

REVISTA ESPECIALIZADA

**DIREITO
DO TRABALHO**

**PROCESSO
DO TRABALHO**

**DIREITO DA
SEGURIDADE
SOCIAL**

EXPEDIENTE

JULHO - DEZEMBRO

V.4, N.2, 2020

REVISTA DE DIREITO DO TRABALHO, PROCESSO DO TRABALHO E DIREITO DA SEGURIDADE SOCIAL

ISSN:2674-6913

SOBRE A REVISTA

Indexada em:



Licenciada por:



Este obra está
licenciado com uma Licença
**Creative Commons Atribuição-
Não Comercial 4.0 Internacional**

Revista Associada:



Informações e contatos:
revista@laborjuris.com.br



CONSELHO EDITORIAL

COORDENADOR CIENTÍFICO E EDITOR

José Araujo Avelino (Doutor e professor na Universidade do Estado da Bahia – UNEB, Brasil);

CONSELHO EDITORIAL - CIENTÍFICO

Ainah Hohenfeeld Angelini Neta (Doutora e professora da Universidade do Estado da Bahia – UNEB, Brasil);

Alan Rodrigues Sampaio (Especialista e professor da Universidade do Estado da Bahia – UNEB, Brasil);

Ana Livia Carvalho Figueiredo Braga (Doutora e professora da Universidade do Estado da Bahia – UNEB, Brasil);

David Duarte (Doutor e professor na Universidade de Buenos Aires- UBA - Argentina);

Eliabe Serafim de Araujo (Mestre e Professor da Faculdade Alpha, Recife, Pernambuco, Brasil);

Fabiano Garcia Severgnini (Mestre em Direito, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil);

Francisco Cláudio Alves de Araujo (Mestre em Direito do Trabalho, Pernambuco, Brasil);

Gilson Alves de Santana Júnior (Mestre e professor na Universidade do Estado da Bahia - UNEB, Brasil);

Guillermo Eduardo Alfonso Gutierrez (Doutor e professor na Universidade Nacional, Bogotá, Colômbia);

Hugo Barretto Ghione (Doutor e professor na Universidade da República, Uruguay);

Jorge Ramon Martínez Rivera (Doutor e professor na Universidade do Chile, Chile);

Kadja Maria Ribeiro Parente (Mestre e professora da Universidade do Estado da Bahia – UNEB, Brasil);

Luiz Caetano de Salles (Doutor e professor da Universidade Federal de Uberlândia - UFU, Brasil);

Martha Elisa Monsalve Cuéllar (Doutora e Professora da Universidade Gran Colômbia, Colômbia);

Mércia Pereira (Doutora, Universidade de Santa Catarina – UFSC - Brasil);

Paula Constanza Sardegna (Doutora e Professora da Universidade Nacional Três de Fevereiro – UNTREF - Argentina);

Tânia Mota Oliveira (Doutora e professora na UBA e UDG, São Paulo, Brasil);

Telma Regina da Silva (Mestre em Direito do Trabalho, Taubaté, São Paulo, Brasil);

Viridiana Díaz Aloy (Doutora e professora na Universidade de Buenos Aires- UBA - Argentina);

Wilson Alves de Souza (Doutor e professor na Universidade Federal da Bahia – UFBA, Bahia, Brasil);

EDITORIAL

Caros leitores,

A Laborjuris, acaba de publicar o seu quarto volume da Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridades Social.

Nesta edição, temas como: a formação para o trabalho de jovens do Brasil e do Peru, as técnicas de reprodução humana assistida como direitos sexuais e reprodutivos e sua repercussão no campo jurídico trabalhista cubano, a responsabilidade penal do empregador pelo não repasse das contribuições previdenciárias, o jus postulandi na justiça do trabalho frente a implementação das tecnologias, bem como as desigualdades de gêneros que as mulheres enfrentam no mercado de trabalho. São temas de muita importância no cotidiano e para a vidas das pessoas e, que merecem serem conferidos por todos.

Desta forma, esperamos que vocês possam desfrutar dos trabalhos disponibilizados gratuitamente pelos nossos autores e, que os mesmos possam contribuir de alguma forma.

A Revista Laborjuris, agradece, especialmente, aos nossos autores, que enviaram suas contribuições, que a partir de agora se tornam públicas e, ao mesmo tempo, convida a todos vocês, caso tenha interesse, submeter trabalhos para ser publicado na próxima edição, prevista para o mês de junho de 2021.

A equipe da revista se coloca à disposição para quaisquer esclarecimentos ou dúvidas.

Que todos tenham um excelente Natal e um 2021 de muitas realizações!

Salvador/Bahia, 14 de dezembro de 2020.

José Araujo Avelino
Coordenador científico e editor

SUMÁRIO

1. **LA FORMACIÓN LABORAL DE JÓVENES EN BRASIL Y EN PERÚ** 1-29
Autores: Miguel F. Canessa Montejo e Luis Mendoza Legoas
2. **RETOS PARA EL DERECHO DEL TRABAJO EN CUBA FRENTE A LA REGULACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.** 30-54
Autores: Reynaldo Jorge Lam Peña e Roxana Blanco Martínez
3. **A RESPONSABILIDADE PENAL DO EMPREGADOR PELO NÃO REPASSE DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DOS EMPREGADOS** 55-69
Autora: Aline Araujo Avelino
4. **O JUS POSTULANDI FRENTE AOS DESAFIOS DA INFORMATIZAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO** 70-80
Autores: Fernanda de Freitas Borges da Silva; Igor Barreto da Costa; Rabech Reis Fernandes; Tatiane Emanuela Vasconcelos Aragão; Virgínia de Brito Almeida da Silva;
5. **AS DESIGUALDADES DE GÊNERO ENFRENTADAS POR MULHERES NO MERCADO DE TRABALHO** 81-89
Autores: Hanna Barona Silva Mendes; Vitória Santos Oliveira; Tailma Leite Barreto; Wivirson Flávio Pereira Dultra;

LA FORMACIÓN LABORAL DE JÓVENES EN BRASIL Y EN PERÚ¹

Miguel F. Canessa Montejo²

Luis Mendoza Legoas³

Resumen

La formación laboral juvenil es una de las materias principales de la política de empleo, especialmente por las altas cifras de desempleo que sufre este grupo etario en nuestras sociedades. Por lo general, se identifica a su baja calificación laboral como la causa principal de su desempleo. Sin embargo, se dejan de lado aspectos fundamentales del mercado de trabajo como la estructura productiva del país, el nivel educativo o el ordenamiento laboral. Para paliar esta situación, los Estados buscan subsanarlo por medio de políticas laborales que conjuguen la formación laboral y la práctica profesional, es decir, promover que los jóvenes adquieran sus habilidades laborales a través de sus propias actividades al interior de una empresa o una entidad pública, de modo que al egresar de este período educativo laboral cuenten con las calificaciones y la experiencia que facilite su contratación. El presente estudio se centra en analizar las políticas de formación laboral juvenil implementado por Brasil y Perú, comparando los aspectos jurídicos en el diseño normativo de ambas regulaciones laborales, identificando las virtudes y los desaciertos en su planteamiento, así como midiendo, en el caso peruano, su impacto en el empleo juvenil y concluyendo con una serie de propuestas que mejoren la política laboral en la materia.

Palabras claves: Formación laboral; Jóvenes; Brasil; Perú; Política laboral;

Resumo

A formação profissional para jovens é um dos principais temas da política de emprego, principalmente devido às altas taxas de desemprego sofridas por essa faixa etária em nossas sociedades. Geralmente, a baixa qualificação no trabalho é identificada como a principal causa do desemprego. No entanto, aspectos fundamentais do mercado de trabalho são deixados de lado, como estrutura produtiva do país, nível educacional ou legislação trabalhista. Para aliviar essa situação, os Estados buscam corrigi-la por meio de políticas trabalhistas que combinam treinamento profissional e prática profissional, ou seja, promover que os jovens adquiram suas habilidades profissionais por meio de suas próprias atividades em uma empresa ou entidade pública, para que, ao se formarem nesse período de educação trabalhista, possuam as qualificações e a experiência que facilitam sua contratação. Este estudo se concentra na análise das políticas de treinamento para trabalho juvenil implementadas pelo Brasil e pelo Peru, comparando os aspectos legais no desenho normativo de ambas as regulamentações trabalhistas, identificando os pontos fortes e fracos de sua abordagem, bem como medindo, no caso peruano, seu

¹ Una primera versión fue desarrollada para el Proyecto Algodón con Trabajo Decente (*GLO/14/45/BRA – Cooperación Sur-Sur para la promoción del trabajo decente en los países productores de algodón en África y América Latina*), implementado por la Organización Internacional de Trabajo (OIT) y por la Agencia Brasileña de Cooperación (ABC) del Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil con recursos del Instituto Brasileño del Algodón (IBA).

² Miguel F. Canessa Montejo - Abogado y Sociólogo por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor universitario y consultor internacional. E-mail: mcanessa@pucp.edu.pe.

³ Luis Mendoza Legoas - Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Relaciones Industriales y de Empleo por la Universidad de Turín y el Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo – E-mail: lmendozalegoas@pucp.pe

impacto no emprego jovem e concludindo com uma série de propostas que melhoram a política trabalhista nessa área.

Palavras chaves: Formação profissional; Jovens; Brasil; Peru; Política trabalhista;

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo ofrece una reflexión sobre la legislación referida a la formación de personas jóvenes en el trabajo, estableciendo en una primera entrada legal una visión comparativa entre la normativa peruana y la legislación brasilera sobre el particular (en especial, la Ley 10.097). Luego, en la segunda parte del trabajo, se ofrecerá una visión peruana que combinará la información estadística disponible con el examen jurídico sobre la norma, en particular la Ley 28518, Ley de Modalidades Formativas Laborales (en adelante LMFL).

En Perú, el Plan Nacional de Competitividad y Productividad, aprobado por el Decreto Supremo 237-2019-EF, se ha constituido como un importante instrumento de política laboral, el mismo que ha sido observado por parte de la sociedad civil como un marco flexibilizador o, al menos, propiciador de la reducción de los estándares de las normas de trabajo.

Este Plan Nacional peruano plantea, como su quinta medida principal dentro del Objetivo Prioritario 5,⁴ la mejora del marco legal de las modalidades formativas, considerando la alta tasa de desempleo de los jóvenes —que ya venía creciendo sostenidamente antes de la irrupción de la pandemia del covid-19—, el alto índice de la inadecuación profesional de ese grupo de personas, y el escaso uso de la LMFL por las empresas.

De este modo, el Plan Nacional abre el debate sobre la reforma de la referida Ley. Sin embargo, ese debate debe asentarse sobre la identificación de las causas del fracaso de su aplicación en el mercado de trabajo peruano. No basta una lectura legal que, de manera abstracta, aborde el empleo juvenil peruano sino viene acompañado con el respaldo del análisis socio jurídico de la aplicación de la Ley.

2. RASGOS DE CONTRASTE: LEGISLACIÓN PERUANA Y BRASILEÑA SOBRE FORMACIÓN PROFESIONAL Y TRABAJO

⁴ El Objetivo Estratégico 5 plantea crear las condiciones para un mercado laboral dinámico y competitivo para la generación de empleo digno.

Partimos desde una entrada constitucional de lo formativo en el mundo del trabajo. Existen semejanzas notorias en la conceptualización de la formación profesional dentro de los derechos fundamentales en el trabajo que se advierten en las normas que pre ordenan la legislación peruana y la brasilera. Así, la formación profesional puede ser concebida dentro de la categoría de los “derechos fundamentales”, al tener un contenido implicado en los derechos al trabajo y a la educación, reconocidos ambos en las cartas constitucionales citadas.

En la Constitución Política del Perú de 1993 encontramos que la educación tiene como finalidad el “desarrollo integral de la persona humana” (artículo 13°), reconociéndose explícitamente que la educación “prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad” (artículo 14°). También se plantea la importancia de la educación adecuada sea impartida sin que las limitaciones económicas, mentales o físicas sean impedimentos (artículo 16°). Enunciativamente se reconoce también que el Estado promueve el progreso social y económico a través de políticas de educación para el trabajo (artículo 23°), lo que se inserta dentro del modelo enunciado de “Economía Social de Mercado” que tiene dentro de sus principales áreas de actuación, precisamente, a la educación (artículo 58°).

De otro lado, la Constitución Política de 1988 de la República Federativa de Brasil reconoce a la educación y al trabajo como derechos sociales (artículo 6°) que tienden a la mejora de la condición social de trabajadores urbanos y rurales (artículo 7°.4). Además, la norma fundamental brasileña reconoce que la educación es promovida e incentivada, tendiendo al pleno desarrollo de la persona en su calificación para el trabajo (artículo 205). Asimismo, se reconoce a la “formación para el trabajo” como un eje del plan nacional de educación (artículo 214°, inciso 4) y como parte de los programas de atención para los portadores de discapacidades (artículo 227° numeral 1, inciso 2).

De esta manera, el derecho a la formación recae en la esfera de obligaciones del Estado, pero no puede agotarse de ninguna forma en las prestaciones estatales. Como quiera que se trata de un derecho que encuentra sentido dentro del mundo del trabajo, las obligaciones que este derecho supone recaen en los empresarios y los centros de formación, que asumen la posición jurídica de “sujetos obligados” frente al titular de este derecho: el joven que necesita de la formación, ya no previa sino coetánea a su incorporación al trabajo.

En Perú, la LMFL establece una serie de principios de los procesos formativos: i) establece a la *comprensión*, por parte del beneficiario del proceso formativo, del medio social y laboral; ii) el trato en igualdad y sin discriminación; y iii) la adecuación y utilidad práctica de la formación impartida en las

empresas. A su vez, el Decreto Supremo 007-2005-TR es el Reglamento de la Ley (en adelante, RLMFL) que precisa una serie de regulaciones en la materia.

Las posiciones subjetivas de quienes ocupan el lugar de “acreedor” de formación profesional (el joven que busca incorporarse al mercado de trabajo) y la de deudores de formación profesional (la empresa y el centro de formación, en distinta medida) forman un tipo de vínculo jurídico cuyo elemento esencial es, qué duda cabe, el formativo. No puede, por ello, confundirse a esta forma de vinculación con la mera prestación personal de servicios por la que una de las partes pone a disposición de la otra su actividad para un fin económico determinado. Esta distinción es clave pues mientras que en el primer caso se encuentra el elemento formativo como factor esencial, en el otro se carece totalmente de esa finalidad. Mientras que en la formación profesional suele existir una relación tripartita, en la prestación de servicios pura y simple se suelen trabar relaciones bilaterales.

Por esos motivos, la regulación de la formación profesional debe ser lo suficientemente clara al establecer los objetos de uno y otro tipo de institución. Por ejemplo, desde el punto de vista del Derecho contractual, la “causa” del contrato celebrado entre las partes debería esbozar claramente las dimensiones formativas y productivas, que no pueden ser soslayadas sin sacrificar con ello la veracidad del sentido práctico que tienen los convenios de formación en el mercado de trabajo.

En Brasil, la legislación sobre modalidades formativas se encuentra reunida en la Ley 10.097, del año 2000 y el llamado “*contrato de aprendizaje*” se encuentra reglamentado por el Decreto N° 5.598, del 1 de diciembre de 2005. A diferencia de lo que acontece en Perú, la formación para el empleo sí forma parte de la legislación laboral, considerándose a ese tipo contractual como un contrato especial de trabajo (en Perú se denominaría un “régimen laboral especial”). La importancia de esto se grafica bien al observarse que en el grupo etario de jóvenes que pueden trabajar (hasta los veinticuatro años), el grupo de ellos que está contratado como aprendiz es equivalente, aproximadamente, al cinco por ciento (5%).⁵

⁵ Normas mencionadas entre varias otras relevantes sobre el fenómeno, como la Ley N° 8.036, de 11 de mayo de 1990, “Dispone sobre el Fondo de Garantía del Tiempo de Servicio y da otras providencias”; el Decreto N° 6.482, de 12 de junio de 2008, “Regula los artículos 3d y 4 de la Convención 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que trata sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para eliminar de ellos”, aprobado por el Decreto Legislativo 178, de 14 de diciembre de 1999, y promulgada por el Decreto 3597, de 12 de septiembre de 2000, y otras medidas”; y el MTE N° 273, “Portaria do Ministério do Trabalho e Emprego”, de 23 de Abril de 2012.

Aquí salta a la vista un primer carácter distinguidor: mientras que en Brasil unas pocas normas de ámbito delimitado complementan al principal cuerpo normativo sobre la materia; en Perú, las normas sobre modalidades formativas tienen una alta dispersión. Una revisión completa de las normas aplicables a las modalidades formativas peruanas incluye, junto con la propia LMFL y el RMFL, a más de una docena de normas complementarias.⁶

Luego, otra diferencia notable es que, a diferencia de lo anotado respecto del caso peruano, la Ley 10.097 si prevé la aplicación de incentivos fiscales y laborales para la contratación de aprendices en las empresas, por hasta 24 meses.

2.1 ¿El elemento formativo es un factor excluyente de la relación de trabajo?

La medida de política fiscal y social anotada sobre Brasil se explica por el hecho de que la forma de contratación de personas en formación para el empleo está dispuesta dentro de un sistema obligatorio de cuotas, dentro del régimen laboral común. Conforme con estadísticas oficiales, se tiene que entre 2005 y 2013 el Brasil alcanzó un total de 1´702,365 aprendices admitidos (Leite 2015: 65).

En cambio, las normas sobre formación profesional en el Perú excluyen explícitamente a este segmento de la población económicamente activa de la aplicación de la legislación laboral. Así, se ha regulado un estatuto totalmente propio para esta categoría de prestadores de servicios.

Volviendo a la teoría del Derecho del Trabajo, la legislación laboral se aplica allí donde se verifica la existencia de un contrato de trabajo, el mismo que se puede definir como un *contrato-realidad*. La

⁶ Nos referimos al Decreto Supremo 002-97-TR que aprobó el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Formación y Promoción Laboral, Decreto Supremo 001-96-TR que aprobó el Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo; Decreto Ley 20151 que dictan las normas para regular el Aprendizaje en el Sector Industria y Comercio que se controla a través del SENATI; la Ley 30512 sobre instituto y escuelas de educación superior; el Decreto Legislativo 1375 sobre la modificación de la Ley General de Educación; el Decreto Legislativo 1378 sobre el certificado único laboral para jóvenes; el Decreto Supremo 003-2008-TR sobre las jornadas máximas de modalidades formativas reguladas por la Ley 28518 así como de las prácticas preprofesionales de derecho y de internado en ciencias de la salud; el Decreto Supremo 014-2018-TR que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo 1378 sobre el certificado único laboral para jóvenes; la Resolución Ministerial 069-2007-TR (de fecha 15 de marzo de 2007), que aprobó la norma “Dictan disposiciones complementarias para el registro de planes y programas, y aprueban modelos y formatos sobre modalidades formativas laborales”; la Resolución Ministerial 167-2010-TR (de fecha 19 de julio de 2010), que aprobó la norma “Aprueban listado de ocupaciones básicas y operativas – modalidad formativa laboral de capacitación laboral juvenil”; la Resolución Directoral 055-2014-MTPE/3/19 (de fecha 29 de agosto de 2014), que aprobó el “Catálogo nacional de perfiles ocupacionales (cualificaciones)”; la Resolución Ministerial 017-2016-TR (de fecha 1 de febrero de 2016), que aprobó el “Plan de actuación de capacitación dual para la mejora de la empleabilidad, a través de la capacitación dual”; y la Resolución Ministerial No 205-2011-TR, que aprobó la Directiva General No 1-2011-MTPE/3/19 “Canalización de Convenios de Modalidades Formativas Laborales hacia el Sistema de Inspecciones”.

situación jurídica calificada en el Derecho peruano como una relación de trabajo es aquella en la que concurren tres elementos esenciales: una prestación personal, una remuneración y — fundamentalmente— la existencia de subordinación jurídica o dependencia del poder de dirección respecto de la contraparte contractual.

No obstante, el legislador peruano ha considerado que la presencia del elemento formativo excluye de por sí la aplicación de la legislación laboral en las modalidades formativas, sin mayor graduación ni reconocimiento de posibles “zonas grises”. Así, al revisarse la LMFL, se observa que algunas modalidades tipificadas contemplan al hecho de que un Centro de Formación Profesional exija la realización de determinada modalidad formativa como justificante de la existencia de la relación contractual de formación.

A fin de apuntalar ese criterio regulatorio, se observa en la LMFL y en sus normas reglamentarias que hay un evidente esfuerzo del legislador por evitar calificar determinados elementos del vínculo jurídico resultante de la prestación de servicios bajo los términos utilizados en la relación de trabajo. Así, se hace referencia a la retribución pagada como “subvención” en vez de “remuneración”; la “subvención adicional” sustituye a las “gratificaciones legales” (aunque la oportunidad de pago varía, ambas comparten la característica de ser un beneficio otorgado semestralmente equivalente al monto de la retribución mensual); las “vacaciones” son llamadas meramente “descanso” (y se reconocen en una fórmula reducida con respecto a la legislación laboral común); y la “jornada de trabajo” se denomina en la LMFL como “jornada formativa”.

