la autonomía colectiva.

En muchos sistemas legales, el derecho adquirido solamente deriva de normas del contrato individual entre empleado y empleador, sin que se aplique como regla (hay excepciones) cuando la ventaja proviene de la

negociación colectiva. Además, la ultraactividad obligatoria segmenta a los trabajadores e inviabiliza la planificación empresarial.

Debemos considerar que ni siquiera la ley se incorpora al contrato individual, aplicándose inmediatamente la nueva legislación, respetados los derechos adquiridos y no meras expectativas de derecho.

El fin de la ultraactividad llega para incentivar la libre negociación colectiva.

Finalmente, cabe decir que la Reforma favorece el florecimiento de sindicatos con verdadera representatividad, reduciendo significativamente el recurso al obsoleto poder normativo de la Justicia Laboral que, en realidad, depende del mutuo consentimiento de las partes en conflicto. Quedó definitivamente calificado como arbitraje estatal facultativo de naturaleza judicial.

5. Perspectivas

Los críticos de las reformas no entienden el papel del Estado, los sindicatos, la negociación colectiva, la informalidad, así como de la heterogeneidad de trabajadores y empresas en este siglo XXI.

No perciben que la realidad se rebeló contra la ley y le dio la espalda.

No ven el mercado informal que instituye la peor de las flexibilidades y es producto de la diferencia radical de protección entre los empleados y los demás trabajadores.

No se interesan por los desempleados, considerando tan solo el empleo formal. En Brasil, la tasa de desempleo oficial (en noviembre de 2020 del 14,4%) corresponde a la mitad de los trabajadores informales.

También fue limitado por la reforma el exagerado activismo judicial alimentado por el neoconstitucionalismo, con sus decisiones y precedentes creativos, innovadores y sin base en la ley.

Las nuevas leyes entienden que la generación de empleos no es solo un problema de la empresa, sino también de los sindicatos y la sociedad.

La prevalencia del acuerdo sobre la negociación colectiva y de ambos sobre la ley, dentro de los límites constitucionales, permite adaptabilidad y plasticidad de las relaciones de trabajo en la micro, pequeña, media y gran empresa.

Favorece la creación y mantenimiento de empleos con normas ajustadas a cada realidad, aplicándose la ley tan solo a derechos irrenunciables y espacios no ocupados por la norma colectiva.

La tutela genérica, imperativa y homogénea, al alejar normas adaptables que preservan empleos e inversión, es incompatible con la tendencia a la individualización de las relaciones laborales.

La ley debe ser válida, justa y eficaz; sin esos atributos se distancia de la realidad.

La ideología proteccionista de la CLT tiene noventa años porque comenzó en 1930, con inspiración fordista, abstracta, genérica y autoritaria que despreciaba la negociación colectiva.

Todo está en la ley, pero las empresas no la cumplen, los sindicatos tienen poco espacio de negociación y el Estado no consigue fiscalizar la aplicación de las reglas.

La norma producida por los interesados es más respetada y mejor entendida, siendo esencial la participación sindical en los mecanismos de regulación del mercado de trabajo.

La negociación colectiva tiene carácter estratégico, con avances y retrocesos. Es un instrumento de gestión empresarial.

Los trabajadores son reconocidos como ciudadanos de la empresa, que no es un campo de batalla. No pueden ser tratados como incapaces.

El sindicato actúa en el conflicto y en la alianza con el capital.

Le corresponde a la empresa favorecer el desarrollo, pagar dividendos a sus accionistas, proteger el medio ambiente, generar calidad de vida e ingresos para los trabajadores. No hay más espacio para la utopía que señala la dogmática laboral.

Además de la protección al empleado, hay otros valores como la supervivencia de la empresa y la eficacia económica y social.

Ya no podemos aferrarnos a la estabilidad en el empleo, las funciones rígidas, los sueldos irreversibles, la acumulación progresiva y permanente de ventajas económicas.

El derecho tiene un rol importante en ese proceso, no puede mantenerse neutral.

Tenemos que caminar, y el camino es largo, hacia la construcción de un «workfare state».

El trabajo es esencial para la vida en sociedad.

Bibliografía

- BEAUCHARD, R. (2011). Responsabilité sociale des entreprises: la communication saisie par le droit. *Revue de Droit du Travail*: Paris, junio.
- CHEVALLIER, J. (2008). *L'état post-moderne*. Paris: Lextenso éditions. 3^a Edición.
- LOPEZ, J. (1997). *El derecho del trabajo al final del siglo XX. Evolución del Pensamiento Juslaboralista - Estudios en Homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata*. Fundación de Cultura Universitaria: Montevideo.
- PASQUERO, J. (2011). Le RIODD au coeur des défis de la SER. In: *La Responsabilité sociale de l'entreprise – Nouvelle régulation du capitalisme ?* Postel, Nicolas et alii (org.). Presses Universitaires du Septentrion: Villeneuve d'Ascq.