Para algunos analistas de la legislación peruana, la exclusión laboral está aparejada con la creación de ciertos tipos de modalidades formativas que estarían desvirtuadas desde su formulación en el texto normativo. Tal sería el caso de la reinserción laboral (artículo 29 y siguientes de la LMFL), donde se observa que su ámbito objetivo está focalizado en los desempleados mayores de 45 años. La modalidad carece del elemento formativo del resto de los otros tipos reconocidos en la LMFL, por lo que su justificación dentro de la categoría de los contratos formativos es insostenible (Arce 2008: 271). En ese sentido, se ha destacado que el efecto excluyente de la legislación laboral puede ser mal utilizado bajo una supuesta “reinserción laboral” que, paradójicamente, resulta en una relación contractual desprovista de los beneficios de la legislación laboral. Sin embargo, esta figura podría encontrarse sustentada en los “castigos salariales” y hasta la estigmatización social que pueden sufrir los trabajadores cuyas capacidades específicas se han desarrollado en puestos de trabajo adscritos a determinadas actividades económicas que experimentan periodos de crisis (Yamada y Cárdenas 2009:

317). El desplazamiento de estas personas a nuevos empleos podría implicar la necesidad de una nueva formación profesional que pueda impactar positivamente en los ingresos obtenidos tras el desempleo. No nos parece, vistas estas válidas observaciones, que la dimensión laboral y la formativa sean irreconciliables. Al contrario, resulta evidente que la etapa formativa puede desarrollarse en el marco de la relación laboral sin demasiados inconvenientes: siempre la parte empleadora podrá ejercitar la facultad directriz para poder adoptar las decisiones que resulten necesarias para organizar, fiscalizar o (en algún caso) sancionar los incumplimientos. En ese sentido, considerando las herramientas contractuales que la legislación laboral peruana otorga a los empleadores, se puede considerar que el elemento formativo podría justificar un contrato temporal, cuya vigencia sea congruente con la duración del plan específico de formación que pueda contemplarse para el caso en concreto.

Sin embargo, no puede dejar de reconocerse que el efecto de esta regulación en el mercado peruano ha generado un incentivo para que las empresas y el propio Estado⁷ se sirvan de mano de obra inexperta, muchas veces sin atribuir una real importancia al elemento formativo. Se mantienen así las objeciones que desde la emisión de la LMFL y su Reglamento se han planteado sobre la verdadera intención del legislador y de sus efectos distantes a un genuino fomento del empleo y de la capacitación laboral (Toyama 2008: 116). Este enfoque normativo tiene efectos prácticos muy claros. Por ejemplo, analizando las estadísticas laborales de 2013, los practicantes tuvieron, en promedio, uno de los ingresos laborales más bajos del ingreso laboral mensual promedio de 715 soles, ocupando junto con las trabajadoras del hogar el penúltimo peldaño en comparación con el promedio de la población económicamente activa ocupada que fue de 1,053 soles (Cuadros 2016: 56). Hay que tener presente que la remuneración mínima en 2013 fue de 750 soles, con lo que el ingreso promedio de los practicantes fue inferior a ese piso salarial.

De otro lado, el elemento formativo en la LMFL y el RLMFL no aparece aparejado con un derecho de preferencia de los beneficiarios de dicha forma de contratación. La falta de esa previsión legal resulta un punto en contra en la valoración de esta normativa como herramienta para la incorporación laboral de las personas que son contratadas bajo modalidades formativas, ya que no existe un mecanismo regulatorio que al menos favorezca su participación en concursos por vacantes en las mismas empresas donde prestaron servicios.

⁷ El Decreto Legislativo 1401 regula el Régimen Especial de las modalidades formativas de servicios en el sector público.

En general, existe una percepción favorable en el traslado paulatino o gradual de las modalidades formativas hacia el régimen laboral común. No obstante, se entiende que dicho escenario podría acabar con la efectividad de las antedichas formas de contratación de jóvenes en formación, al añadirse a tales contratos más beneficios, lo que haría menos atractivo el contar con ese personal (ya que no poseerían todas las competencias deseables, en comparación de aquel más antiguo). En todo caso, se puede plantear que las modalidades formativas podrían tener un alcance distinto, por ejemplo, con nuevos proyectos normativos que buscan regular el empleo juvenil, sin caer en regulaciones similares a la *Ley Pulpín*⁸.

2.2. La regulación de los parámetros de lo formativo

En Brasil, ciertos mecanismos que dan a entender que la finalidad formativa tiene límites claros que deben ser considerados por los empleadores. Así, el hecho de que se proscriba cualquier forma de trabajo fuera de la jornada establecida apuntala la idea de una necesaria observancia del plan formativo dentro de los parámetros de una jornada rígidamente establecida. Además, esta restricción aparta a los jóvenes en formación de la fuerza de trabajo recurrible ante necesidades productivas extraordinarias, lo que cumple bien con justificar su tratamiento como “aprendices” y no como meros “trabajadores”. En línea con aquella preocupación, se especifican aspectos relevantes para el cumplimiento del programa de aprendizaje en lo que tiene que ver con las actividades teóricas y prácticas. Así, la legislación brasilera prevé que el ambiente físico sea adecuado y, entre otros aspectos, el Decreto N° 5.598 se ocupa de reglamentar la dinámica administrativa para las autorizaciones correspondientes, según si las clases prácticas ocurren en la entidad que provee la formación profesional o en el establecimiento contratante (empresa).

Si bien, al igual que a la par de lo ocurrido en el Perú, la regulación del contrato de aprendizaje ha sido calificada como una forma de flexibilización de la utilización de la fuerza del trabajo en el Brasil (Gomes 2005: 12), parece ser que el devenir de esta figura en el tiempo ha sido reencausado hasta conciliar la finalidad formativa enunciada con la tutela de los trabajadores aprendices. Prueba de esto es que el Decreto N° 5.598 sancione con la nulidad del contrato de aprendizaje (estableciéndose una relación de trabajo) a todos los supuestos de incumplimiento de las normas heterónomas y previsiones del contrato de aprendizaje. Esta sanción (que se remite al artículo 9° del Decreto Ley N° 5.452, que aprueba la

⁸ La *Ley Pulpín* hace referencia a la norma aprobada por el Congreso peruano que reguló la contratación laboral de jóvenes y el término *Pulpín* alude a un jugo envasado que consumen los adolescentes, con lo que la connotación es peyorativa porque se refiere a que los jóvenes son tratados como adolescentes, a los que se les impone reglas sin consultar.

consolidación de las leyes laborales) pone en relieve la tajante preocupación por la veracidad de la finalidad formativa declarada por las partes firmantes del contrato de aprendizaje.

Por el lado peruano, ni la LMFL ni el RLMFL contemplan parámetros que aclaren la duración de la formación dentro de la jornada que se puede llegar a cumplir. No se observan porcentajes del tiempo total de la jornada que se refieran siquiera de manera sugerida. Asimismo, tampoco existe una reglamentación de los controles, evaluaciones, supervisión y retroalimentación que debería existir dentro de una relación formativa.

El problema de este modelo es que impide un control permanente dentro de la misma empresa, que pueda validar los progresos del joven dentro de las etapas formativas. Sin obligaciones claras en materia formativa para el centro productivo que alberga al joven en formación, resulta difícil suponer que pueda interiorizarse algún incentivo real para garantizar que la formación tenga controles de calidad y que admita adecuaciones para atender necesidades especiales de parte de los beneficiarios de las modalidades formativas.

La LMFL confía este papel de control a los centros de formación, aunque tampoco están claras las sanciones que pudieran recibir por el incumplimiento o deficiente cumplimiento de la responsabilidad de verificar que la modalidad formativa cumpla, efectivamente, con esa finalidad y que no esconda una relación de trabajo sin costos laborales. Tampoco se conoce información estadística que permita conocer la incidencia de la fiscalización laboral en las modalidades formativas o si se han impuesto sanciones administrativas por infracciones a la LMFL, lo que se tiene registrado son el número de inspecciones anuales realizadas por capacitación y modalidades formativas.

En el mejor de los casos, este modelo legal permite que se ejercite un control *ex post* que difícilmente puede abarcar el propio centro de formación. Aunque la ley prevé que las entidades educativas deben ejercer una labor de fiscalización activa que garantice la efectividad de los derechos de los beneficiarios de estas modalidades, la participación real de dichos centros formativos muchas veces se limita al cumplimiento de los requisitos formales (suscripción de los programas de capacitación y supervisión de las empresas). Por ello, en la generalidad de los casos, corresponde a la Autoridad de Trabajo intervenir en estos casos como fiscalizador. Lo cierto es que resulta difícil asegurar la efectividad y el cumplimiento de los derechos en las modalidades formativas, toda vez que los centros de formación —actores clave para la eficacia de dicho propósito— no manifiestan mayor interés en desarrollar este tipo de acciones.

2.3. Principales derechos específicos de los beneficiarios de modalidades formativas (Perú) y los contratos de aprendizaje (Brasil)

La legislación peruana ordena que los empresarios o las entidades estatales sujetas al régimen laboral de la actividad privada que celebren convenios de formación deben cumplir con una serie de prestaciones por mandato legal. Por tanto, compararemos a tales mandatos con los propios de la relación de trabajo especial regulada en el Brasil. Así, reconocemos en las modalidades formativas peruanas a la prestación de servicios de personas dentro de unidades productivas, lo que de forma indudable los convierte también en titulares de una serie de derechos de carácter general.⁹

2.3.1. La limitación de la jornada

En Brasil, el tiempo máximo de trabajo de los aprendices está fijado en el Decreto N° 5.598 en seis horas diarias, que comprenden a las actividades teóricas y prácticas. No obstante, este límite puede extenderse hasta las ocho horas diarias para aprendices que hayan completado la educación primaria, si en ellas se consideran las horas destinadas al aprendizaje teórico. Asimismo, existe una prohibición expresa de la prórroga de la jornada y la compensación de esta.

De otro lado, en el caso de los menores de dieciocho años, se prevé que, si se le emplea en más de un establecimiento, las horas totales de trabajo en cada uno se considerarán dentro de los mismos límites enunciados en el párrafo anterior.

Junto con esto, se establece un régimen vacacional especial para los aprendices brasileños: debe coincidir preferentemente con las vacaciones escolares. En todo caso, se prohíbe al empleador el programar el descanso vacacional en un periodo distinto al definido en el programa de aprendizaje.

En el caso peruano, la LMFL establece diversos parámetros para las modalidades tipificadas, siendo el tope máximo de la jornada similar al régimen general, es decir, 8 horas diarias o 48 semanales; salvo el caso del aprendizaje con predominio en la empresa y los convenios de prácticas preprofesionales (6 horas diarias o 30 semanales). En el caso de los convenios de pasantía con estudiantes de últimos grados de educación secundaria, le corresponde al Ministerio de Educación establecer el límite aplicable.

⁹ Entre tales otros derechos, citamos como ejemplos a la extensión del deber jurídico de prevención, impuesto por la Ley N° 29873, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo; y la protección dispensada hacia los jóvenes contratados bajo modalidades formativas a través de la Ley N° 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, cuerpo normativo que los considera miembros de un “grupo vulnerable” frente al acoso sexual.



Inicialmente, por efecto del artículo 52° de la LMFL se consideró que el exceso al horario habitual de la empresa, así como la jornada en horario nocturno sin autorización administrativa suponían formas de incumplimiento que no configuraban un perjuicio grave contra el beneficiario. Sin embargo, la dación del Decreto Supremo 003-2008-TR sancionó con nulidad al convenio de modalidades formativas cuando se determine el exceso en la jornada (inclusive si concurriese el consentimiento del beneficiario de la formación).

Por ese motivo, el exceso en la jornada de los beneficiarios de modalidades formativas ha sido objeto de cuestionamientos en la vía jurisdiccional. Inclusive, el Tribunal Constitucional peruano ha resuelto indicando que la evidencia de trabajo por encima de dicho tiempo acredita la desnaturalización de las modalidades formativas (TCP 2013: Considerando 10).

2.3.2. Monto mínimo de la retribución percibida

En forma general, podemos afirmar que el criterio común aplicado por las legislaciones de ambos países es la equiparación con la remuneración mínima.

En Brasil, el trabajo del aprendiz es retribuido conforme con el “*salario mínimo hora*”, que es el correspondiente a los trabajadores que poseen una jornada inferior a ocho horas por día. Actualmente el salario mínimo es de 1045 reales (194 dólares mensuales, aproximadamente)¹⁰.

En Perú, el equivalente a la remuneración mínima es pagado de forma condicionada a que el beneficiario del convenio cumpla con la jornada máxima prevista en la ley. La duración inferior de la jornada motiva el pago de una subvención proporcional.

No obstante, en el país andino se aprecia que se prevén reglas especiales para los casos de pasantía de estudiantes de educación secundaria (no menos del 5% de la remuneración mínima) y las demás formas de pasantías, donde la subvención alcanza el 30%. Asimismo, la reinserción laboral es retribuida con no menos de dos remuneraciones mínimas.

2.3.3. Limitación del plazo de duración del contrato suscrito con el beneficiario correspondiente

La duración de la vigencia del convenio es un asunto relevante para el otorgamiento de estabilidad al contrato, lo que brinda una estela de protección al prestador de servicios semejante a la estabilidad

¹⁰ Actualizado al 2 de mayo de 2020.

laboral (caso peruano) o que abiertamente implica una forma de tutela en la protección en el trabajo (Brasil).

La ley brasileña contempla como límite máximo de duración del contrato de aprendizaje a los 24 meses. Esto representa una reducción respecto del régimen anterior (bajo los anteriores Decreto Ley 5.091 y 5.452) que extendían el tope máximo hasta los 36 meses.

Por parte de Perú, la LMFL establece límites temporales para el uso de los convenios de modalidades formativas. Así, en algunos casos se fija un plazo especificado (por ejemplo: un año como tope máximo para la práctica profesional, salvo que el centro educativo exija un plazo mayor; y un año prorrogable a un año más, en el caso del convenio de actualización para la reinserción laboral) o determinado bajo parámetros razonables. Dichos parámetros bien pueden ser amplios, como ocurre con la duración proporcional de la práctica pre profesional con respecto a la duración de la formación y el nivel de la calificación de la ocupación; o pueden estar delimitados bajo plazos más o menos determinados. Esto último ocurre en la capacitación laboral juvenil, que impone plazos no mayores a seis meses para labores poco complejas (prorrogables a seis meses adicionales) o hasta veinticuatro meses en el caso de labores más calificadas y complejas.

2.3.4. Limitación de la edad mínima para ser beneficiario de los contratos formativos

En la legislación brasilera advertimos la existencia de parámetros para la determinación de los grupos etarios beneficiarios del contrato de aprendizaje. Así, se señala que los aprendices a ser contratados deben encontrarse preferentemente dentro de los catorce y dieciocho años. Sin embargo, se reconoce que la edad para el aprendizaje será de dieciocho a veinticuatro años para los casos donde se tenga que las actividades a desarrollarse pudieran exponer a los aprendices a insalubridad o peligrosidad ineludibles, sin opciones a realizar las labores en un ambiente simulado.

Cabe acotar que, en el caso de las personas con discapacidad, el límite de edad es inexistente, lo que supone una forma de tutela específica de parte de la legislación brasilera en el ámbito estudiado.

El legislador peruano, por su parte, reconoce que las diversas modalidades formativas están orientadas a diversos grupos etarios, elemento que puede o no combinarse con los estudios que se hayan cursado para configurar los requisitos aplicables a cada uno de estos tipos de convenio. Así, por ejemplo, en el caso de los convenios de formación se prevé que los beneficiarios deben haber cumplido al menos los 14 años y haber superado los estudios primarios. En el “convenio de pasantía”, en cambio, se exige

que el beneficiario tenga 14 años o más y que se encuentre en los últimos grados del nivel de educación secundaria. Mientras que en la capacitación laboral juvenil se exige que los beneficiarios tengan entre 16 y 23 años y que ellos no hayan culminado la educación básica, o que, habiéndola terminado, no se sigan estudios técnicos o universitarios.

Respecto del aprendizaje con predominio en el centro de formación profesional (prácticas pre profesionales y profesionales) la norma peruana no fija una edad mínima ni máxima, señalándose únicamente que dichas modalidades corresponden, respectivamente, a estudiantes durante su formación o a egresados.

2.3.5. Porcentaje máximo de beneficiarios

Un mecanismo que asegura que la participación de personal en formación dentro de las compañías sea proporcionalmente razonable respecto del total de la nómina de trabajadores es, precisamente, la fijación de cuotas o porcentajes. Esto con el fin de que la proporción, fijada normativamente, refleje siempre un índice tolerable de personas en formación dentro del espacio productivo. Esto es, claramente, un mecanismo de protección frente al riesgo de evasión de costos laborales por vía de los contratos formativos.

Así, en Brasil, el Decreto N° 5.598 establece la obligación de emplear y matricular en los cursos de los Servicios Nacionales de Aprendizaje al número de beneficiarios correspondiente entre el 5% y 15% de trabajadores en cada establecimiento, cuyas funciones requieran de formación profesional. Sin embargo, la normativa en este caso toma una previsión importante: además de no considerar a los aprendices ya contratados dentro del universo de trabajadores, que es base de cálculo para determinar al número de aprendices que pueden contratarse, se excluye a los trabajadores que ejecutan labores temporales.

Aquí salta a la vista una diferencia respecto del ordenamiento peruano: para el legislador brasileiro, los aprendices ocupan una cuota o porcentaje fijo de personal dentro de la empresa. Conforme con el artículo 429° de la Consolidación de las Leyes del Trabajo, modificado por la Ley N° 10097, los establecimientos para emplear aprendices deben obtener la autorización correspondiente. De esa forma, tras la culminación del contrato de aprendizaje bajo cualquier causal, los empleadores deben efectuar una nueva contratación de un aprendiz en reemplazo del anterior.

De acuerdo con lo expresado, las empresas de ese país suelen observar los máximos porcentuales establecidos en la ley para la contratación de aprendices, siendo rarísimos los casos en los que la fiscalización laboral observa una tasa de contratación superior a la autorizada.

En Perú, la LMFL ha previsto que las empresas con más de diez trabajadores puedan suscribir de dos a más convenios de “capacitación laboral juvenil”, teniéndose al tope de 20% de beneficiarios como máximo dentro del área y ocupación específica. Esa misma proporción es la máxima autorizada respecto del número total de trabajadores directos de la empresa.¹¹ Si, en cambio, la empresa solamente tiene tres a 10 trabajadores, la ley prevé que solamente podrá suscribirse un solo convenio de propósito formativo.

Una regulación similar prevé la regulación peruana para el convenio de reinserción laboral, el mismo que solo puede suscribirse con una persona si es que la empresa cuenta con más de tres trabajadores y menos de 10. En caso de empresas con mayor número de personal, se exige que el número de los beneficiarios de la actualización para la reinserción laboral no sea mayor al 20% del total del personal del área u ocupación específica ni al 10% del total de empleados directos.

2.3.6. Medidas de prevención de supuestos patológicos en el uso de este tipo de contratos

Desde el punto de vista regulatorio, existen previsiones que apuntan a evitar el uso fraudulento de los mecanismos reconocidos en la ley. Brasil y Perú optan por caminos normativos distintos, en ese sentido, observándose un mayor control en el primer país sobre posibles situaciones de fraude.

En primer lugar, la norma brasilera prevé que el contrato de aprendizaje culmine al término de su plazo fijado o al cumplir el aprendiz los veinticuatro años. También se establecen supuestos que habilitan la terminación anticipada del contrato de aprendizaje, los mismos que se corresponden con aquellos que tienen lugar en los contratos de trabajo.

Así, se reconocen como causas de culminación anticipada del contrato de aprendizaje al desempeño insuficiente o inadaptación del aprendiz (que se acredita con el laudo de evaluación que emite la entidad calificada por ley), la falta disciplinaria grave (que se remite a las causas justificadas de despido del régimen laboral de los trabajadores), la ausencia injustificada a la escuela que implique la pérdida

¹¹ Conforme con el artículo 17 de la LMFL, el porcentaje de 20% puede incrementarse en un 10% adicional, siempre que las personas adicionales sean jóvenes con discapacidad o jóvenes madres con responsabilidades familiares.

del año escolar (acreditada por la declaración de la institución de enseñanza) y en caso que el aprendiz solicite el término del contrato.

En los supuestos de extinción del contrato de aprendizaje por desempeño insuficiente, una *entidad calificada en formación técnico-funcional metódica* es la encargada de acompañar la situación para intentar revertir tal cuadro. Como se deduce, es posible que los aprendices atraviesen por problemas externos al contrato, para lo cual este apoyo puede ser crucial para la mejora de su desempeño.

Otras veces, la función de tal entidad es prevenir que las empresas pretendan utilizar la causal de “desempeño insuficiente” como un artificio para despedir al aprendiz. En tales supuestos, dicha entidad los identifica para evitar el uso arbitrario de esa facultad, pudiendo informar de tales casos a la fiscalización laboral para su intervención.

Otras veces, durante la fiscalización, cuando el inspector del trabajo notifica que la empresa presente los contratos de aprendices que fueron rescindidos, verifica esos casos de extinción del contrato por desempeño insuficiente. Si el problema se produce durante el plazo de la fiscalización, el inspector del Trabajo puede ayudar en la resolución de tal caso, verificando si realmente se consideró un rendimiento insuficiente o si la motivación para la terminación de dicha relación contractual es otra.

En cualquiera de las situaciones descritas, si la Fiscalización entiende a través de las pruebas documentales, que ese motivo fue utilizado para fraudar la legislación y despedir al aprendiz, la empresa será sancionada por la infracción cometida.

No puede dejarse de subrayar que, en el empleo público, los aprendices tienen ciertas particularidades. El artículo 5 del Decreto N° 5.598 establece que las disposiciones que regulan el contrato de aprendizaje, “en cuanto al vínculo”, no se aplican a la persona jurídica de derecho público.

Este precepto se fundamenta en que la única forma de contratación de las personas jurídicas de derecho público es a través de concurso público, no siendo este el presupuesto de la relación contractual del aprendizaje. Así, en casos de nulidad del contrato de aprendizaje, el contratado no podrá ser considerado empleado de empresa pública, porque él no participó en concurso público para ingreso como servidor público. De todos modos, no queda claro si, en la práctica, ello supone alguna forma de tutela resarcitoria (indemnización a pagarse al joven aprendiz por la nulidad deducida) o restitutoria de

sus derechos (mediante el reconocimiento de algún derecho de preferencia en el concurso público que pueda celebrarse posteriormente).

Luego, se observa que Perú ha establecido ciertas prohibiciones absolutas de contratar a un ex trabajador bajo una modalidad formativa. En otros casos, esa prohibición solamente rige durante un periodo determinado (un año desde el cese, para la reinserción). Sin embargo, en el fondo, la persona en formación que considere que la modalidad formativa celebrada estuvo desnaturalizada, podrá acceder a la justicia laboral para cuestionar dicha vinculación.

Sin embargo, la práctica jurisdiccional evidencia el extendido uso de las modalidades formativas con el fin de abaratar los costos del personal. En la jurisprudencia constitucional se ha afirmado el concepto por el cual la asignación de funciones distintas a las contenidas en el plan formativo del beneficiario de una modalidad formativa, lo que puede ocurrir respecto de funciones adicionales a las contenidas en el plan de formación¹²; funciones de dudosa calidad formativa; o incluso, la asignación de funciones de sustitución de otros trabajadores cuyos vínculos entraban en suspensión (por vacaciones u otros motivos) (TCP 2012b: Considerandos 4 y 5).

El máximo intérprete de la Constitución en Perú también se ha pronunciado en casos de recontractación de ex trabajadores bajo modalidades formativas. En tales casos, se ha analizado el carácter de las labores realizadas, comparándose a los servicios prestados bajo un contrato de trabajo y los prestados bajo una modalidad formativa (TCP 2009: Considerandos 3 a 6). El razonamiento inverso también ha sido expuesto, de tal forma que cuando se ha advertido que los servicios prestados durante la vigencia de un convenio formativo y una posterior relación laboral eran sustancialmente las mismas, se ha considerado al primer tramo contractual como una relación de trabajo (TCP 2012a: Considerando 3.3.4.).

Los excesos permanentes y bien conocidos de la jornada de personas bajo formación profesional en ciertas actividades económicas (estudios de abogados y en el ámbito de la salud) motivó a que se emita el Decreto Supremo 003-2008-TR, cuyo artículo 1º califica como supuesto de desnaturalización del contrato de modalidad formativa, sancionándose a este exceso como supuesto de fraude y atribuyéndose al vínculo laboral la característica de un contrato de trabajo.

¹² En ese sentido, el Tribunal Constitucional peruano ha resuelto tratando a supuestas culminaciones de contratos formativos como despidos arbitrarios, ordenando la reposición de demandantes que habían suscrito modalidades formativas —pero que realizaban labores distintas a las inicialmente asignadas— estableciéndose contratos de trabajo a plazo indeterminado. Así, puede consultarse la STC 827-2011-PA/TC de 21 de junio de 2011, Considerandos 3 a 6.

De otro lado, legislador peruano reconoce que las modalidades formativas pueden ser mal utilizadas para disfrazar relaciones de trabajo encubiertas. En esa medida, se sanciona con la nulidad de los convenios suscritos y el encausamiento del vínculo jurídico a una relación de trabajo a plazo indeterminado a los siguientes supuestos, sin perjuicio de las multas administrativas que puedan imponerse (incisos 1 a 7 del artículo 51 de la LMFL):

- La inexistencia del convenio de modalidad formativa debidamente suscrito.
- La falta de capacitación en la ocupación específica y/o el desarrollo de actividades del beneficiario ajenas a la de los estudios técnicos o profesionales establecidos en el convenio.
- La continuación de la modalidad formativa después de la fecha de vencimiento estipulado en el respectivo convenio o de su prórroga o si excede el plazo máximo establecido por la Ley.
- Incluir como beneficiario de alguna de las modalidades formativas a las personas que tengan relación laboral con la empresa contratante, en forma directa o a través de cualquier forma de intermediación laboral, salvo que se incorpore a una actividad diferente.
- La presentación de documentación falsa ante la Autoridad Administrativa de Trabajo para acogerse al incremento porcentual adicional, a que se refieren los artículos 17 y 32 o para acogerse a otro tipo de beneficios que la Ley o su Reglamento estipule.
- La existencia de simulación o fraude a la Ley que determine la desnaturalización de la modalidad formativa.
- El exceso en los porcentajes limitativos correspondientes.

Al preverse que sean éstas y no otras las conductas que motivan el tratamiento de la relación jurídica como un vínculo laboral disfrazado, las consecuencias del fraude del acto celebrado no se extienden a otras formas de incumplimiento. El propio legislador ha precisado, por ejemplo, que ni la falta de pago de la subvención económica ni el exceso sobre los topes de jornada ni la falta de cobertura de seguros ni la entrega de la certificación por las actividades desarrolladas suponen, respectivamente, supuestos de desnaturalización (artículo 52 de la LMFL).

Como se ha mencionado anteriormente, la prestación de servicios en exceso sobre la jornada formativa puede acarrear la nulidad del contrato de formación celebrado, reconduciéndose en tal supuesto a un contrato de trabajo. Esta sanción demuestra que para la legislación peruana este incumplimiento da muestra del desinterés de la empresa por adecuar la producción al esquema formativo presuntamente acordado. El tiempo de trabajo se encuentra vinculado, entonces, a la validez propia del contrato de

formación profesional, sancionándose como conducta fraudulenta a la infracción de las normas que regulan los máximos de jornada. La congruencia de esta sanción con el resto de previsiones en la LMFL ha sido establecida al subrayarse que “el tiempo fuera de la jornada de trabajo no es un tiempo de inactividad, sino un tiempo de formación, esto es, un tiempo productivo social y económicamente” (Balbín 2006: 331). De esta manera, más que una infracción de la norma limitativa sobre la jornada formativa, esta sanción tiene raigambre en el propio fundamento de la LMFL y la promoción de la formación para el empleo.

3.LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LAS PRESTACIONES DE SERVICIOS BAJO MODALIDADES FORMATIVAS

El Ministerio de Trabajo elabora la *Clasificación Brasileña de Ocupaciones*, que, en buena cuenta, es un sistema de información sobre empleos, contenidos del trabajo y clasificación de niveles de competencias y la diversidad de las tareas.

Asimismo, dicha autoridad administrativa tiene encargado por ley el organizar un registro nacional de entidades cualificadas en formación técnico-profesional metódica y disciplinar la compatibilidad entre el contenido y la duración del programa de aprendizaje, con miras a garantizar la calidad técnico profesional.

La autoridad de trabajo asume también protagonismo, tanto en la definición de los contenidos básicos de la formación como en la fiscalización de cuotas y condiciones de trabajo e inclusive en el monitoreo de los ex aprendices.

En cuanto al control ejercido por la *Secretaría de Inspección del Trabajo*, la fiscalización laboral es desarrollada por equipos de inspectores de trabajo. Los boletines de aprendizaje profesional publicados por el Ministerio de Trabajo de Brasil indican que se han intensificado las fiscalizaciones sobre las empresas obligadas a contar con una cuota de aprendices. Esta labor administrativa se efectúa principalmente desde medios electrónicos, tomando como base la información declarada por el propio empleador.¹³ Tal como resalta Leite, esta estrategia es combinada con otras formas de intervención de

¹³ En Perú, esta forma de fiscalización es empleada por la SUNAFIL desde el año 2016 para determinar el cumplimiento o incumplimiento de las empresas obligadas por la ley a implementar una cuota de personal con discapacidad. Este detalle es importante a fin de establecer una posible forma de control más intensificado sobre las relaciones de formación para el trabajo dentro del ordenamiento peruano, lo que podría tomar como base a la experiencia brasilera sobre la fiscalización electrónica, conjugada con la propia existente.

la autoridad administrativa de trabajo sobre las relaciones de formación profesional: la exploración hacia nuevos sectores que puedan “absorber” aprendices y la articulación con otras acciones que se enfocan al grupo etario sobre el que se busca incidir, previniéndose situaciones de debilidad identificadas (Leite 2015: 69). Así, por ejemplo, se han registrado casos de menores que, proviniendo del trabajo infantil, se insertaron en un proyecto piloto (Pronatec Aprendiz) para su inserción en cursos profesionales.

Lo que es importante advertir aquí es que la inspección del trabajo no solamente efectúa un control orientado a determinar el cumplimiento o no de la legislación laboral. Se ocupa de velar por el funcionamiento del sistema de formación, cosa que se evidencia —por ejemplo— en el artículo 13 del Decreto N° 5.598, cuando establece que es la inspección del trabajo quien determina la insuficiencia de cursos o vacantes de los programas ofrecidos por el Servicio Nacional de Aprendizaje, a fin de determinar la validez de su sustitución por otros organismos cualificados de formación técnica y profesional. Hoy en día, una función como la descrita es impensable en Perú, donde la inspección del trabajo enfrenta barreras jurídicas (falta de normas que regulen una competencia fiscalizadora sobre temas formativos, puramente) y fácticas (la desproporción entre el número de inspectores de trabajo y el número de casos a los que deben avocarse). Sin, embargo, consideramos que el ejemplo ofrecido en este caso por la legislación laboral brasilera permite suponer que la inspección del trabajo puede, a título propio o en sinergia con otras entidades competentes en materias de formación y educación, impactar en el incentivo al cumplimiento de las normas que se refieren a la formación profesional.

Entre los supuestos más frecuentes que aborda la inspección del trabajo se presentan investigaciones respecto a los servicios prestados, ya que lo más común es la desviación de la función planificada. El programa de Aprendizaje es relativo a una actividad y en la práctica la empresa exige que el aprendiz preste otro tipo de servicios.

En cuanto a los incumplimientos en general de la Ley del Aprendizaje, lo que más se observa en la fiscalización laboral es la falta contratación de los aprendices, incumpliendo el cumplimiento de la cuota legal mínima. En segundo momento, lo que más se observa es el incumplimiento de las horas teóricas mínimas. Muchas empresas exigen que el aprendiz trabaje más en la parte práctica en detrimento de la formación teórica. A menudo, la Fiscalización percibe que el cumplimiento del mínimo del 30% de la carga horaria total del programa de Aprendizaje que debería destinarse a la parte teórica no es cumplida, siendo esas horas destinadas a la parte práctica.

Distinto es el caso de la Autoridad Laboral en Perú. La función más importante que la Administración del Trabajo ejerce en esta materia es la de formular y desarrollar los instrumentos de política y lineamientos que promueven las modalidades formativas. Esta función está dentro de la competencia de la Dirección General de Formación Profesional y Capacitación Laboral, un órgano de línea del Viceministerio de Empleo del MTPE.

El MTPE interviene a través de capacitaciones de corta duración ofrecidas a la población para la mejora de sus competencias, facilitando su inserción en el trabajo. Así, en la ejecución de programas piloto, se ha introducido un *enfoque dual* que se fundamenta en el “enfoque por competencias” de la capacitación y con resultados parciales, el mismo que resulta congruente con las políticas más recientes del Sector Educación del país.

Por otro lado, es el Sistema de inspección del trabajo el encargado de establecer los posibles incumplimientos a las normas que protegen a los beneficiarios de las modalidades formativas.¹⁴ Sobre el particular, la Resolución Ministerial No 140-2013-TR, del 12 de agosto de 2013, aprobó el Protocolo de Actuación Inspectiva en Materia de Modalidades Formativas Laborales, el mismo que contempló una serie de lineamientos para cautelar los derechos de las personas contratadas bajo dichos convenios¹⁵. De detectarse incumplimientos a las normas que establecen los derechos de los beneficiarios de las modalidades formativas o situaciones de uso fraudulento de tal forma de contratación, se iniciaría un procedimiento sancionador a través del cual podría imponerse una multa administrativa (sin perjuicio de la tutela jurisdiccional que podría activar el prestador de servicios).

En la vía administrativa, las multas previstas en el Reglamento de la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo (aprobado por el Decreto Supremo 19-2006-TR) tienen por objeto el desincentivar malas prácticas de los empleadores, estableciéndose la graduación de las multas según el tipo de empleador (distinguiéndose entre microempresas, pequeñas empresas y el resto de empresas) y de acuerdo con la calificación que las normas efectúan sobre la intensidad de las infracciones (leves, graves y muy graves).

¹⁴ La facultad fiscalizadora es ejercida en el Perú por dos entidades. Por un lado, la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), autoridad central en funciones desde el año 2014, que actúa en las regiones del país donde ya está implementada. Por otro lado, los gobiernos regionales, con facultades residuales (algunas microempresas y todos los empleadores donde la SUNAFIL todavía no ha implementado una intendencia regional).

¹⁵ Dicho protocolo contiene una serie de pautas que inciden en aspectos formales y no se refieren a la fiscalización del cumplimiento de los aspectos formativos. Tan solo se hace alusión a la congruencia entre la ocupación prevista en el convenio suscrito con las actividades a desarrollarse por el beneficiario de la modalidad formativa.



Así, el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo tipifica como faltas administrativas punibles a las siguientes:

a) El incumplimiento de deberes formales o documentales se considera como “*infracción leve*” siempre que no estén tipificados como infracciones graves o muy graves (artículo 38). Son ejemplos que este cuerpo normativo propone a la falta de registros especiales de modalidades formativas debidamente autorizados por la autoridad competente (artículo 39.1); exceder los límites de contratación legalmente previstos (artículo 39.3); incumplir las obligaciones en materia de formación (artículo 39.4); no proporcionar las facilidades para que el beneficiario de las modalidades formativas se afilie a un sistema pensionario (artículo 39.5); no emitir los informes requeridos por el Centro de Formación Profesional (artículo 39.6); no otorgar el certificado respectivo (artículo 39.7); o el no presentar a la Autoridad el plan o programa correspondiente dentro de los plazos y con los requisitos establecidos (artículo 39.8).

b) Se considera como una falta “*muy grave*” la falta de registro de personal contratado bajo modalidades formativas laborales (artículo 25.20).

c) Se considera como infracción “*muy grave*” la falta de pago íntegro y oportuno de la subvención y beneficios derivados (artículo 40.1); el incumplimiento de las normas referidas al tiempo de trabajo (artículo 40.2); la no cobertura de enfermedades o accidentes de trabajo que pueden sufrir los beneficiarios de las modalidades formativas, así como el no asumir el costo de las contingencias por falta de aseguramiento (artículo 40.3 y 40.4); la presentación de documentación falsa para acogerse al incremento de los límites de contratación (artículo 40.5); la falta de un plan o programa correspondiente a la modalidad formativa bajo la cual se contrata a los beneficiarios (artículo 40.6); el uso fraudulento de las modalidades formativas (artículo 40.7); la falta de celebración de convenios de modalidades formativas por escrito y con los requisitos previstos (artículo 40.8) y el uso de castigo físico y humillante (artículo 40.9).

Tras esta revisión de las conductas sancionadas respecto de la prestación de servicios bajo modalidades formativas, salta a la vista que la inspección del trabajo no es capaz de sancionar el incumplimiento del plan o programa, bastando que el empresario presente la documentación pertinente a fin de que se considere satisfecha esta obligación. Resulta, entonces, criticable que un aspecto tan esencial como es la capacitación dentro de las modalidades formativas quede fuera del ámbito de tutela que se imparte desde el control administrativo.

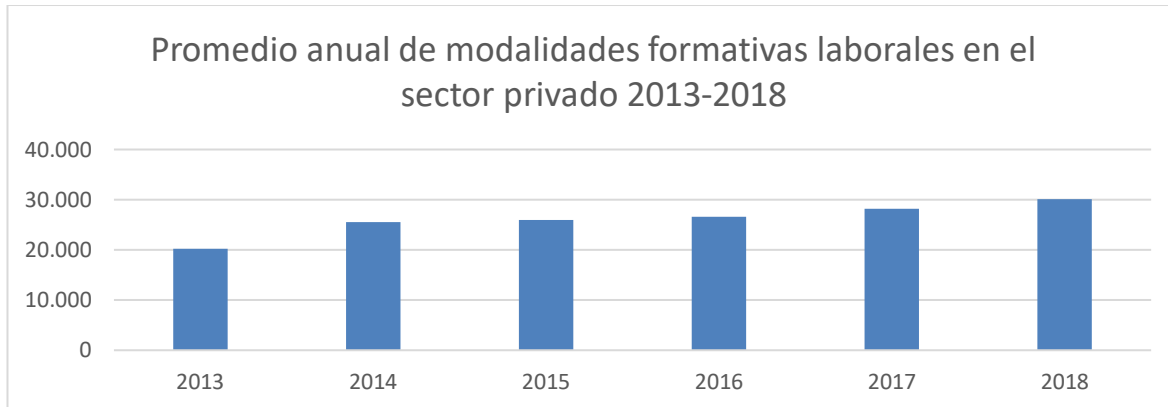
Adicionalmente, lo indicado evidencia que el verdadero énfasis existente para la normativa de inspecciones se encuentra en el cumplimiento de las obligaciones de las empresas, referidas a los beneficios propios de las modalidades formativas (“subvenciones”, límites a la jornada, etcétera). Esto no hace sino reforzar las sospechas sobre el verdadero objetivo o énfasis existente detrás de esta normativa, ya que las normas sancionadoras parecen privilegiar el control sobre el pago de los beneficios o la limitación de la jornada, por encima del proclamado elemento formativo, que bien podría fiscalizarse en sinergia con los centros de formación.

Otra de las funciones que realiza la SUNAFIL, como ente rector del Sistema de Inspección peruano, es el de difundir los derechos laborales y la normativa. En ese sentido, se reporta que su Intendencia Nacional de Prevención y Asesoría ha efectuado charlas de difusión de las modalidades formativas en universidades e institutos del país (que, dentro de la LMFL, son los centros de formación por excelencia); sin embargo, se reconoce que este tema tiene una relevancia menor dentro de las relaciones laborales, dada la existencia de problemas más acuciantes, como son la informalidad laboral y las afectaciones a derechos fundamentales que se vinculan a dicha situación.

4. PERÚ: UN ANÁLISIS SOCIO JURÍDICO QUE VA MÁS ALLÁ DE LAS REGLAS

Ya centrándonos en el caso peruano, resulta importante medir la evolución de la población juvenil involucrada en los últimos años en alguna modalidad de formación laboral, de modo que podamos evaluar el impacto que tiene en el mundo del trabajo peruano. En el gráfico 1 se muestra dicha evolución entre el 2013 al 2018 conforme a la información publicada por el Ministerio de Trabajo.

Lo primero que llama la atención es el crecimiento sostenido de personas que participan en alguna modalidad formativa laboral, así entre 2013 y 2018 se incrementó su participación en 49%, es decir, en los últimos 7 años del período analizado se incorporaron diez mil nuevos jóvenes. Esto significa que cada vez más peruanos estarán involucrados en modalidades formativas laborales, resaltando, con ello, la importancia de la que goza en una política laboral de empleo juvenil.

Gráfico 1 Perú: Evolución de la Modalidad Formativa Laboral en el sector privado 2013-2018

Fuente: Anuarios estadísticos del Ministerio de Trabajo (2013-2018)

Elaboración: Miguel F. Canessa Montejo

Si bien la evolución del crecimiento sostenido del uso de modalidades formativas laborales es significativa, este resultado debe ser comparado con la fuerza laboral juvenil (jóvenes ocupados y desempleados), lo que permite mensurar su impacto sobre la población a la que se pretende beneficiar. Para ello se compara en el cuadro 1 la población económicamente activa de los jóvenes entre los 14 a 29 años de edad (en principio, el universo de jóvenes que puede acogerse a alguna modalidad formativa laboral) y la evolución del promedio anual de los jóvenes registrados en modalidades formativas laborales.

Conforme al cuadro la significancia es pobrísima. Si bien el crecimiento sostenido de los jóvenes en modalidades formativas laborales es relevante. Sin embargo, cuando se le compara con el universo de jóvenes de la población económicamente activa entre 14 a 29 años de edad, apenas representan entre el 0.5% al 0.6% en los últimos años. Esto denota que la huella de las modalidades formativas laborales impulsada por el Estado peruano sobre el empleo juvenil es escasa. Lo que plantea su reformulación si pretende responder a una política laboral de empleo que se enfoque de manera privilegiada sobre dicho grupo etario.

Si bien estos porcentajes indican una escasa participación dentro del mercado de trabajo, es justo reconocer que se refiere a los convenios de modalidades formativas efectivamente registrados ante la autoridad, lo que de facto representa un doble filtro de legalidad. Por un lado, supone que la empresa pertenece al sector formal; y, por otro lado, que la modalidad formativa laboral se ha celebrado conforme a ley.

Cuadro 1 Perú: Comparación entre PEA de 14 a 29 años de edad y jóvenes en modalidades formativas laborales (2014-2018)

Indicadores	2014	2015	2016	2017	2018
PEA de 14 a 29 años de edad	5'268,300	5'139,900	5'166,500	5'188,900	5'158,600
Jóvenes en modalidades formativas laborales	25,546	25,964	26,597	28,234	30.071

Fuente: INEI y MTPE

Elaboración: Miguel F. Canessa Montejo

En 2016 la Autoridad Nacional del Servicio Civil (en adelante, SERVIR) señaló que el número de beneficiarios de las modalidades formativas declarados en planilla era de al menos treinta y tres mil personas declarados en la planilla electrónica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, MTPE) a nivel nacional, en los sectores público y privado formal. No obstante, SERVIR reconoce que esto puede expresar un sub registro de dichas modalidades, pues es sabido que la población total de potenciales beneficiarios de ese tipo de contratación es de al menos doscientos veintiún mil personas, ya que la realización de prácticas pre profesionales constituye un requisito exigido por las universidades peruanas para la obtención del grado académico de bachiller (Servir 2016: 1). En otras palabras, tampoco resulta significativo para el grupo de jóvenes universitarios o de institutos superiores.

La LMFL y su RMFL regulan siete tipos de contratos para las modalidades formativas formación profesional, teniendo todos ellos participación diversa dentro de la distribución ese porcentaje. En el cuadro 2 se distribuye las modalidades formativas laborales registradas en la planilla electrónica del MTPE de los años 2013 y 2015, aunque teniendo presente que los contratos registrados de 2015 incluyen a sus prórrogas, por lo que las cifras no pueden ser directamente comparadas. Dentro de estas siete categorías contractuales incluye al aprendizaje que se celebra con el Servicio Nacional de Adiestramiento en Trabajo Industrial (SENATI), la entidad pública responsable en proporcionar formación profesional y capacitación a los trabajadores de las actividades productivas consideradas dentro del rubro de las industrias manufactureras y actividades industriales de instalación, reparación y mantenimiento.

Teniendo presente lo señalado, observamos que las modalidades formativas con mayor significancia son las prácticas pre profesionales y las prácticas profesionales, ambas representan la inmensa mayoría (no menos del 80%). Mientras que las demás modalidades tienen escasa representatividad. Solo esto conduce a postular que debe plantearse una profunda modificación en la regulación de los contratos, ya sea reduciéndolos o modificándolos sustancialmente.

Cuadro 2 Perú: Distribución de las modalidades formativas laborales según contrato 2013-2015

Modalidades formativas	Convenios registrados 2013	Convenios registrados 2015¹⁶
Prácticas pre profesionales	11,218	35,242
Prácticas profesionales	5,350	20.839
Aprendizaje con predominio en la empresa	2,079	1,850
Capacitación laboral juvenil	827	2,959
Pasantía en la empresa	119	47
Reinserción laboral	13	14
Docente con convenio de pasantía	10	5
TOTAL	20.178	60.506

Fuente: Cuadros (2016: 81) y SERVIR (2006: 2)

Elaboración: Miguel F. Canessa Montejo

También este cuadro puede explicarnos las movilizaciones de los jóvenes contra la llamada “Ley Pulpín”. Recordemos que las movilizaciones provinieron masivamente desde los jóvenes universitarios y de institutos superiores que suscriben los contratos de prácticas pre profesionales y profesionales, respectivamente. La referida norma se planteó como objetivo facilitar el acceso del empleo de los jóvenes al mercado de trabajo, considerando que su falta de experiencia y habilidades no resultaba atractiva en su contratación. Por supuesto, una política laboral de promoción del empleo debe considerar el escenario del mercado laboral y las dificultades que sufren los distintos grupos para conseguir un empleo decente. Pero en el caso de la Ley del Régimen Laboral Juvenil derogada se adoptó como criterio prolongar temporalmente los contratos de prácticas (pre profesionales y profesionales) y flexibilizar la contratación, lo que trasluce un simple abaratamiento de los costos laborales para promover la contratación de los jóvenes, sin enfocarse en los aspectos estructurales de la falta de empleo juvenil. Los jóvenes interpretaron que la Ley buscaba perennizar una situación jurídica que de por sí rechazaban, por lo que las movilizaciones tuvieron como objetivo la derogación de la norma, lo que consiguieron ante la sorpresa de los empresarios y los políticos.

Por extensión, el rechazo de la Ley Pulpín evidencia que tampoco la actual regulación de la LMFL en sus dos modalidades predominantes recibe el beneplácito del grupo beneficiado —los jóvenes—. Esto nos lleva a analizar a la propia regulación de las modalidades formativas laborales.

¹⁶ Los convenios registrados incluyen sus prórrogas, lo que explica que las cifras comparadas en el cuadro se tripliquen.

5. PROPUESTA DE MEJORA DE LA LEY DE MODALIDADES FORMATIVAS LABORALES DE PERÚ

Nos parece que existen tres grandes aspectos que requieren abordarse para la reforma de la LMFL. En primer lugar, establecer que las modalidades formativas tienen un carácter laboral, por lo que debe derogarse la regulación que lo excluye. En segundo lugar, asegurar la fiscalización estatal sobre los contratos y el monitoreo de los planes de aprendizaje y capacitación tanto en los centros de aprendizaje y las empresas. En tercer lugar, obligar a los centros de formación en su involucramiento en el control de los planes de aprendizaje y capacitación.

5.1. La necesaria “laboralización” de las modalidades formativas y su control administrativo

Es preciso recordar que la Constitución Política del Perú establece, en su artículo 22°, que: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de una persona”. Asimismo, en su artículo 27°, establece que: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. Este sustento, que ha sido repetido por el Tribunal Constitucional peruano al analizar casos en los que se ha determinado la desnaturalización de cierta modalidad formativa, debe rescatarse para una evaluación global de esta forma de contratación.

Siendo el contrato de formación en Perú que se define por la prestación de servicios y que se inserta de forma decidida dentro de la facultad directriz del empresario, el tratamiento laboral de esta forma de vinculación es conceptualmente sostenible y fácticamente verificable.

Esta extensión del Derecho del Trabajo hacia las relaciones formativas puede ser introducida en la agenda de discusión política del país a partir de la conformación de una agenda elaborada con participación del gobierno peruano, gremios empresariales diversos y organizaciones de jóvenes, los mismos que han demostrado un gran dinamismo en recientes debates coyunturales sobre las reformas de la legislación laboral. Una mirada al caso brasilero debiera auxiliar a comprobar que el reconocer a los aprendices como trabajadores no enerva la naturaleza formativa del vínculo, si es que ella tiene los ajustes necesarios.

Asimismo, mientras que la LMFL mantenga una exclusión, el ordenamiento jurídico peruano mantendrá un parámetro bajo de protección laboral que podría servir de sustento para nuevas tendencias reformistas que actualmente ya buscan reducir los estándares de tutela que la legislación establece bajo el pretexto de incrementar el empleo formal.

5.2. El control estatal sobre los contratos formativos

El actual esquema peruano delega el control de los planes de aprendizaje y capacitación a las empresas, lo que resulta un problema de cara a la eficacia de estas normas (salvo que, ante la violación de algún derecho, el beneficiario formule una denuncia ante el sistema de inspección del trabajo, supuesto más bien atípico).

Con la simplificación administrativa aprobada por el Decreto Legislativo No 1246, el control formal *ex ante* (registro de los convenios formativos ante la autoridad administrativa) ha desaparecido, mutándose a un sistema de declaración informática. Es entonces momento de revisar las formas de fortalecer y normalizar el control *ex post* que ejerce la administración del trabajo a través de la inspección laboral. En ese sentido, de la mano con la extensión de la legislación laboral a las relaciones de formación profesional, las autoridades que intervienen en el Sistema de Inspección del Trabajo (la SUNAFIL, el MTPE y los gobiernos regionales) podrían verse más incentivadas a ejercer una supervisión más permanente y visible sobre este ámbito. De esa manera, nueva normativa sobre este tema podría fijar como obligación sectorial el establecer un número determinado de operativos de fiscalización de las relaciones de empleo formativo, en coordinación con otras entidades.

Es posible identificar en la experiencia de la inspección del trabajo del Brasil a formas de organización efectivas que, con dinamismo y composición plural, permita acceder a un control real de los contenidos y aplicación de los respectivos planes de formación. En un esquema de fiscalización electrónica, por ejemplo, grupos de trabajo *ad hoc* conformados por representantes de la Intendencia de Inteligencia Inspector de la SUNAFIL y otros de sectores vinculados (Ministerio de Educación, Ministerio de la Producción, etcétera) podrían arribar a formas concretas de abordaje de las problemáticas que se deben superar con una formación profesional adecuada y sobre la que se ejerza un control eficiente (preventivo y reactivo).

5.3. El involucramiento de los centros de formación

El actual esquema peruano delega el control de los planes de aprendizaje y capacitación a los centros de formación y a las empresas, lo que resulta un problema de cara a la eficacia de las normas de formación y los planes de adiestramiento respectivos (salvo que, ante la violación de algún derecho, el beneficiario formule una denuncia ante el sistema de inspección del trabajo, supuesto más bien atípico). Por ello, deben subrayarse experiencias como las de la *Oficina de Prácticas Pre profesionales y Secigra-Derecho* de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Esta dependencia se encarga de efectuar seguimiento a la formación complementaria de los estudiantes de la Facultad de Derecho de esa

institución privada, lo que se lleva a cabo en diversas entidades y organizaciones del país. El origen de esta oficina corresponde a la identificación de una problemática específica: en el Perú, la carrera de Derecho es una de las que presenta situaciones de afectación de derechos más generalizadas en el ámbito de las modalidades formativas (limitación de jornada, pago íntegro de la retribución, entre otros). Ante ello, dicha oficina establece formas de comunicación directa con los beneficiarios de las modalidades formativas de tal casa de estudios, emitiendo posteriormente informes periódicos sobre la situación de los estudiantes de Derecho de la mencionada universidad en sus respectivos centros de adiestramiento.

Este proceder podría perfectamente verse articulado con el actuar de la autoridad administrativa de trabajo. Sin embargo, es preciso que la normativa genere los incentivos y previsiones necesarias para replicar esta dinámica y generalizarla en todos los ámbitos donde las modalidades formativas sean utilizadas.

6. REFLEXIÓN FINAL

Tras la mirada comparativa a la regulación brasilera, quedan claros puntos de mejora para la regulación de los contratos de formación profesional en el trabajo para el Perú. Existen aspectos que deben ser reformados en distintas intensidades, pero siempre en un norte que nos parece se asienta en el reconocimiento de este tipo de vínculos como laborales.

Una política laboral de promoción del empleo juvenil debe plantearse sobre tres pilares: el respeto de los derechos fundamentales de los jóvenes trabajadores (el trabajo decente), el incremento de la productividad y el incentivo de la contratación de los jóvenes. La reforma integral de la Ley de Modalidades Formativas Laborales puede implementarse de manera armoniosa sobre la base de estos tres pilares. No existe contradicción entre ellas, por el contrario, hay una evidente complementariedad. El Estado peruano no puede escudarse en que los costos económicos de su implementación impiden su materialización. Esto sería conservar la visión errónea sobre el empleo juvenil. No es un costo económico sino una inversión en los jóvenes peruanos. Por ello, la reforma legal debe venir acompañada con recursos para los centros de formación estatal, el Ministerio de Trabajo y la SUNAFIL, de modo que se pueda garantizar que los planes de aprendizaje y de capacitación de la formación laboral se cumplan.

Asimismo, los empresarios peruanos deben modificar el criterio instrumental de que el aprendizaje laboral de los jóvenes en sus empresas es un costo económico y que solo con su abaratamiento o su

subvención resulta rentable. Sin duda, hay que plantear beneficios tributarios en favor de las empresas que se involucren en la contratación de jóvenes, pero esos beneficios deben venir acompañados con el compromiso empresarial en garantizar el aprendizaje laboral.

El trágico fallecimiento de los dos jóvenes trabajadores debe derribar el muro mental que considera al empleo juvenil en una carga económica. La política laboral no pueden ser medidas aisladas y reactivas ante cada tragedia que se presente en el mundo del trabajo peruano.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ARCE ORTIZ, Elmer (2008). *Derecho Individual del Trabajo*. Lima: Palestra Editores.
- BALBÍN TORRES, Edgardo. (2006). “Jóvenes y trabajo decente” En *Laborem*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, No. 6.
- CUADROS LUQUE, Fernando (2016). “Situación del mercado de trabajo y costos laborales en el Perú”. En: *Laborem*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, No. 17.
- GOMES, Darcilene (2005). *Una desreglamentación del mercado de trabajo brasileño en los años 90 y sus efectos sobre el empleo*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, documento de MS Word.
- LEITE, Elenice. (2015). *El aprendizaje y la preparación de los jóvenes para el trabajo en Brasil*. Montevideo: ETD y Oficina de la OIT para países del cono sur de América Latina.
- SERVIR (2016). *Desafíos de las modalidades formativas laborales en el Perú*. Lima: Servir.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge (2008). *Los contratos de trabajo y otras instituciones de Derecho Laboral*. Lima: Gaceta Jurídica.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (2009). STC 006-2007-PA/TC de 31 de agosto de 2009.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (2011). STC 827-2011-PA/TC de 21 de junio de 2011.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (2012a). STC 1167-2012-PA/TC de 5 de enero de 2012.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (2012b). STC 5247-2011-PA/TC de 3 de abril de 2012.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. (2013). STC 2725-2011-PA/TC de 12 de junio de 2013.
- YAMADA, Gustavo y CÁRDENAS, María de los Ángeles (2009). “Problemática de la reinserción laboral en el Perú”. En: *Laborem*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, No. 9.

RETOS PARA EL DERECHO DEL TRABAJO EN CUBA FRENTE A LA REGULACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Reynaldo Jorge Lam Peña¹
Roxana Blanco Martínez²

Resumen

El presente artículo de investigación científica pretende analizar las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) como derechos sexuales y reproductivos y su repercusión en el ámbito jurídico laboral cubano a partir los futuros retos que se le presentan a la normativa cubana vigente sobre la base de los cambios sociales actuales vinculados a la importancia de una maternidad y paternidad responsable; debido a que existen en Cuba imperfecciones jurídicas en cuanto a la protección de las TRHA, pues la norma que protege la maternidad no se adecua a los nuevos avances científicos y concepciones modernas sobre las familias. La investigación se elaboró a partir de un estudio de documentos teóricos junto a métodos científicos como el exegético normativo, que busca el análisis de las normas jurídicas; el jurídico- doctrinal que combina los aspectos teóricos necesarios para entender las categorías que se ponen en discusión en este material y el jurídico comparado para analizar el fenómeno en el contexto latinoamericano. De esta forma se analizó el concepto y contenido de las TRHA y la necesidad de su repercusión en el marco laboral para luego exponer la trascendencia al ámbito laboral y familiar.

Palabras claves: derechos reproductivos y sexuales; técnicas de reproducción asistida; derechos en el trabajo;

Resumo

Este artigo de pesquisa científica tem como objetivo analisar as técnicas de reprodução humana assistida (TRHA) como direitos sexuais e reprodutivos e sua repercussão no campo jurídico trabalhista cubano com base nos desafios futuros que são apresentados aos regulamentos cubanos atuais com base nas mudanças sociais atuais relacionadas a a importância da maternidade e paternidade responsáveis; Porque existem imperfeições legais em Cuba em relação à proteção do TRHA, uma vez que a norma que protege a maternidade não se adapta a novos avanços científicos e concepções modernas de famílias. A pesquisa foi realizada a partir de um estudo de documentos teóricos, juntamente com métodos científicos como o exegético normativo, que busca a análise de normas legais; a doutrina jurídica que combina os aspectos teóricos necessários para entender as categorias discutidas neste material e a jurídica comparada para analisar o fenômeno no contexto latino-americano. Dessa forma, analisaram-se o conceito e o conteúdo do TRHA e a necessidade de sua repercussão no ambiente de trabalho, sendo então exposta a importância do trabalho e da família.

Palavras-chave: direitos reprodutivos e sexuais; técnicas de reprodução assistida; direitos no trabalho

¹ Reynaldo Jorge Lam Peña. Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Cuba. Juez Profesional Suplente no Permanente del Tribunal Provincial Popular de la Habana, Cuba. Maestrante en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad de La Habana, Cuba. ORCID: 0000-0003-0629-4612. Contacto: reynaldo@lex.uh.cu

² Roxana Blanco Martínez. Estudiante de 5to año de la Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Cuba. Alumna Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el Departamento de Asesoría Jurídica e Internacional de la Universidad de La Habana. Contacto: roxana@lex.uh.cu

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho como ciencia no es inmutable, sino que debe adecuarse a las cambiantes situaciones de la realidad social y del vertiginoso avance científico. Ello debe efectuarse sobre la base de los valores y principios que sustentan nuestro ordenamiento jurídico a fin de contar con una legislación remozada y actual; toda vez que pueden existir ciertos vacíos en las normas discordantes con nuestra realidad.

El desarrollo de nuevos procesos médicos y biotecnológicos para la reproducción humana no es la excepción a la regla y por ello resultan un objeto de análisis interesante para el Derecho. Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en lo adelante TRHA, se definen por la Organización Mundial de la Salud (2010) como todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Las principales causas que provocan su empleo son los problemas de infertilidad o esterilidad. Independientemente de ello, hay otros factores que conducen al aumento en el acceso a dichos tratamientos a la hora de procrear: casos de parejas que desean reservar sus embriones para gestarlos más adelante (por ejemplo, tras la curación de un cáncer); mujeres sin parejas que desean tener un hijo en edad temprana postergando el matrimonio o una pareja estable; mujeres solteras que no desean casarse ni tener pareja estable; parejas homosexuales; parejas o mujeres solas que desean evitar el riesgo de ciertas enfermedades genéticas en su hijo; la generación de “bebés-medicamento” para tratar a otros; la obtención de células troncales para clonación o embriones para investigación, y un sinfín de posibilidades más. Incluso ya se recurre a ellas como primera alternativa sin intentar siquiera remediar la causa de esterilidad. (Gómez y Navarro, 2017, p. 3)

Surge para el ordenamiento jurídico el deber de regular las implicaciones jurídicas de estas técnicas por una cuestión de justicia social y de garantía a los derechos reproductivos y sexuales. Para el Derecho laboral, resulta evidente que la situación de los trabajadores y, sobre todo, las trabajadoras que utilizan estas técnicas impactará de lleno en la dinámica de su relación laboral. En efecto, tales tratamientos generan al trabajador una serie de necesidades específicas relacionadas que exigirá una protección normativa al respecto.

En Cuba de la lectura de la nueva Constitución de la República (2019), sobresale el desarrollo de una gama de derechos a tono con las organizaciones y los instrumentos internacionales de los que forma

parte y ha ratificado³. Se reconoce la dignidad humana como derecho y como valor supremo (Artículo 40); el aseguramiento por parte del Estado de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer (Artículo 43), el derecho al trabajo (Artículo 64) y otros derechos en el trabajo (Artículo 65 al 69); el derecho a fundar familia (Artículo 81) y la protección por parte del Estado de la maternidad y la paternidad (Artículo 84); los cuales deben analizarse de manera armónica, en tanto su interpretación y aplicación le imponen nuevos retos al Derecho del Trabajo, para garantizar su pleno disfrute.

En el país resulta necesario la aplicación de estas técnicas (Gran y López, 2003), en gran parte, por la declinación de la capacidad reproductiva (infertilidad) de la población ante la morbilidad por infecciones de transmisión sexual, envejecimiento poblacional, razones que producen conductas que inciden en la procreación como la disminución de la mortalidad infantil, preescolar y escolar, la cual garantiza y otorga seguridad a la pareja en cuanto a la sobrevivencia de los hijos tenidos. También influyen componentes socioeconómicos, como la incorporación de la mujer a la actividad educacional y laboral; cultura social en general y sanitaria, en particular de la población en la buena práctica de la maternidad segura, oportuna y responsable, así como de la crianza de los hijos; la aún presente dificultad de vivienda para las parejas, como un elemento de decisión importante para la reproducción; el nivel educacional y profesional de las personas en nuestro país.

La práctica de la interrupción de un embarazo no deseado de una manera legal e institucional y en condiciones de seguridad y las acciones desarrolladas en el campo de la planificación familiar, en función de preservar y respetar la salud y los derechos reproductivos de la mujer y de la pareja, han tenido un importante impacto en el descenso de la fecundidad, y es un componente de la anticoncepción.

Además, la población “fecundable” ha decrecido en los últimos diez años y la existente, en numerosas ocasiones ha alcanzado ya el tamaño deseado de la familia, el que según los estudios recientes siguen expectativas de pocos hijos o familias pequeñas por mutuo acuerdo de la pareja.

³ Dentro de ellos se incluyen los Convenios 3, 103 y 183 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de los años 1919, 1952 y 2000 respectivamente. También está la Recomendación 191/2000. Asimismo se encuentra la convención para la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer; la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo de 1994; la Declaración y la Plataforma de Beijing de 1995; la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos; la Declaración de Bioética de Gijón; la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, entre otros.

Con el objetivo de contribuir al incremento de la natalidad en el país, y dando respuesta al Lineamiento de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución (2016) que atañe al contexto demográfico, el Ministerio de Salud Pública desarrolla el Programa de Atención a la Pareja Infértil. Las parejas con dificultades para concebir un embarazo pueden intentar la gestación, asistidas por profesionales altamente cualificados y con la garantía de un equipamiento de primer nivel tecnológico; todo esto en consonancia con los principios básicos de nuestra medicina: humana y libre de costo.

El embarazo y la maternidad son épocas de particular vulnerabilidad para las trabajadoras y sus familias y por ello requiere de una especial protección para salvaguardar su salud y la de sus hijos. Estas necesitan un tiempo adecuado para dar a luz, para su recuperación y para la lactancia. Al mismo tiempo, requieren protección laboral no sólo en cuanto a la igualdad en el acceso al empleo, sino que también les garantiza el mantenimiento de unos ingresos (salario) que a menudo son vitales para el bienestar de toda su familia. Sin embargo, si bien en las instituciones y los centros laborales cubanos, se promueve y apoya a las trabajadoras gestantes, no existe una regulación legal que respalde o proteja al trabajador durante el tiempo que se somete a estas prácticas de reproducción artificial.

La situación anterior constituye una evidencia de lagunas o vacíos legislativos, pues es importante resaltar que durante la realización de estos procedimientos para lograr la concepción, la mujer trabajadora no se encuentra todavía embarazada, de ahí que no se encuentre en un período pre ni postnatal, establecidos en Decreto Ley 339 “De la Maternidad de la Trabajadora” y por ende pudiera resultar dudoso si le asisten derechos al igual que a la madre y al padre trabajadores.⁴

La problemática del empleo de las técnicas de reproducción asistida y su repercusión en el ámbito laboral de la mujer trabajadora y el ejercicio pleno de sus derechos ha desbordado el ámbito de lo estrictamente personal, familiar y médico, y se está configurando como objeto que reclama una intervención; de ahí que le concierne a organismos e instituciones sociales, al igual que al Estado,

⁴ Vid. Artículos 1 y 2 del Decreto Ley 339/2017 “De la Maternidad de la Trabajadora” (GO Extraordinaria No.7 10/2/2017)

Artículo 1: El objetivo de este Decreto Ley es conceder derechos a la madre y al padre trabajadores del sector estatal, en lo que a cada cual corresponda, para propiciar la responsabilidad compartida con la familia en el cuidado y atención del hijo e hija menores de edad, en lo adelante menor. A estos fines:

- a) Asegura y facilita a la mujer trabajadora la atención médica durante el embarazo, el descanso pre y posnatal, la lactancia materna y, a ambos padres, el cuidado del menor;
- b) en caso de fallecimiento de la madre, establece una protección al padre trabajador u otro familiar trabajador de los determinados en el presente, a quien se encargue el cuidado del menor; y
- c) dispone un tratamiento diferenciado cuando el menor requiera de atenciones especiales.

Artículo 2: Los derechos contenidos en este Decreto Ley se originan por la condición de trabajadora de la madre.

ofrecer soluciones de apoyo no solo por medio de políticas públicas sino también a través de mecanismos legales y jurídicos.

Por ello la presente investigación tiene como objetivo principal: analizar desde la regulación jurídica los elementos necesarios para garantizar la plena utilización de los trabajadores cubanos de las técnicas de reproducción asistida. Sobre la base del mismo se pretende **explicar** los aspectos teórico-doctrinales con respecto a las técnicas de reproducción humana asistida y los derechos sexuales y reproductivos; **comparar** la regulación internacional con respecto a la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida; **analizar** las principales deficiencias en cuanto a la plena utilización de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida del ordenamiento jurídico laboral cubano; y **proponer** los principales elementos que garanticen la plena utilización de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida trabajadores cubanos.

Resulta de enorme importancia esta investigación ya que ofrece un cambio de visión jurídico-laboral en cuanto a la maternidad y la paternidad. Se evidencia fehacientemente la necesidad de proteger a los trabajadores, que se encuentran utilizando alguna de las TRHA, en la etapa de preconcepción pues ante el ordenamiento jurídico cubano actual se materializa un estado de indefensión en este sentido al carecer de reconocimiento. Además, hemos podido colegir que la utilización de estos procedimientos ya no se sustenta en problemas reproductivos o físicos sino en la autonomía de la voluntad y que constituye un mecanismo para fundar nuevas formas de familias.

2. ACERCA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

La aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida requiere de la colaboración estrecha de profesionales con formación clínica (ginecólogos, urólogos, andrólogos), especialistas en técnicas de laboratorio y de todo el personal de apoyo como psicólogos y personal de enfermería. Surgen con el objetivo de viabilizar la reproducción humana y permitir el acceso a la maternidad y a la paternidad a personas con problemas de esterilidad⁵ e infertilidad⁶, o que simplemente en virtud de la autonomía

⁵ La esterilidad es la imposibilidad de lograr la fecundación y el embarazo. También se denomina esterilidad absoluta. La Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO), la Sociedad Europea de Embriología y Reproducción Humana (ESHRE) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) no considera estéril a la pareja hasta que no hayan transcurrido, sin éxito, 2 años de relaciones sexuales regulares con finalidad reproductora. Vid. Álvarez Plaza, Consuelo y Selmouni, Farida: "Reproducción humana asistida", disponible en <https://www.academia.edu>, consultado el 15/10/2019.

⁶ La infertilidad hace referencia a que, si bien hay fecundación y gestación, los fetos no logran la viabilidad. Es sinónimo de esterilidad relativa. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), la infertilidad es "una enfermedad del aparato reproductor definida por la imposibilidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales

de voluntad deciden tomar la decisión de usarlas. Existen una variedad de procedimientos y su aplicación depende de las características de cada persona⁷.

La inseminación artificial (IA) consiste en el depósito de forma no natural de espermatozoides en el tracto reproductor de la mujer con el objetivo de conseguir una gestación. Puede ser: **IA** con semen conyugal, de pareja u homólogo o **IA** con semen de donante o heteróloga. La modalidad más aceptada es la homóloga ya que resulta menos conflictiva, pues ante la inseminación artificial heteróloga se generan contradicciones con el donante del material genético, con respecto a la filiación legal de la descendencia obtenida, así como el costo que representa mantener los bancos de espermatozoides. Durante el proceso se requerirá de ecografías periódicas, consultas médicas reiteradas, análisis de sangre, etcétera.

La Fecundación o Fertilización in vitro que consiste en poner en contacto los gametos masculinos (espermatozoides) y femeninos (ovocitos) en pos de la fecundación y el desarrollo embrionario inicial fuera del organismo de la mujer, de aquí la diferencia con la inseminación artificial.

Asimismo, contamos con el **Diagnóstico genético preimplantacional (DGP)** que es un método de diagnóstico prenatal que permite seleccionar embriones sanos para su transferencia al útero, la elección del sexo y la selección inmunológica del embrión. Esta técnica puede resultar útil en personas afectadas o portadoras de enfermedades transmisibles genéticamente y debidas a la alteración de un gen; personas portadoras de alteraciones cromosómicas transmisibles y personas con mayor riesgo de alteraciones genéticas en sus gametos, que podrían determinar la formación de embriones genéticamente anormales.

La maternidad sustituta o maternidad subrogada o también conocida como alquiler de vientre⁸ consiste en la práctica en la cual una mujer, previo acuerdo entre partes, se compromete a llevar a cabo un embarazo y entregar al niño o niña fruto de ese proceso, en el momento del nacimiento o a los pocos días a otra persona o pareja renunciando a sus derechos de madre, con un fin altruista o a cambio de una suma de dinero. La complejidad de la práctica radica en las complicaciones jurídicas que genera: en cuanto a la determinación de la filiación materna que no se deriva del hecho biológico (el parto);

sin protección regular". Vid OMS: "Qué se considera infertilidad según la OMS, disponible en <http://www.quechollodesegurodesalud.com>, consultado el 15/10/2019

⁷ Causa de esterilidad, calidad espermática, edad de la mujer, tiempo de duración de la esterilidad, etc

⁸ Vid ARÁMBULA REYES, A (2008) Maternidad subrogada. México: Centro de Documentación Información, Análisis, Cámara de Diputados, LX Legislatura.



quién ejerce efectivamente la patria potestad del menor, etcétera. Incluso ello se agrava cuando se analizan las parejas homosexuales sobre todo masculinas para obtener descendencia. La relativa novedad de la técnica y sus implicaciones morales, sociales, legales han generado posiciones en contra y favor de esta.

Existen **Tratamientos de Preservación de la Fertilidad** que tienen como objetivo esencial conseguir un embarazo, pero no de forma inmediata sino aplazada en el tiempo. Esta decisión se puede tomar por diferentes circunstancias, por ejemplo: el diagnóstico de un cáncer. Los tratamientos quimioterapéuticos y radioterapéuticos a los que necesariamente deben ser sometidos para sobrevivir provocan, de manera irreversible, la pérdida de ovocitos y atrofia ovárica en las mujeres. Además, hay enfermedades no malignas que requieren tratamientos similares a los oncológicos (enfermedades autoinmunes). Quizás la mujer en virtud del libre desarrollo de su personalidad y de la voluntad procreacional no tiene un deseo de gestar inmediato y emplea las técnicas en aras de que la fecundidad asociada con la edad le impida ser madre. Algunos de estos tratamientos son: **la congelación de ovocitos; la congelación de embriones; la congelación del tejido ovárico; la congelación del semen, etc.**

3. DERECHOS REPRODUCTIVOS Y SEXUALES

La utilización de las TRHA presupone un derecho humano referido a la voluntad de tener descendencia biológica propia y se configura como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad. Nos referimos al derecho a procrear, a los derechos reproductivos y sexuales. Dentro de los *derechos sexuales* podemos encontrar el derecho a decidir libremente sobre el propio cuerpo y sexualidad; derecho a decidir libremente con quién, cómo y cuándo ejercer la propia sexualidad; derecho a los servicios de salud sexual y derecho a la igualdad de oportunidades. Por otro lado, dentro de los *derechos reproductivos* se encuentra el derecho a decidir de forma libre y responsable el número y espaciamiento de los hijos e hijas; derecho a decidir libremente con quién, cuándo y cómo tener hijos e hijas; derecho a una educación oportuna e integral en salud reproductiva; derecho a acceder a servicios de aborto legal, seguro y de calidad y derecho a los servicios de salud reproductiva, libres de discriminación y de violencia. En esta segunda categoría hay dos aspectos importantes, establecidos tanto en el Sistema Universal como Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos, la autonomía y la salud reproductiva que garantizan el acceso de las personas a técnicas y tratamientos de reproducción asistida.

Las técnicas representan un factor de cambio social de apertura a múltiples posibilidades en el control de la reproducción que, va más allá de sus aspectos terapéuticos, pues constituye un medio alternativo de procreación, en función de la autonomía de la voluntad y un mecanismo para fundar nuevos modelos de familia (monoparentales u homoparentales). Se considera que el derecho a procrear es personal y que debemos respetar la decisión positiva o negativa de cada ser humano de convertirse en madre o padre y no sólo esto sino el método, la forma de ejercer ese derecho (ya sea de forma natural o asistida), así como la idea de usar métodos anticonceptivos y el aborto.

Además, la no discriminación es el corolario del principio de igualdad y contiene la posibilidad de permitir el acceso a TRHA no sólo a parejas heterosexuales sino también a parejas homosexuales e incluso a la mujer soltera que decide saciar sus deseos maternales y emprender ese camino sola. Además, la infertilidad al ser considerada como una discapacidad para procrear, negar el acceso a TRHA estaría atentando contra los postulados de la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad (Valdez, 2017, p. 40)

Se hace necesario la existencia de disposiciones que respalden el proceso de concepción no natural como correlato de la salud reproductiva ya que si bien la infertilidad y la esterilidad no comprometen la existencia humana si puede traer consigo consecuencias psicológicas adversas para aquellos que integran la procreación en su proyecto de vida.

El Derecho Laboral debe insertarse en esta dinámica y en virtud del principio protectorio debe respaldar legalmente a aquellas mujeres que toman la decisión de ser madres. Existen normativas internacionales para proteger a la madre trabajadora, pero no hay referencia de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, pero es fundamental también extender la protección de los derechos laborales al tiempo que dure el proceso de concepción del embarazo para evitar situaciones de indefensión. Si tenemos en cuenta que durante el contexto de un tratamiento de este tipo la trabajadora podría verse en la necesidad de ausentarse de su puesto de trabajo de forma puntual para asistir a las consultas médicas pertinentes e incluso los padres comitentes de un contrato de gestación por sustitución también podría encontrarse en esa disyuntiva con motivo de la ejecución de trámites médicos y burocráticos; resulta necesario la regulación jurídica laboral que le brinde factibilidad al derecho a procrear y al derecho de fundar una familia y evitar así despidos injustificados, afectaciones económicas por reducción de la mensualidad del salario, etcétera.

4. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LAS TRHA

Una vez expuestas los principales cuestionamientos doctrinales en torno a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, consideramos pertinente realizar un estudio de la normativa jurídica internacional en pos de conocer el cómo se ha implementado su regulación en el mundo. De inicio cuestionaremos los principales instrumentos internacionales que representan una voluntad de hacer uniforme las cuestiones de reproducción artificial.

El reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos en el contexto internacional (Ver anexo 1) ha tenido un desarrollo lento durante casi medio siglo. El primer referente en la materia lo encontramos en la **Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Teherán** en 1968 donde se determinó que los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos. A pesar de que constituye un precedente fueron los movimientos feministas de los años 60 los que abrieron paso al surgimiento de estos derechos sobre la base de la reivindicación de los principios de igualdad y no discriminación y exigían que el Estado no interfiriera en su libertad y debía garantizar las condiciones para ejercerla⁹

La Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979) fue una batalla ganada por los movimientos feministas del siglo pasado en el ámbito jurídico, dicho tratado dio desarrollo a una de las principales premisas que formarán el *corpus iuris* para la protección de los derechos sexuales y reproductivos. Así, el artículo 16, literal e) de la Convención establece que los Estados tienen la obligación de asegurar tanto a hombres como mujeres “los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. El anterior precepto desarrolla el derecho a fundar una familia, el cual había sido ya implementado en otros tratados y convenios de manera más general, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

⁹ Vid COLECTIVO DE AUTORES: “El acceso a las técnicas de reproducción asistida como una garantía de los Derechos Sexuales y Reproductivos: la jurisprudencia de la Corte Constitucional a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Revista Justicia* No. 31, enero-junio, 2017, pg 175.

En la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo¹⁰ de 1994, llevada a cabo en Egipto, se contó con la presencia de 179 representantes de países del mundo y se aprobó su **Programa de Acción** que vincula a todos los Estados participantes con carácter obligatorio.

En esta Conferencia se incluyó por primera vez la salud sexual y reproductiva como un verdadero compromiso frente al bienestar de las personas y la garantía de sus derechos. En dicha oportunidad se determinó que: La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos.

Se realiza el empoderamiento femenino y la aceptación de que toda persona tiene el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos que quiere tener fue un triunfo frente a posiciones que afirmaban que debería ser la pareja quien decidiera de común acuerdo. Se debatió acerca del aborto y la disyuntiva de prescribirlo o despenalizarlo.

Su **Programa de Acción** en el Capítulo VII está referido a los derechos reproductivos y a la salud reproductiva y tiene como objetivos fundamentales asegurar el acceso a información amplia y fáctica y a una gama completa de servicios de salud reproductiva, incluida la planificación de la familia; propiciar y apoyar decisiones responsables y voluntarias sobre la procreación y sobre métodos que pueden elegirse para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos y asegurar el acceso a la información, la educación y los medios necesarios¹¹. Considera que la atención a la salud reproductiva debería incluir tratamientos adecuados y prevención de la infecundidad, formas de

¹⁰ Vid United Nations Population Information Network (POPIN). Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (El Cairo, 5 al 13 de septiembre de 1994), disponible en <http://www.un.org/popin/icpd/conference/offspa/sconf13.html>, consultado el 11 de octubre del 2019

¹¹ GALDOS SILVA, SUSANA: “La Conferencia en el Cairo y la afirmación de los derechos sexuales y reproductivos como base para la salud sexual y reproductiva”, *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública* No.30, 2013.

interrupción del embarazo, prevención del aborto, servicios de atención prenatal, entre otras cuestiones.

La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing, China, en septiembre de 1995 aprobó la **Declaración y la Plataforma de Beijing de 1995**. Dentro de sus disposiciones se reafirman los derechos femeninos como parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos y libertades fundamentales; la potenciación del papel de la mujer en la sociedad; aboga por la igualdad de derechos, de oportunidades y de acceso a los recursos, la distribución equitativa entre hombres y mujeres de las responsabilidades respecto de la familia.

Se reconoce de modo explícito el derecho de las mujeres a controlar todos los aspectos de su salud, en particular su propia fecundidad.

En el año 2000, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, determinó que: “La mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud”

En el año 2000 representantes de 189 países se congregaron en las Naciones Unidas en ocasión de la histórica **Cumbre del Milenio y aprobaron un conjunto de objetivos** que recogen aspectos fundamentales para la mejora de la salud reproductiva a nivel global: la reducción de la mortalidad materna y el avance hacia la igualdad entre los géneros unido al empoderamiento de las mujeres; mejorar la salud materna; combatir el VIH/SIDA y otras enfermedades; fomentar una alianza mundial para el desarrollo.

Estos estándares internacionales llevan a la conclusión que existe un vínculo irresistible entre estos dos aspectos, la salud y la autonomía reproductiva, por cuanto el no asegurar el libre ejercicio de esta última, necesariamente devendrá en una afectación a la primera. Esta consecuencia negativa en las libertades de las personas, a pesar de los esfuerzos por parte de la comunidad internacional para evitar su concreción, se evidencia con mayor ocurrencia, y especialmente en América Latina en casos de personas con infertilidad.

Por esto el precedente más significativo que ha consolidado el surgimiento de las técnicas de reproducción asistida como garantías para el ejercicio de los derechos reproductivos, es el reconocimiento por parte de la Organización Mundial de la Salud (2009) de la Infertilidad como “una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas”. Dicha posición es respaldada por diversos estudios que muestran cómo la infertilidad genera: “... severas consecuencias sociales, económicas y de salud en los habitantes de los países en desarrollo; los efectos físicos, emocionales y psicosociales negativos en la salud pueden no ser fácilmente detectables pero ya se han documentado (...)”¹²

La infertilidad es una condición individual y social, un individuo con infertilidad sufre de un cuerpo enfermo, una identidad humana sin cumplirse y presenta trastornos en sus relaciones con impacto social, político y económico.

Como respuesta a las necesidades de dicha población y con el fin de asegurar la garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las personas, Estados como Argentina, y en menor medida Colombia recientemente, han venido reconociendo su obligación de brindar acceso a técnicas de reproducción asistida, mediante sus sistemas de salud a personas que de manera natural no pueden lograr dicho propósito. Estos avances en materia reproductiva se han materializado gracias al desarrollo que en términos de derechos humanos se ha venido gestando en el continente americano. Ahora existen tratados internacionales que en alguna medida tienen una mirada sobre los temas de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Según Burstein (2013) se puede encontrar:

Convenio de Oviedo o Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina: Se aprobó por el Consejo de Europa en 1996 y fue abierto a la firma en el año 1997. Plantea la prohibición de la clonación de seres humanos; la elección del sexo del ser humano que va a nacer, salvo que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo y la creación de embriones con fines de experimentación¹³. De igual forma permite la experimentación sobre embriones *in vitro* siempre que se garantice una protección adecuada del embrión y las intervenciones sobre el genoma humano cuando medien razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y sólo cuando no tenga por finalidad

¹² Vid McDONALD, E: A global perspective on infertility: An under recognized public health issue, University Center for International Studies, The University of North Carolina, 2004.

¹³ Artículo 18 del Convenio de Oviedo



la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia¹⁴. Refiere que el cuerpo humano y sus partes no deben ser fuente de aprovechamiento¹⁵

Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos: Aprobada por la ONU en 1997 reconoce al genoma humano como unidad fundamental de todos los seres humanos y patrimonio de la humanidad¹⁶. Estipula que cada individuo tiene el derecho a que se respete su dignidad con independencia de las características genéticas que posea y ello no puede ser un motivo para de discriminación pues se estaría atentando contra derechos humanos y libertades fundamentales

¹⁷ Una investigación, un tratamiento o un diagnóstico relacionado con el genoma de un individuo debe contar con su consentimiento y ninguna de estas ni su aplicación al campo de la biología, la medicina o la genética puede prevalecer sobre los derechos humanos.

Declaración de las Naciones Unidas sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras: Fue aprobada en la Conferencia General de la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura en su 29 reunión celebrada en París del 21 de octubre al 12 de noviembre del año 1997. Determina la responsabilidad de las generaciones actuales en cuanto al mantenimiento y perpetuación de la humanidad, respetando la dignidad humana. Dispone la necesidad de proteger el genoma humano y la diversidad biológica.

Declaración de Bioética de Gijón: fue aprobada en junio del 2000 y plantea que el genoma humano no puede ser patentable y constituye patrimonio de la humanidad. Concibe que una finalidad esencial de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida es el tratamiento médico de los efectos de la esterilidad humana y facilitar la procreación si otras terapéuticas se han descartado por inadecuadas o ineficaces. Estas técnicas podrán utilizarse también para el diagnóstico y tratamiento de enfermedades de origen hereditario, así como en la investigación autorizada. Prohíbe la clonación humana y salvaguardar la dignidad humana en las prácticas investigativas y experimentales.

Declaración de las Naciones Unidas sobre la Clonación Humana, emitida el 8 de marzo del 2005, plantea que los Estados deben procurar y proteger la vida humana en la aplicación de las ciencias biológicas; prohibir cualquier modo de clonación humana y de aplicación de técnicas de ingeniería

¹⁴ Artículo 13 del Convenio de Oviedo

¹⁵ Artículo 21 del Convenio de Oviedo

¹⁶ Artículo 1 de dicha Declaración

¹⁷ Artículo 2 y 7 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

genética que vayan en contra de la dignificación del ser humano y su protección. Asimismo, reguló la pertinencia de que los países tomen en cuenta la financiación de investigaciones médicas que tributen a las ciencias biológicas; a enfermedades como el VIH/SIDA, la tuberculosis y la malaria.

Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos: emitida el 19 de octubre del 2005 por la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Se reivindica el respeto a la dignidad humana, de los derechos y libertades fundamentales y protege los progresos científicos de los individuos de forma privilegiada. Con respecto a ello debemos disminuir los daños en la aplicación de los conocimientos científicos, prácticas médicas o tecnologías asociadas.

A partir de este recuento legislativo internacional podemos concluir que existe una tendencia encaminada a la protección del genoma humano como patrimonio humanitario para garantizar la vida y la supervivencia. Por ello resulta uniforme la idea de implementar medidas y normas que respalden de manera efectiva dicha defensa. Se estimulan las investigaciones científicas y médicas vinculadas a este bien jurídico, pero siempre respetando la dignidad humana. Asimismo, es semejante la prohibición de la clonación humana lo cual consideramos muy acertado para evitar la comercialización y el lucro con algo tan intrínseco al individuo. Además, se resguarda los derechos reproductivos y sexuales sobre la base del libre desarrollo de la personalidad en aras de garantizar el derecho a la salud de manera general.

Esta amplia gama de instrumentos internacionales fundamenta nuestra investigación ya que justifican la lucha de todos aquellos seres humanos que deciden reproducirse artificialmente y necesitan de legitimidad en su actuar. Además, requieren de la protección legal en cuanto a la filiación, los derechos sobre el niño o niña; los derechos laborales durante el proceso, etcétera. Los derechos reproductivos y sexuales requieren de garantías para su libre ejercicio y por medio de estos instrumentos internacionales se exterioriza la preocupación internacional en este sentido. No solo ello, sino que dichos instrumentos le ponen coto a la utilización de las TRHA pues actualmente la delincuencia organizada se lucra aprovechándose del deseo reproductivo de muchas personas y comercializa con el genoma humano lo cual está prohibido porque va en contra de la dignidad y de los derechos humanos.

4.1 Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

La Organización Internacional del Trabajo se ha preocupado a lo largo de la historia por preservar la salud de la madre y del recién nacido; habilitar a la mujer para que pueda combinar satisfactoriamente

su rol reproductivo y su rol productivo; prevenir el trato desigual en el trabajo; y promover el principio de igualdad de oportunidades y de trato entre las mujeres y los hombres. Sin embargo, la todavía reciente aplicación de las técnicas de reproducción asistida hace que puedan darse situaciones que impidan que estas pretensiones puedan efectivamente llevarse a vías de hecho, afectándose los derechos en el trabajo de una trabajadora, inmersa en la utilización de estas técnicas para poder procrear. En correspondencia con ello, la OIT ha adoptado tres Convenios¹⁸ sobre la protección de la maternidad en diferentes años: en 1919, 1952 y, el más reciente, en 2000. De ellos se colige que la protección de la maternidad en el trabajo tiene como objetivo garantizar que las actividades realizadas por las trabajadoras no supongan ningún riesgo para su salud y la de su hijo, y asegurar que su función procreadora no comprometa su seguridad económica y del empleo. La protección de la maternidad para las mujeres trabajadoras constituye un elemento esencial de la igualdad de oportunidades y protección de la salud. Trata de permitir a las mujeres combinar satisfactoriamente sus funciones procreadora y productiva e impedir el trato desigual en el empleo a causa de su función reproductiva. Un objetivo importante consiste en reforzar la protección de la maternidad y lograr ampliarla a todas las mujeres que trabajen en los diversos sectores de la economía (TRAVAIL, 2012). En Convenio Número 183 y la Recomendación Número 191, se destacan los elementos esenciales de la protección de la maternidad en el trabajo:

- **Licencia de maternidad:** el derecho de las mujeres a un período de descanso en el trabajo en relación con el embarazo, el parto y el posparto.
- **Prestaciones pecuniarias y médicas:** el derecho de la madre a prestaciones pecuniarias durante su ausencia por maternidad y a la atención médica en relación con el embarazo, el parto y los cuidados posnatales.
- **Protección de la salud en el lugar de trabajo:** para la madre y el feto durante el embarazo, así como durante la lactancia.
- **Protección del empleo y no discriminación:** garantía de la trabajadora a la seguridad del empleo y al derecho de reincorporarse tras su licencia de maternidad al mismo trabajo o a uno equivalente con el mismo salario que percibía con anterioridad a la licencia de maternidad. Además, una mujer no puede ser discriminada durante en el trabajo o durante el período de búsqueda del mismo por razones de su función reproductiva.
- **Dispositivos para la lactancia:** para ayudar a las trabajadoras a amamantar o extraerse leche en el lugar de trabajo durante un período determinado tras la reincorporación al trabajo.

¹⁸ Vid. Convenios Número 3, 103 y 183 de la Organización Internacional del Trabajo; disponibles en www.ilo.org

5. DERECHO COMPARADO EN CUANTO A LAS TRHA

En Argentina ha entrado en vigor en 2015 un nuevo Código Civil y Comercial que introduce como una tercera fuente de filiación: la voluntad de procrear operativa mediante las técnicas de reproducción asistida¹⁹. La regulación vigente en Argentina se apoya en los principios constitucionales, tales como el derecho a fundar una familia y a la salud sexual y reproductiva, con la pretensión de ampliar derechos, atendiendo a la evolución de la sociedad. La Ley de Acceso integral a las Técnicas de Reproducción Asistida o Ley 26.862/2013 y su Reglamento 953 de 2013²⁰ se complementa con las reglas del nuevo Código Civil, particularmente los artículos 558 a 593, aplicables a la determinación de la filiación de los niños nacidos por TRHA. Se reconoce el derecho a saber del nacido mediante TRHA con material de tercero. Se establece la obligación del Estado de resguardar toda la información relativa a los donantes, adoptándose una solución intermedia en lo que respecta al levantamiento del anonimato del donante que puede lograrse exponiendo razones fundadas en un proceso judicial. En cuanto a la práctica de la gestación por sustitución no está prohibida, pero tampoco regulada en Argentina, por lo que, aun silenciada por el Código, ha pasado a formar parte de la realidad social, habiendo logrado reconocimiento en algunos casos mediante polémicas sentencias judiciales.

Los informes sociológicos obtenidos en algunos de los países iberoamericanos muestran cierta desinformación acerca las potencialidades y dilemas éticos que plantean los avances científicos en el campo de la genética humana y las prácticas biotecnológicas, favoreciendo así la falta de regulación al predominio de las reglas del mercado. Referencias aisladas a las TRHA como la que hace genéricamente el Código Civil chileno en su artículo 182 para establecer la filiación de los nacidos mediante las mismas, deja en la penumbra muchas cuestiones acerca de la licitud de tales técnicas. También resulta difícil de coordinar las normas del Código Penal para el Distrito Federal de México de 2002 en relación con la práctica de la IA, FIV y manipulación genética, con la legislación sanitaria aplicable en la República Federal Mexicana donde los contratos de gestación subrogada no tienen validez legal, pero tampoco están prohibidos, aunque sí cuentan con regulación protectora de la mujer gestante y del nasciturus en el Estado de Tabasco.

¹⁹ Artículo 558: La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida matrimonial o extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera que sea la naturaleza de la filiación.

²⁰ Vid Ley 26.862-Reproducción médicamente asistida y reglamentación, disponible en www.msal.gov.ar, consultado el 1 de noviembre del 2019

Los principios rectores de la Bioética latinoamericana, los que podrían informar las futuras regulaciones de las TRHA, son la dignidad humana; respeto a los derechos humanos; no comercialización del cuerpo humano; no discriminación; conservación y aprovechamiento sustentable de la diversidad biológica, libre investigación de la paternidad y maternidad genéticas y libertad de investigación científica en un marco de referencias éticas.

6. REGULACIÓN DE LAS TRHA EN CUBA

En Cuba ha habido un proceso de adaptación a convenios y legislaciones internacionales, es por ello que las diferentes políticas estatales han buscado integrar a la mujer con plenos derechos en el mercado laboral en virtud del principio protectorio. En consonancia con ello y al ser Cuba miembro de la OIT, varios de los convenios de la organización han sido ratificados por el país, a tono con la normativa constitucional (Artículo 8)²¹, constituyendo una de las fuentes formales del Derecho Laboral Cubano (Viamontes, 2005, p. 38). En materia de maternidad, Cuba ha ratificado estos convenios (NORMLEX).

Este tema tiene una trascendencia para Cuba, manifestándose en la normativa constitucional pues se regula el aseguramiento por parte del Estado de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer²², el derecho a fundar familia²³ y la protección por parte del Estado de la maternidad y la paternidad²⁴. En el Lineamiento No. 116 de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución que atañe al contexto demográfico, en el Decreto-Ley No.339/2017 que amplía y establece nuevos derechos para la madre y el padre, para la familia en general, para la protección de la maternidad y el cuidado de los

²¹ Artículo 8 de la Constitución de la República de Cuba (2019), donde se establece: Lo prescrito en los tratados internacionales en vigor para la República de Cuba forma parte o se integra, según corresponda, al ordenamiento jurídico nacional. La Constitución de la República de Cuba prima sobre estos tratados internacionales.

²² Vid. Artículo 43 de la Constitución cubana (2019): La mujer y el hombre tienen iguales derechos y responsabilidades en lo económico, político, cultural, laboral, social, familiar y en cualquier otro ámbito. El Estado garantiza que se ofrezcan a ambos las mismas oportunidades y posibilidades. El Estado propicia el desarrollo integral de las mujeres y su plena participación social. Asegura el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, las protege de la violencia de género en cualquiera de sus manifestaciones y espacios, y crea los mecanismos institucionales y legales para ello.

²³ Vid. Artículo 81 de la Constitución cubana (2019): Toda persona tiene derecho a fundar una familia. El Estado reconoce y protege a las familias, cualquiera sea su forma de organización, como célula fundamental de la sociedad y crea las condiciones para garantizar que se favorezca integralmente la consecución de sus fines.

Se constituyen por vínculos jurídicos o de hecho, de naturaleza afectiva, y se basan en la igualdad de derechos, deberes y oportunidades de sus integrantes.

La protección jurídica de los diversos tipos de familias es regulada por la ley

²⁴ Vid. Artículo 84 de la Constitución cubana (2019): La maternidad y la paternidad son protegidas por el Estado.

Las madres y los padres tienen responsabilidades y funciones esenciales en la educación y formación integral de las nuevas generaciones en los valores morales, éticos y cívicos, en correspondencia con la vida en nuestra sociedad socialista. Las madres y los padres u otros parientes consanguíneos o afines que cumplan funciones de guarda y cuidado tienen el deber de dar alimentos a niñas, niños y adolescentes, respetar y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos, protegerlos de todos los tipos de violencia y contribuir activamente al desarrollo pleno de su personalidad. Los hijos, a su vez, están obligados a respetar, atender y proteger a sus madres, padres y otros parientes, conforme con lo establecido en la ley

hijos menores, propicia una mayor integración de la familia en el cuidado de los niños y estimula la permanencia y reincorporación de la mujer al trabajo. El Decreto-Ley No.340 regula, para la trabajadora que se encuentra en el disfrute de la maternidad, enferma o accidentada, el tiempo de contribución a los efectos de obtener el derecho a la prestación económica y exonera a estas mujeres de la obligación de contribuir a la seguridad social. Por supuesto desde la normativa laboral patria, a saber el Código de Trabajo²⁵ y su Reglamento²⁶, toda vez que dentro del conjunto de derechos reconocidos se encuentran los derechos de trabajo y de seguridad social que se confieren a la trabajadora, para proteger su maternidad y facilitar su atención médica, el descanso pre y postnatal y el cuidado de los hijos menores²⁷.

Sin embargo, esa capacidad de procreación puede verse afectada lo cual pudiera acarrear el sometimiento a procedimientos de reproducción asistida. Para ello se creó en el año 2007, el Programa Nacional de Atención a la Pareja Infértil, que tiene como objetivo brindar cobertura nacional a la atención integral y escalonada en todos los Niveles del Sistema Nacional de Salud a esta problemática en Cuba, el cual ha sido paulatinamente perfeccionado para poder facilitar la atención a las parejas en las consultas municipales, los centros provinciales de reproducción asistida y las instituciones de alta tecnología. El país cuenta con tres niveles de atención de salud a las mismas que discurren desde (Zaldívar, 2017, p. 84):

1. Nivel primario o Consulta de atención a la pareja infértil: se realizan estudios, que incluyen una serie de análisis complementarios tanto al hombre como a la mujer, para la evaluación, diagnóstico y orientación a la pareja. En la actualidad, prácticamente todos los municipios del país cuentan con una consulta de atención a la pareja infértil, ubicada en uno de sus Policlínicos, contando con personal preparado para ello.

2. Nivel secundario o Consulta Multidisciplinaria de Infertilidad a nivel hospitalario: A este nivel se profundizan los estudios para diagnóstico del nivel primario. Se proyecta que en cada Provincia será creado un Centro de Reproducción Asistida de Baja Tecnología (RABT), que estará ubicado en un Hospital General o Gineco-obstétrico.

²⁵ Vid. Ley No. 116/2013 Código de Trabajo en GO Extraordinaria No. 29 de 17/6/2014.

²⁶ Vid. Decreto No. 326/2014 Reglamento del Código de Trabajo en GO Extraordinaria No. 29 de 17/-6/2014.

²⁷ Vid. Artículo 2 inciso i del Código de Trabajo.



3. Nivel terciario o Servicios de Infertilidad: correspondiente a los Centros de Reproducción de Alta Tecnología (RAAT) de alta tecnología, como el hospital Holguinero Vladimir I. Lenin, Gustavo Aldereguía Lima, en Cienfuegos, y los centros capitalinos Ramón González Coro, América Arias, Hermanos Ameijeiras. Sólo en ese nivel pueden aplicarse soluciones avanzadas como la fertilización *in vitro* (FIV), la inclusión citoplasmática (ICSI), el abordaje quirúrgico por factor masculino severo y la donación de óvulos (ovodonación). A este nivel se reanaliza cada caso, a las parejas que lo requieran se les realizarán los estudios necesarios para confirmar o completar el diagnóstico y tratamiento (por ejemplo, estudio de posibles causas inmunológicas).

7. ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE SU REGULACIÓN EN CUBA. DESAFÍOS PARA UNA SOCIEDAD HETEROGÉNEA

Se considera que el vínculo que engendra la filiación genera una serie de efectos que irradian todo el campo del Derecho, desde la determinación de los apellidos, los derechos asociados al *status* de ciudadano, la obligación de los padres de proveer el adecuado desarrollo de los menores, proporcionar alimentos hasta los derechos sucesorios. Actualmente la maternidad y la paternidad no siempre devienen del hecho biológico de la procreación. Por ello existen padres y madres también por adopción o por utilización de TRHA. Ahora, respecto a la voluntad de determinar quién sea el padre; en las TRHA se sustituye el factor biológico por el volitivo, eligiendo la fuente del material genético determinado por el usuario. Como resultado de esa voluntad procreacional se constituyen hoy diferentes tipos de familias: familias homoparentales constituidas por dos padres o por dos madres; familias monoparentales, familias heterosexuales. Y es esta cosmopolita sociedad lo que impone nuevos retos a la comunidad jurídica, pues todos son seres humanos y les ampara el derecho de fundar una familia. Incluso traspasa las fronteras de las relaciones jurídicas familiares para encontrar su fundamento iusfilosófico en la dignidad del ser humano para determinados tipos de familias. A partir de aquí se provocan problemas en cuanto a la determinación de los vínculos paterno-filiares y de todos los efectos jurídicos que ello provoca. Estos efectos también se trasladan, como se ha explicado, a la esfera laboral. Al revisar la normativa laboral²⁸ y la Ley de la Maternidad cubana²⁹, es posible percatarse que existe una protección a la trabajadora en lo concerniente a la maternidad, estas normas jurídicas cumplen con

²⁸ Vid. Capítulo IV del Código de Trabajo (artículos 59-63) y Reglamento del CT, Decreto No.326/2014 (artículos 84-85)

²⁹ Vid. Artículo 6 del Decreto Ley No. 339/2017 que establece que se entiende por:

a) Licencia por maternidad pre y posnatal: es la suspensión de la relación de trabajo de la madre con carácter obligatorio, para garantizar su descanso ante la proximidad del parto, así como para su recuperación posterior y la atención del menor; es retribuida o no, en correspondencia con el cumplimiento de los requisitos establecidos en este Decreto Ley; comprende las seis (6) semanas anteriores al parto y las doce (12) posteriores a este;

los elementos esenciales de la protección de la maternidad en el trabajo: el empleador debe crear y mantener condiciones de trabajo para la mujer; la trabajadora gestante que por prescripción médica no puede permanecer en el cargo por considerarse perjudicial al embarazo, recibe la protección que establece la legislación de la maternidad; la trabajadora gestante, cualquiera que sea la actividad que realiza, está en la obligación de cesar en sus labores en los términos y condiciones que establece la legislación específica; durante el embarazo y posterior al parto, la trabajadora tiene derecho a disfrutar de licencia retribuida en la forma y cuantía establecidas respecto a la maternidad de la trabajadora para el régimen general o los especiales de seguridad social.

Sin embargo, en las normativas nada se refiere sobre la protección a las trabajadoras que no pueden tener hijos espontáneamente y deben recurrir a los procedimientos requeridos para lograr este fin³⁰, y que deben ausentarse por estas razones de su centro laboral, y como toda problemática social a la que el Estado dedica especial atención, la implementación de las Técnicas de Reproducción Asistida en Cuba requiere de un mecanismo de tratamiento legislativo e institucional, que lo organice y haga efectivo.

En virtud de la utilización de las TRHA debemos ampliar la concepción tradicional sobre la maternidad y la filiación con el objetivo de proteger los derechos reproductivos y sexuales garantizando el libre desarrollo de la personalidad humana. Por ello se debe reconocer y respetar la voluntad de cada ser humano de procrear mediando o no las TRHA. No solo como alternativa a la infertilidad o la esterilidad sino también producto a condicionamientos personales y sociales como: el desarrollo profesional, la decisión de fundar familias monoparentales y homoparentales, enfermedades de transmisión sexual, cáncer, entre otras.

En el ámbito laboral no se debe obviar la finalidad tutiva y protectora de esta rama del Derecho como principio general que lo informa. Por tanto, la normativa debe interpretarse en plena correspondencia con este principio y los derechos fundamentales reconocidos pues la Constitución es fuente formal del

b) prestación económica: es la cuantía que percibe la madre durante el período de licencia retribuida por maternidad pre y posnatal;

c) prestación social: es la cuantía que se otorga a la madre, padre o familiar a quien se encargue el cuidado del menor al vencimiento de la licencia posnatal y hasta que este arribe a su primer año de vida. Las cuantías de estas prestaciones mensuales no pueden ser inferiores al salario mínimo vigente en el país; de ser así, se elevan hasta dicha cuantía.

³⁰ No existe una disposición normativa con rango de Ley que se haya dedicado a la materia en cuestión. Existe una resolución del Ministerio de Salud Pública, la N°61/2014, que regula el procedimiento excepcional para la aplicación de la ovodonación, reconociendo a la misma como una técnica de reproducción asistida de alta complejidad. La misma, establece una definición del procedimiento en la que incluye la calificación del tratamiento como una técnica excepcionalísima, donde la donante para el procedimiento puede ser familiar o anónima y la paciente receptora debe estar integrada al servicio de Reproducción Asistida del Sistema Nacional de Salud.

Derecho del Trabajo. En el caso de la Constitución cubana se evidencia un reflejo de los derechos reproductivos y sexuales y la obligación estatal de garantizarlos. Por ello se deben crear mecanismos jurídicos-laborales que evidencien como se reconoce, se promueve, garantiza y respeta los preceptos constitucionales. Debe ser protegida la mujer trabajadora en el proceso de preconcepción sobre la base de la reproducción artificial ya que en virtud de la regulación existente no hay manifestación efectiva.

Una alternativa podría ser extender el alcance de protección de la Ley de Maternidad con la que contamos en aras de ofrecer resguardo a los derechos laborales ya reconocidos durante el proceso de aplicación de las TRHA. Nos referimos específicamente a percibir una remuneración económica durante el tiempo en que encuentra sometida a estos procedimientos médicos, a exceptuarse por motivos justificados a la jornada laboral sin afectaciones del salario ni que conlleven a una culminación de su contrato de trabajo que lesionen el derecho al trabajo como derecho constitucional. Ello posibilita que se cumpla con los indicadores que garanticen el empleo digno, no solo desde normativas jurídicas, sino desde políticas públicas eficientes en la materia que garanticen el correcto funcionamiento de instituciones y la concientización de empleadores.

También se puede ofrecer una reinterpretación de las licencias retribuidas por maternidad (específicamente las pre natales), y sustentando esta posibilidad, no en el hecho de encontrarse ya la trabajadora en el período gestacional, sino en la intención de materializar ese deseo. Debe, por tanto, la licencia anticiparse al embarazo y otorgarse cuando la persona informa a su empleador que se someterá de manera individual o junto a su pareja si la tiene a un tratamiento de infertilidad. También deben involucrarse valores tales como la solidaridad y la comprensión hacia la trabajadora o el trabajador pues estos procesos tienen costos físicos, emocionales y económicos como la decepción, la incertidumbre, la depresión ante no lograr el objetivo; todo lo cual puede provocar un bajo rendimiento en cuanto a las obligaciones laborales, de ahí que sea tan importante el pensar en una licencia preconcepción.

Resulta fundamental asimilar los cambios que se están produciendo en la percepción social de los roles de los progenitores, así como los estereotipos predominantes. Por ello debemos hablar de las licencias de paternidad pues las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar interesan tanto a los hombres como a las mujeres. Si bien en nuestro país se hace alusión a las licencias no retribuidas a los padres, no se refiere tampoco al período preconcepción mediante la reproducción artificial.

Ante todo, se deben prevenir y eliminar la discriminación contra las mujeres y los hombres con responsabilidades familiares derivadas de la necesidad personal de concebir artificialmente, y protegerlos en su relación de trabajo ante las arbitrariedades que puedan generarse. La falta de garantías formales de estos derechos podría provocar situaciones de indefensión hacia los trabajadores de cara a los poderes de dirección y control del empleador. Al no establecerse en ley y ante la necesidad práctica de ausentarse, llegar tarde, requerir tratamiento durante el proceso de utilización de estas técnicas pueden provocarse situaciones injustas que se consideran legales. Se considera primordial crear una cultura favorable en el lugar de trabajo y que los procesos de utilización de las técnicas de reproducción humana asistida se inserten en la dinámica laboral poniendo a disposición de los trabajadores opciones de conciliación de su empleo con el deseo de ser padres o madres. Sobre todo, que estas opciones se positiven y se conviertan entonces en garantías de los derechos de los trabajadores, que funcionen como armas de defensa.

8. CONCLUSIONES

Los avances científicos influyen en gran medida en las relaciones jurídicas laborales por lo que se hace necesario la adecuación de los preceptos legales a los nuevos cambios que impone la Ciencia, la Medicina y la Tecnología. Las TRHA son una evidencia fehaciente de esta realidad. Resulta evidente a partir de la normativa internacional relacionada con la TRHA que se hace necesario las limitaciones a la reproducción artificial en aras de evitar la comercialización de material genético con fines lucrativos. Además, se debe adecuar la concepción que existe sobre la maternidad en Cuba a la alternativa de procreación con la que contamos por medio de las TRHA, en aras de proteger la salud reproductiva y el desarrollo integral de los trabajadores.

En el ámbito laboral se considera inminente la correcta regulación jurídica de estos procedimientos para evitar actuaciones arbitrarias del empleador que lesionen los derechos laborales y reproductivos de los trabajadores; ofrecer alternativas de licencias, no afectar económicamente al trabajador durante el proceso de procreación artificial. En Cuba a pesar de existir programas y políticas públicas en aras de proteger a la pareja infértil no contamos con una normativa jurídica laboral que protejan estas prácticas de preconcepción lo cual desampara al trabajador ubicándolo en un estado de indefensión.

9. BIBLIOGRAFÍA

- ARÁMBULA REYES, A (2008). Maternidad subrogada. México: Ediciones B.

- CAMPOS VARGAS, G. (2012) Implicaciones éticas, legales, religiosas y socioeconómicas de la fecundación in vitro en la Salud Reproductiva de Costa Rica. Revista Enfermería Actual en Costa Rica, disponible en: <<http://www.revenf.ucr.ac.cr/vitro.pdf>> (consultado el 16 de octubre de 2019)
- COLECTIVO DE AUTORES (2017). El acceso a las técnicas de reproducción asistida como una garantía de los Derechos Sexuales y Reproductivos: la jurisprudencia de la Corte Constitucional a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Revista Justicia* No. 31, enero-junio.
- COOK, R. J; DICKENS, B. M Y FATHALLA, MAHMOUD F (2003) Salud reproductiva y derechos humanos: integración de la medicina, la ética y el derecho.
- DEL CARMEN VALDÉS DÍAZ, C. (2017) El acceso a algunas técnicas de reproducción humana asistida: “Crónica de una vida anunciada”. México: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla No.39 enero-junio.
- DURAND CARRIÓN, J. (2009) Las Técnicas de Reproducción Asistida y su Regulación, Un reto para el Derecho, al Ciencia y la tecnología. San Martin, Tesis destinada a obtener el Doctorado en Derecho por la Universidad Particular de SanMartin de Porres, disponible en:<<https://riunet.upv.es/bitmigracion.ucm.es/info/medlegal/5%20Escuelastida.pdf?s>>(consultado el 16 de octubre de 2019)
- GIL, M. (2016) Reproducción asistida: antecedentes y legislación. La ley que amplía derechos de toda persona a la paternidad o maternidad (2016), *Revista digital UNIDIVERSIDAD* (14 de mayo)
- Glosario de Terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted
- La Familia monoparental, disponible en: <<http://dialnet.unirioja.es>> (consultado el 16 de octubre del 2019)
- Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) Traducido y Publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida en 2010 © Organización Mundial de la Salud 2010 en:<https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/>.
- PÉREZ FUENTES, G. (1997). Algunas reflexiones jurídicas sobre el tema de la esterilidad y las técnicas de reproducción asistida. Cuadernos de Bioética
- Pérez González, A. (2016) Homoparentalidad, un nuevo tipo de familia. Santiago de Chile: Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.
- Sociedad Española de Fertilidad (SEF). Saber más sobre Fertilidad y Reproducción asistida, Madrid, disponible en:<www.sefertilidad.com>, consultado el 15 de octubre del 2019.

- TURNER SAEZLER. (2001) Los derechos sexuales y reproductivos y su incidencia en la esterilización y la procreación asistida, *Revista de Derecho*, Vol. XII, No.2.
- VIAMONTES GUILBEAUX, E. (2005). Derecho Laboral Cubano, Teoría y Legislación, Tomo I. La Habana: Editorial Félix Varela.
- ZALDÍVAR MARRÓN, S. (2017) Presupuestos iusfilosóficos para la regulación de las técnicas de reproducción asistida en Cuba. La Habana: Tesis presentada en opción al título de Licenciado en Derecho; Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

Normas Jurídicas

- Constitución de la República de Cuba, publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5 de 2019.
- Código Civil y Comercial de Argentina
- Ley No. 116/2013 Código de Trabajo publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 29 de 17 de junio de 2014.
- Decreto 326, Reglamento del Código de Trabajo GO Ext No.29 17/06/2014
- Argentina, Ley 26.862-Reproducción médicamente asistida y reglamentación, disponible en: <www.msal.gob.ar>, consultado el 1 de noviembre del 2019
- Decreto No. 326 Reglamento de la Ley. No 116/2013 Código de Trabajo publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 29 de 17 de junio de 2014.
- Decreto Ley No. 339 “De la maternidad de la trabajadora”, publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 7 de 10 de febrero de 2017.
- Convenio 3 de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1919.
- Convenio 103 de la OIT sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1952.
- Convenio 183 de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 2000.
- Convenio de Oviedo-Bioética, disponible en: <www.bioeticanet.info>, consultado el 1 de noviembre del 2019.

Otros Documentos

- Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución para el Período 2016-2021.
- Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, disponible en: <<http://portal.unesco.org>>, consultado el 1 de noviembre del 2019.
- “Declaración de Bioética de Gijón”, disponible en: <<http://www.sibi.org/es/12-declaraciones/68-declaracion-bioetica-de-gijon.html>>, consultado el 1 de noviembre del 2019.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre la Clonación Humana”, disponible en <<http://www.bioeticaweb.com>>, consultado el 1 de noviembre del 2019.

- “Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos” disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=13178&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.htm l>, consultado el 1 de noviembre del 2019.

Artigo recebido em: 11/07/2020
Artigo publicado em: 14/12/2020



A RESPONSABILIDADE PENAL DO EMPREGADOR PELO NÃO REPASSE DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DOS EMPREGADOS

Aline Araujo Avelino¹

RESUMO

No presente trabalho, teve como objetivo analisar a responsabilidade penal do empregador e o crime de apropriação indébita previdenciária, previsto no Código Penal Brasileiro, tendo em vistas a grande recorrência observada no campo empresarial, onde, há uma considerável parcela de empregador que desconta do salário de seus empregados o valor das contribuições sociais e, mesmo assim, não faz o repasse desses valores para a Previdência Social, causando prejuízos aos empregados, no momento de requerer seus benefícios previdenciários garantidos constitucionalmente. Para sustentar a hipótese levantada, utilizou-se a metodologia de revisão bibliográfica, com o apoio da legislação, da jurisprudência, bem como da doutrina disponível para a conclusão.

PALAVRAS CHAVES: Responsabilidade penal; Empregador; Contribuições Previdenciárias; Apropriação Indébita;

RESUMÉN

En el presente trabajo, tuvo como objetivo analizar a la responsabilidad penal del empleador y el delito de apropiación indebida de la seguridad social, previsto en el Código Penal brasileño, en vista de la gran recurrencia observada en el campo de las empresa, donde hay una parte considerable de empleador que deduce del salario de sus empleados el valor de contribuciones sociales y, aun así, no transfiere estos montos a la Seguridad Social, causando pérdidas a los empleados, cuando reclaman sus beneficios de seguridad social garantizados constitucionalmente. Para apoyar la hipótesis planteada, se utilizó la metodología de revisión de la literatura, con el apoyo de la legislación, la jurisprudencia, así como la doctrina disponible para la conclusión.

PALABRAS CLAVES: Responsabilidad penal; Empleador; Contribuciones a la Seguridad Social; Apropiación indebida;

¹ Trabalho de Conclusão do Curso, sob a orientação da professora Cristiane Dupret Felipe Pessoa, apresentado, pela discente à Faculdade Estácio de Sá, Unidade Salvador – Bahia, como requisito parcial à formação no Curso de Bacharel em Direito, - E-mail: alineavelino@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Aprovada pelo governo Getúlio Vargas, por meio do Decreto-Lei nº 5.452, a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT (1943), passou a disciplinar as relações entre empregador e empregado, de modo a permitir um regramento de controle, já que o trabalhador, na época se mantinha e, ainda, se mantém em condições de desigualdades em relação ao empregador por ser considerada a parte mais vulnerável na relação de trabalho sob o aspecto econômico e diretivo empresarial.

A norma trabalhista prevê uma série de obrigações a ser exercida pelo empregador em reação ao empregado, como pagar salário, pagar as gratificações e abonos, pelos serviços prestados. Condicionado a essas obrigações, permite ao empregador estabelecer normas de condutas a ser cumprido pelos empregados no ambiente de trabalho, o que denominamos o poder diretivo do empregador.

Além disso, as normas trabalhistas preveem várias responsabilidades do empregador em relação aos empregados, como por exemplo, cuidar pelas normas de higiene e saúde do trabalhador, efetuar descontos permitidos no salário, como FGTS, Vale Transporte, Faltas injustificadas, Imposto de Renda, Contribuições Previdenciárias, entre outros.

Para melhor ilustrar, o empregador estar obrigado a efetuar os descontos mensais do salário do empregado, sendo, ele, responsável pelo repasse desses valores ao governo nas datas previstas em cada legislação, sob pena de ser responsabilizado pelo não cumprimento da obrigação.

Sabe-se que o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS é um desconto realizado todo mês da remuneração do empregado pelo empregador, sendo depositado em uma conta vinculada do FGTS em nome do empregado para posterior utilização pelo próprio empregado.

Já o Imposto de Renda, também, descontado da remuneração do empregado desde que obedeça ao limite estabelecido para o desconto pelo governo Federal. Nesse caso, só será descontado do empregado cujo o valor salário anual esteja acima do limite estabelecido e não abarca a todos os grupos de empregados pois, terão que está com a faixa salarial prevista pelo governo.

Diferentemente das Contribuições Previdenciárias, que abrange a toda a categoria de empregados de modo que todos devem contribuir para a previdência social como forma de manutenção do custeio dos benefícios previdenciários.

Tanto para o FGTS, o Imposto de Renda e para as Contribuições Previdenciárias, o empregador, atua como Responsável Tributário, pois, o empregador, realiza os descontos e ele mesmo faz o repasse desses valores retidos na folha salarial mensal do empregado.

Desse modo, o presente trabalho será delimitado no contexto das Contribuições Previdenciárias do empregado, que ora, é retida pelo empregador, na qualidade de Responsável Tributário.

Por isso, convém averiguar quais são impactos negativos causaria ao empregado em decorrência da ausência do repasse das contribuições previdenciárias pelo empregador? A responsabilidade tem alcance apenas à pessoa jurídica ou atinge os sócios da pessoa jurídica? Quais são as penalidades previstas na legislação penal, aplicável ao empregador quando este retém a contribuição previdenciária do empregado e não repassa a previdência social? Em qual momento são cabíveis o perdão judicial e a extinção da punibilidade?

Assim, terá como objetivos analisar a responsabilidade do empregador e os prejuízos causados ao empregado pelo não repasse das contribuições previdenciárias; demonstrar as consequências jurídicas cabíveis contra o empregador; tipificar o crime de apropriação indébita previdenciária.

A metodologia empregada no presente trabalho será o da revisão bibliográfica, com o apoio da legislação, da jurisprudência, bem como da doutrina, de modo que possa fundamentar os argumentos questionados.

2. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

As contribuições sociais são destinadas a estimular a seguridade social, sendo assim o conjunto de ações de iniciativa do Poder Público e da sociedade, com o intuito de assegurar direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, denominada pelo direito tributário de contribuições sociais.

Tais contribuições destinam-se ao custeio da previdência social, conforme art. 195 da Constituição Federal de 1988:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

§ 1º - As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União.

§ 2º A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos.

§ 3º A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

§ 4º A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.

§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

§ 6º As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, "b".

§ 7º São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

§ 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei.

§ 9º As contribuições sociais previstas no inciso I do **caput** deste artigo poderão ter alíquotas diferenciadas em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão de obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho, sendo também autorizada a adoção de bases de cálculo diferenciadas apenas no caso das alíneas "b" e "c" do inciso I do **caput**.

§ 10. A lei definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos.

§ 11. São vedados a moratória e o parcelamento em prazo superior a 60 (sessenta) meses e, na forma de lei complementar, a remissão e a anistia das contribuições sociais de que tratam a alínea "a" do inciso I e o inciso II do **caput**.

§ 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do **caput**, serão não-cumulativas.

§ 13. (Revogado).

§ 14. O segurado somente terá reconhecida como tempo de contribuição ao Regime Geral de Previdência Social a competência cuja contribuição seja igual ou superior à contribuição mínima mensal exigida para sua categoria, assegurado o agrupamento de contribuições.

A lei nº 8.212/91, que estabelece o sujeito ativo, base de cálculo e alíquota que diferenciava conforme se tratasse de contribuição destinada ao custeio da seguridade social (gênero) ou de contribuição previdenciária (espécie).

As contribuições sociais para o financiamento da seguridade social que não fossem da espécie previdenciária tinham como sujeito ativo a *União*, que, por intermédio da Secretaria da Receita Federal, deveria arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento, de acordo com o art. 33 da lei nº 8.212/91:

Art. 33. À Secretaria da Receita Federal do Brasil compete planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais previstas no parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições incidentes a título de substituição e das devidas a outras entidades e fundos.

Com o advento da lei nº 11.457, de 16.03.2007, tornou a União o sujeito ativo de todas essas contribuições sociais.

Portanto, o sujeito passivo é o devedor, isto é, o que tem a obrigação de pagar, que no caso, o empregador, já que ele retém os valores de seus empregados.

3. A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO EMPREGADOR

Com a responsabilidade tributária, surge a sujeição passiva indireta, que decorre de um fenômeno de transferência, pelo qual o dever de cumprir a obrigação se desloca do contribuinte para o responsável que deva assumir esse papel.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2017), a responsabilidade no âmbito civil:

“A responsabilidade civil tem, pois, como um de seus pressupostos, a violação do dever jurídico e o dano. Há um dever jurídico originário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo ou secundário, que é o de indenizar o prejuízo”

Por seu turno, nos termos do art. 186 do Código Civil, a responsabilidade é:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

A responsabilidade só pode ser atribuída mediante lei, e não por qualquer forma de analogia, aproximação ou outro critério subjetivo. O art. 128 do Código Tributário Nacional, estabelece as diretrizes gerais da responsabilidade tributária, nos seguintes termos:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

A substituição surge da própria ocorrência do fato jurídico e traz para o polo passivo da obrigação a figura do substituto tributário, enquanto o contribuinte original passa à condição de substituído.

No entender de Heleno Tórres (2001) tem-se que, nos casos em que há atribuição de responsabilidade, inexistente qualquer espécie de transferência do dever jurídico, com o afastamento do contribuinte da obrigação principal. Segundo o autor, o contribuinte pertence à relação tributária, ainda que a lei chame um terceiro para, compulsoriamente, liberá-lo da relação.

Das análises, a partir dos conceitos de responsabilidade no direito civil e direito tributário, o empregador comete ato ilícito ao recolher e não efetuar o pagamento, causando danos ao empregado, como por exemplo, no momento de requerer algum benefício previdenciário.

Portanto, os trabalhadores, inclusive os avulsos e domésticos, também contribuem para o sistema social de previdência, com descontos sobre o montante das respectivas remunerações, que devem ser retidos pelos empregadores e repassados para o poder público, sob a égide da responsabilidade tributária, o que significa que a não observância de tal obrigação implica, inclusive, o crime de apropriação indébita.

4. A RESPONSABILIDADE PENAL DO EMPREGADOR

Os direitos sociais que estão previstos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, visam à redução das desigualdades sociais e regionais. Portanto, a previdência social encontra-se no rol do dispositivo composta pela saúde, pela assistência social e pela previdência social. Trata-se de uma iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, a fim de assegurar os direitos que são destinados à saúde, à previdência e a assistência social. São normas de proteção social, destinadas a promover o necessário para a sobrevivência com dignidade, à efetivação do bem-estar, à redução das desigualdades, que conduzem à justiça social.

O crime de apropriação indébita previdenciária foi inserido pela lei n. 9.983/2000 no artigo 168-A do Código Penal, no qual refere-se a falta de cumprimento de repasse das contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional, para a previdência social.

Dessa forma, o Código Penal Brasileiro, assim dispõe:

Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I – recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;

II – recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.

§ 2º - É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

§ 3º - É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I - tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou

II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

§ 4º - A faculdade prevista no § 3º deste artigo não se aplica aos casos de parcelamento de contribuições cujo valor, inclusive dos acessórios, seja superior àquele estabelecido, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

Com base no Código Penal Brasileiro, aquele empregador que retêm as contribuições previdenciárias de seus empregados e não transfere os valores para o Poder Público, poderá ser responsabilizado pelo crime de Apropriação Indébita Previdenciária.

4.1. Apropriação Indébita Previdenciária

O Art. 168-A, do Código Penal Brasileiro diz que:

Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I - recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;

II - recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.

§ 2º - É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

§ 3º - É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I - tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou

II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

§ 4º A faculdade prevista no § 3º deste artigo não se aplica aos casos de parcelamento de contribuições cujo valor, inclusive dos acessórios, seja superior àquele estabelecido, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

A apropriação indébita previdenciária trata-se de um crime formal em que a lei descreve uma ação e um resultado, dando-se a consumação no momento da ação.

O objeto jurídico é o patrimônio da Previdência Social, pois o empregador faz os recolhimentos das contribuições e não repassa para a previdência. Já o objeto material consiste nos valores das contribuições recolhidas dos segurados, sendo assim, o empregador praticando delito omissivo próprio no qual deve agir e, caso não o faça, incorre no delito de apropriação indébita previdenciária.

O sujeito ativo é aquele que tem o dever de recolher a determinada quantia do contribuinte e assim repassá-la a previdência social. Já o sujeito passivo é o Estado, especificamente o Instituto Nacional do Seguro Social (Inss).

A ação penal é pública incondicionada, pois o Estado é o titular do direito no qual é oferecida por meio de denúncia e somente pode ser proposta pelo Ministério Público Federal, com possibilidade de assistência por parte do Instituto Nacional do Seguro Social.

O tipo objetivo consiste na conduta de “deixar de repassar”, portanto não é feita a obrigação. O tipo subjetivo é o dolo, acrescido de a vontade livre e consciente do agente apropriar-se dos valores de que tem a posse.

Tal comportamento positivo do agente, consiste no *animus rem sibi habendi*, onde exige que o agente subtraia o bem para si ou para outrem. Portanto, indica que este crime pressupõe a intenção de manter a coisa em seu poder ou de repassá-la o terceiro de forma não transitória. Em contrapartida a decisão do STF, entende que não é necessário a comprovação de dolo específico para a comprovação do delito, vejamos abaixo:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO

INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL.

ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO (*ANIMUS REM*

SIBI HABENDI). IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGAÇÕES. ORDEM DENEGADA. 1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que para a configuração do delito de apropriação

indébita previdenciária, não é necessário um fim específico, ou seja, o *animus rem sibi habendi* (cf., por exemplo, HC 84.589, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 10.12.2004), ‘bastando para nesta incidir a vontade livre e consciente de não recolher as importâncias descontadas dos salários dos empregados da empresa pela qual responde o agente’ (HC 78.234, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ* 21.05.1999). No mesmo sentido: HC 86.478, de minha relatoria, *DJ* 07.12.2006; RHC 86.072, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* 28.10.2005; HC 84.021, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 14.05.2004; entre outros. 2. A espécie de dolo não tem influência na classificação dos crimes segundo o resultado, pois crimes materiais ou formais podem ter como móvel tanto o dolo genérico quanto o dolo específico. 3. *Habeas corpus* denegado.”

5. A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE E O PERDÃO JUDICIAL

Havendo a prática da infração penal, surge para o Estado o direito de punir, portanto, a punibilidade que significa a possibilidade jurídica do Estado impor sanção ao autor do delito. Porém, o legislador elenca uma variedade de causas subsequentes que extinguem tal punibilidade, impossibilitando a imposição da pena. O art. 107 do Código Penal enumera algumas causas dessa natureza:

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

- I - pela morte do agente;
- II - pela anistia, graça ou indulto;
- III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;
- IV - pela prescrição, decadência ou perempção;
- V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;
- VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;
- VII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)
- VIII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)
- IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

Para Damásio de Jesus (2011), “perdão judicial é o instituto pelo qual o juiz, não obstante comprovada a prática da infração penal pelo sujeito culpado, deixa de aplicar a pena em face de justificadas circunstâncias”.

Previsto no art. 107, IX do Código Penal, o perdão judicial é cabível somente nas hipóteses previstas em lei, como vemos abaixo:

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

Presentes um dos requisitos, o magistrado estará obrigado a concedê-lo, tratando-se de direito subjetivo do réu, e não mera faculdade do julgador. No entanto, o perdão judicial não precisa ser aceito pelo réu para a extinção da punibilidade.

5.1 Extinção da Punibilidade

Há possibilidade da extinção da punibilidade do crime se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias e valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

A punibilidade se extingue com o pagamento do montante integral do débito, sem restrições, de modo que pode ocorrer a qualquer tempo, ou seja, mesmo após o recebimento da denúncia.

O parcelamento da dívida é mera causa de suspensão da pretensão punitiva estatal, durante o período em que o devedor estiver incluído no programa (PAES).

No entanto, a jurisprudência tem aceitado a aplicação desta causa suprallegal de exclusão de culpabilidade na hipótese de dificuldades financeiras extremas da empresa, que se busca, por meio da conduta do agente, é evitar a extinção de empregos e manter a empresa em funcionamento.

Segundo o entendimento do TRF da 2º Região:

PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUITA DIVERSA. COMPROVAÇÃO DE DIFICULDADES FINANCEIRAS DA EMPRESA. ÔNUS DA DEFESA. AUSÊNCIA DE PROVA INCONTESTE.

1. O delito previsto no art. 168-A, do Código Penal configura-se como crime omissivo próprio ou puro, consumando-se quando o responsável tributário, embora tenha deduzido a contribuição social dos salários dos contribuintes de fato, deixa de repassá-la à Previdência Social no prazo legal. A doutrina e a jurisprudência pátrias reconhecem como um dos pressupostos dos crimes omissivos a existência da possibilidade física de agir, sendo necessário, para que a omissão seja penalmente relevante, que o agente se abstenha de praticar uma conduta imposta pela norma, quando lhe era possível agir, ficando a atipicidade condicionada à comprovação da impossibilidade física de cumpri-la. Tal impossibilidade, que pode tornar atípica a sua conduta, é ônus da prova do réu, conforme determina o art. 156, do CPP, a quem cabe demonstrar que a omissão no repasse das contribuições se deu em virtude de falta de

numerário, ou que, embora dito recolhimento lhe fosse possível, não lhe era exigível, pois comprometeria a sobrevivência financeira da empresa.

5.2. Perdão Judicial

Também há possibilidade de concessão de perdão judicial, consistente apenas na aplicação apenas da multa, ou, então, da não aplicação de pena alguma, atendendo os requisitos da primariedade e bons antecedentes do acusado, em duas hipóteses:

- a) O agente tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição previdenciária, inclusive acessórios;
- b) o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela Previdência Social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

Se a dívida for igual ou inferior a R\$10.000,00 (dez mil reais), o magistrado pode aplicar o perdão judicial e não haverá ação fiscal. Estamos diante da aplicação do princípio da insignificância, como causa suprallegal de exclusão da tipicidade, porque, se o próprio Estado considera a dívida como irrisória, não poderia considerar, contudo, a conduta do agente como penalmente relevante, em detrimento dos princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo analisar a responsabilidade penal do empregador e do crime de apropriação indébita previdenciária, previsto no Código Penal Brasileiro, em razão de recorrentes incidências de o empregador realizar as deduções dos salários de seus empregados e não fazer esses repasses a Seguridade Social.

Em decorrência da falta de repasse das contribuições previdenciárias, o empregado fica impossibilitado de ter acesso aos seus direitos sociais garantidos pela Constituição da República Federativa de 1988, nos seus artigos 6º e 7º, IV, no qual determina direitos dos trabalhadores que

visem à melhoria de sua condição social, onde encontra-se a seguridade social. Em suma, o empregado realiza contribuições mensais deduzidos de sua remuneração no qual o empregador é responsabilizado pelo repasse, a não contribuição gera o atraso da renda que é transferida ao trabalhador pela Previdência Social, que tem o intuito de substituição de renda quando o trabalhador perder a capacidade de trabalho, seja por: doença, invalidez, idade avançada, morte e desemprego involuntário, ou até mesmo na maternidade e a reclusão.

O fato de constar no contrato social que determinado sócio seria o responsável pela arrecadação e repasse das contribuições não é suficiente para condenar. Afinal, muitas vezes há uma delegação dessas funções a um contador ou a um administrador, sem que o sócio tenha conhecimentos técnicos suficientes para fiscalizar a atividade de seu contratado. Em consonância com o Tribunal Regional Federal da 1º Região, mesmo sendo o *sócio majoritário da empresa no período da apropriação indébita não acarreta a responsabilidade penal se comprovado que outorgou procuração a terceiro para exercer a gerência do estabelecimento comercial.*

Tal conduta, é considerada crime no Código Penal em seu art. 168-A, sendo condenado o empregador que poderá pegar uma pena de reclusão inicial de 2 (dois) anos, podendo chegar a 5 (cinco) anos, cumulativamente com multa estabelecida pelo magistrado.

Portanto, além penalidade o legislador elencou no art. 107 do Código Penal, modalidades de extinção da punibilidade dentre elas está o pagamento da contribuição previdenciária antes do início da ação fiscal (art. 168-A, § 2º, do CP). A lei nº 10.684/2003, em seu art. 9º, §2º, estabelece que a punibilidade é extinta com o pagamento do montante integral do débito, sem restrições, podendo ocorrer a qualquer momento, mesmo após o recebimento da denúncia.

Desta forma, a teor do art. 168-A do Código penal brasileiro, todo aquele empregador que deixar de repassar aos cofres da Previdência Social os valores que deveriam repassar mensalmente, poderá ser responsabilizado pelo crime de apropriação indébita previdenciária.

Por fim, e como recomendação ao Poder Legislativo Federal, sugere, a majoração da pena relativos aos crimes de apropriação indébita previdenciária, por meio de lei, como forma a dar maior efetividade ao cumprimento da obrigação tributária por parte do empregador, que se enquadre no referido crime, pois, a pena de reclusão de dois a cinco anos de reclusão, mais a multa, inda, é muito branda e que está contribuindo para aumentar os crimes desta natureza.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 de mai.2020

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848/1940, que dispões sobre o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 06 abr.2020.

BRASIL. Lei nº 10.406/2002, que dispõe sobre o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06 de abr.2020.

BRASIL. Lei nº 5.172/1966, que dispõe sobre Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 06 de abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 5.172/1966, que dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 13maio.2020

BRASIL. Lei nº 5.452/1943, que dispõe sobre a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 06 abr.2020.

BRASIL. Lei nº 8.212/1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212compilado.htm>. Acesso em: 13 de mai.2020.

BRASIL. Lei nº 11.457/2007, Dispõe sobre a Administração Tributária Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/L11457.htm>. Acesso em 13 de mai.2020.

BRASIL. Lei nº 10.684/2003, que dispõe sobre alteração da legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.684.htm>. Acesso em: 13 de maio 2020

CASTRO, C.A.P; LAZZARI, J.B. Manual de Direito Previdenciário. 23ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. - 18. ed. - São Paulo: Ltr, 2019

ESTEFAM, André. Direito penal esquematizado: parte geral / André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 1 : parte geral / Carlos Roberto Gonçalves. - 15. ed. - São Paulo : Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal Esquematizado: parte especial – 8. ed – São Paulo: Saraiva educação, 2018.

Jesus, Damásio de Direito penal, volume 1 : parte geral / Damásio de Jesus. — 32. ed. — São Paulo : Saraiva, 2011.

KERTZMAN, Ivan. Curso Prático de Direito Previdenciário. 18ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. Direito Previdenciário Esquematizado – 3. ed. de acordo com a lei nº 12.618/2012 – São Paulo: Saraiva, 2013

TÔRRES, Heleno Taveira. Substituição tributária — regime constitucional, classificação e relações jurídicas (materiais e processuais). *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, n. 70, 2001.



Artigo recebido em: 25/08/2020
Artigo publicado em: 14/12/2020



O JUS POSTULANDI FRENTE AOS DESAFIOS DA INFORMATIZAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Autores¹

Fernanda de Freitas Borges da Silva²

Igor Barreto da Costa³

Rabech Reis Fernandes⁴

Tatiane Emanuela Vasconcelos Aragão⁵

Virgínia de Brito Almeida da Silva⁶

RESUMO

Em um Estado Democrático de Direito o acesso à justiça de forma igualitária por todas as classes sociais é algo fundamental, assim, visando alcançar tal pretensão foi criado o instituto do Jus Postulandi, porém, a eficácia deste instituto só foi alcançada no contexto histórico e jurídico da sua criação. Assim, este artigo tem como objetivo apresentar a finalidade do Jus Postulandi e a sua incompatibilidade com o atual cenário da Justiça do Trabalho. Para tanto, utilizou-se como metodologia a pesquisa explicativa, baseada na análise histórica do Jus Postulandi, abordando sua relação com os princípios do Acesso à Justiça, da Simplicidade e da Informalidade; bem como na análise de dispositivos legais e de posicionamentos doutrinários acerca do tema. Ademais, discorre-se sobre o ingresso da parte desacompanhada de advogado à justiça do trabalho e a aplicação desta faculdade na atual dinâmica da Justiça do Trabalho diante da adoção do Processo Judicial Eletrônico (PJe-JT), sendo notado que a complexidade processual trabalhista inviabiliza o amplo acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVES: Jus Postulandi; Processo do Trabalho; PJE; Informatização; Princípios;

RESUMÉN

En un Estado Democrático del Derecho, el acceso a la justicia en igualdad de condiciones para todas las clases sociales es fundamental, por lo tanto, con el objetivo de lograr este reclamo, se creó el Instituto Jus Postulandi, sin embargo, la efectividad de este Instituto solo se logró en el contexto histórico y jurídico de su creación. Por lo tanto, este artículo tiene como objetivo presentar el propósito de Jus Postulandi y su incompatibilidad con el escenario actual de Justicia Laboral. Para este propósito, la metodología utilizada fue la investigación explicativa, basada en el análisis histórico de Jus Postulandi, abordando su relación con los principios de Acceso a la Justicia, Simplicidad e Informalidad; así como en el análisis de disposiciones legales y posiciones doctrinales sobre el tema. Además, analiza la entrada de la parte no acompañada de un abogado a la justicia laboral y la aplicación de esta facultad

¹ Trabalho realizado pelos discentes do Curso Bacharelado em Direito na Universidade do Estado da Bahia – UNEB – Campus XIII, vinculado ao componente curricular Direito Processual do Trabalho, sob a regência e orientação do professor Dr. José Araújo Avelino (E-mail: dravelino@hotmail.com).

² Fernanda de Freitas Borges da Silva – E-mail: fernandafreitas77@outlook.com

³ Igor Barreto da Costa – E-mail: barretocostaigor@gmail.com

⁴ Rabech Reis Fernandes – E-mail: rabech9@gmail.com

⁵ Tatiane Emanuela Vasconcelos Aragão – E-mail: tatimatosbvt@gmail.com

⁶ Virgínia de Brito Almeida da Silva – E-mail: vibrito.as@outlook.com

en la dinámica actual de la Justicia Laboral en vista de la adopción del Proceso Judicial Electrónico (PJE-JT), y señala que la complejidad del procedimiento laboral hace inviable amplio acceso a la justicia.

PALABRAS CLAVE: Jus Postulandi; Proceso de Trabajo; PJE; Informatización; Principios;

1. INTRODUÇÃO

O Jus Postulandi é um instituto processual que permite que a parte provoque o Poder Judiciário sem a necessidade de estar sendo representado por um advogado. Ao longo dos anos foi introduzido na Justiça do Trabalho e atingiu seu auge na Consolidação das Leis Trabalhistas, artigo 791, em 1943. Neste período, o perfil informal, oral e simples dos processos era compatível com esse instituto. Assim, desde o início da sua criação, há uma relação direta entre o Jus Postulandi e os princípios da Simplicidade e Informalidade.

Outrossim, este princípio também tende à privilegiar a ampla defesa e o contraditório, com o objetivo de dar a parte a oportunidade de se defender.

Sendo assim, normativamente, o Jus Postulandi facilita interposição do trabalhador ao judiciário, até porque no sistema jurídico não basta que as decisões sejam socialmente justas, é preciso que ele seja “[...] igualmente acessível à todos [...]” (CAPPELLETTI; GARTH, p.8, 1988).

Esta possibilidade de um trabalhador hipossuficiente pleitear a sua demanda sem advogado facilita o acesso à justiça e promove maior garantia de direitos. Ocorre que, as sucessivas modificações da Justiça do Trabalho, que incluem a complexidade dos tramites processuais, o tecnicismo da linguagem jurídica, a implantação de sistemas eletrônicos (PJE) e a falta de conhecimento dos direitos trabalhistas por parte do trabalhador, transtorna o caráter benéfico do Jus Postulandi ao permitir inferioridade processual daquele que o utiliza. Sendo assim, questiona-se: o Jus Postulandi tem de fato cumprido com a finalidade para a qual foi criado? Este trabalho buscará responder tal pergunta utilizando-se de pesquisas jurisprudenciais, textos de leis e posicionamentos doutrinários, que evidenciaram uma latente desigualdade processual na hodierna aplicação deste princípio.

2. CONTEXTO HISTÓRICO E CONCEITO DO JUS POSTULANDI

Os primeiros traços, ainda que superficiais, do Jus Postulandi surgiram no contexto da revolução industrial, com a indústria crescendo a todo vapor produzir mais tornou-se essencial, assim, mais mão de obra era necessária, fazendo com que o número de trabalhadores crescesse significativamente e juntamente com eles os conflitos trabalhistas entre empregado e empregador, visto que as condições de trabalho eram precárias e o empregador ocupava um lugar de opressor nessa relação, explorando até a exaustão os trabalhadores.


Ressalta-se que o Estado pouco intervinha nas relações trabalhistas o que fazia com que os trabalhadores não tivessem qualquer proteção.

Com o crescente embate entre empregador e empregado, formas de solução de conflitos foram criadas, principalmente na seara administrativa, o que fazia com que os advogados da época não se interessassem pelas causas. Além disso, acontecimentos históricos como a 1ª Guerra Mundial impulsionaram a criação de leis trabalhistas, já que o envio de milhões de trabalhadores para as trincheiras ao lado de soldados de outras classes sociais demonstraram a igualdade entre as partes componentes da sociedade. Isto é, para lutar e morrer, os homens eram todos iguais, portanto, deveriam ser iguais para o direito de viver (MARTINEZ, p.84, 2016).

Contudo, foi na Era Vargas, que as relações de trabalho sofreram significativas alterações e passaram a ser regulamentadas por normas estabelecidas pelo Estado, como uma forma de controle dos movimentos operários. Com o decreto n. 1939, Getúlio Vargas promulgou inúmeras leis trabalhistas, onde tais demandas encontraram solução no âmbito do judiciário, surgindo os primeiros fortes indícios do seria o Jus Postulandi. Para Luciano Martinez esta manobra estatal representou um engenho jurídico que legitimava a atuação dos setores opressores da sociedade.

Ademais, administrativamente, foram criadas formas de autocomposição como os Conselhos Permanentes de Conciliação e Arbitragem e Comissões Mistas de Conciliação e Juntas de Conciliação e Julgamento, os quais já traziam em sua formatação o instituto do Jus Postulandi como uma forma de facilitar o acesso do trabalhador na busca pelos seus direitos. “As Comissões Mistas de Conciliação julgava os dissídios coletivos, entretanto, as Juntas de Conciliação e Julgamento julgava os dissídios individuais os quais integravam como partes, os empregados e os empregadores” (MEDICO, 2019).

Outrossim, o Jus Postulandi também foi mencionado expressamente no art. 42 do Decreto Lei nº 1.237 em 1939, o qual Organizava a Justiça do Trabalho



“Art. 42- O reclamante e o reclamado deverão comparecer pessoalmente à audiência, sem prejuízo do patrocínio de sindicato ou de advogado, provisionado, ou solicitador inscritos na Ordem dos Advogados (BRASIL, 1939)”.

E em seguida no Decreto nº 6.596, de 12 de dezembro de 1940, *in verbis*:

“Art. 90- Os empregados e empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.
§ 1º- Nos dissídios individuais os empregados e empregadores poderão fazer-se representar por intermédio de sindicato, advogado, solicitador, ou provisionado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.
§ 2º- Nos dissídios coletivos é facultada aos interessados a assistência por advogado (BRASIL, 1940)”.

Segundo Bonfim (p. 105, 2008, apud ALVES, p.1, 2018), no período de 1946, o instituto do Jus Postulandi era compatível com o perfil célere, oral, concentrado, informal, simples e gratuito do processo trabalhista, sendo as demandas casos do cotidiano como: comentário na carteira de trabalho, ressarcimento por despedida injusta, horas extra, férias, dentre outras situações triviais.

Destarte, a figura do Jus Postulandi já se fazia presente antes da criação da Consolidação das Leis Trabalhistas. Contudo, é com a promulgação da CLT, através do Decreto Lei n. 5.452/43, que esse princípio foi consolidado no ordenamento, prometendo celeridade, informalidade, gratuidade e simplicidade para as demandas da época. Assim, a referida legislação trabalhista estabeleceu o instituto no art. 791: “Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final”, estando em vigor até os dias atuais.

Hodiernamente, o Jus Postulandi significa o direito de estar em juízo praticando todos os atos necessários ao desenvolvimento do processo. Tal princípio está intimamente ligado ao acesso à justiça, pois permite que a parte sem o auxílio de um advogado atue na sua demanda, principalmente, para aqueles que não possuem condições financeiras para ter tal assessoria jurídica.

3. O JUS POSTULANDI E OS DEMAIS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

3.1 O Jus Postulandi e o Acesso à Justiça

O acesso à justiça é e deve ser um direito de todos os brasileiros. Entretanto, a justiça nem sempre é algo tão simples e tão barato, assim, a fim de possibilitar o exercício desse direito foi criada a figura do Jus Postulandi.

Como já abordado, o Jus Postulandi é o princípio do direito processual do trabalho que surgiu em 1943 com a Consolidação das Leis do Trabalho, versando sobre a capacidade postulatória em matéria trabalhista. É de senso comum que a capacidade postulatória em nosso cenário nacional se restringe aos advogados devidamente registrados na Ordem dos Advogados do Brasil, entretanto o conceito de Jus Postulandi surgiu justamente para atender aqueles que não tinham como contratar advogados, ou que tivesse outros problemas em matéria postulatória. Destarte, o Jus Postulandi nasceu do princípio do acesso livre à justiça, estando positivado no artigo 791 da CLT.

Após a análise desse instituto que, em síntese, representa a igualdade de postular e o justo processo entre as partes, cabe o seguinte questionamento: o Jus Postulandi de fato permite essa igualdade? Muitas são as correntes e opiniões sobre tal fato entre os doutrinadores do direito do trabalho, mas uma chega ao quase consenso entre os estudiosos, que é: a diferença postulatória entre as partes.

É admirável a ideia de uma justiça livre, uma justiça que não se calca em advogados caros e de extrema complexidade em seu processo, é por isso que surgiu o princípio do Jus Postulandi, entretanto, essa visão ainda é utópica, pois não oferece de fato uma chance real à parte hipossuficiente nos processos, basta analisarmos a seguinte cena: de um lado um empregado, que foi demitido após testemunhar em um processo contra a empresa que trabalhava e não teve seus direitos devidamente respeitados e cumpridos pelo empregador, entra com o processo contra este, calcado no princípio do Jus Postulandi, sem um advogado, e assim move o processo até onde consegue sozinho; do outro lado esse mesmo empregador contrata o melhor escritório da cidade, que estuda todo o processo e têm amplo conhecimento na área do direito, buscando todas as saídas possíveis, esgotando o contraditório, diferentemente da parte hipossuficiente. Teria chance o empregado? O princípio do Jus Postulandi e do acesso livre à justiça realmente traz benefícios e democratiza de fato o acesso à justiça?

É claro que em um caso como o exposto anteriormente fica claro que só o instituto do Jus Postulandi não garante a equidade processual entre as partes, o fator econômico por si só não é anulado totalmente pelo instituto, e a parte hipossuficiente ainda sofre as desigualdades processuais.

3.2 O Jus Postulandi e o Princípio da Simplicidade

O direito do trabalho e seu processo versam sobre causas de natureza, na maioria das vezes, de caráter emergencial por se tratar de verbas trabalhistas, incluindo salários, que têm o caráter de subsistência pessoal e familiar. É desse ponto de partida que surge o princípio da simplicidade, visto que versa

sobre pautas tão importantes para a parte mais hipossuficiente da ação. O direito do trabalho e processual do trabalho tem por princípio a simplicidade, o qual tem o objetivo de tornar o processo trabalhista simples, acessível e rápido para que essas problemáticas sejam de pronto resolvidas, seria injusto, por exemplo, que o processo trabalhista fosse tão demorado e complexo quanto os das demais áreas do direito, como a cível, por exemplo.

3.3 O Jus Postulandi e o Princípio da Informalidade

Nesta mesma perspectiva de celeridade processual, o princípio da informalidade diz respeito à técnica nos processos trabalhistas e suas formas. Segundo esse princípio a técnica e a forma aplicadas nos processos trabalhistas devem ser sempre que possível as mais simples e céleres, em detrimentos de formas mais complexas e solenes que em muito podem atrasar e dificultar a resolução dos processos, tudo regido pela lei e pelo devido processo legal, devendo o princípio da informalidade ser aplicado sempre que possível.

Assim, os princípios da simplicidade e informalidade são princípios norteadores do direito processual trabalhista direcionados a favorecer a parte mais vulnerável do processo trabalhista, de modo que esses princípios estão intimamente relacionados ao Jus Postulandi, uma vez que garanti que atos processuais trabalhistas sejam feitos pela própria parte desacompanhada de advogado.

Portanto, esses princípios fazem do direito processual do trabalho, pelo menos em parte, mais democrático, fazendo com que a balança da justiça do trabalho diminua a desigualdade existente nos processos judiciais brasileiros.

4. O INGRESSO DA PARTE DESACOMPANHADA DE ADVOGADO À JUSTIÇA DO TRABALHO

O legislador, ao criar o instituto do Jus Postulandi, buscou efetivar o direito social fundamental ao acesso à justiça ao permitir que aqueles que não possuem condições de arcar com honorários advocatícios possam pleitear suas demandas sem um advogado. A Constituição Federal dispõe sobre este direito no art. 5º, XXXV: "A lei não retirará da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Ademais, sobre o Jus Postulandi conceitua Sérgio Pinto Martins (p.196, 2004 apud SOUSA, 2016):

“Uma locução latina que indica o direito de falar, em nome das partes, no processo, que diz respeito a advogado. No processo do trabalho, jus postulandi é o direito que a pessoa tem de estar em juízo, praticando pessoalmente todos os atos autorizados para o exercício do direito de ação, independentemente do patrocínio de advogado”.

Esta possibilidade, todavia, está limitada pela Súmula 425 do TST, a qual veda que a parte esteja desacompanhada por um advogado em ação rescisória, ação cautelar, mandado de segurança e recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho. Vejamos:

“JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ALCANCE. Res. 165/2010, DEJT divulgado em 30.04.2010 e 03 e 4/5/2010 – O jus postulandi das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o

mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho”.

Os legisladores restringiram a figura do Jus Postulandi às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho com a justificativa da complexidade. Segundo eles, as ações e recursos citados pela súmula 425 requerem processos com rito tradicional e advogados devidamente registrados.

Ressalte-se que o Jus Postulandi, embora frequentemente vinculado ao empregado, também abarca o empregador, conforme estabelece a alínea A do art. 839 da CLT, *in verbis*: “A reclamação poderá ser apresentada: a) pelos empregados e empregadores, pessoalmente, ou por seus representantes, e pelos sindicatos de classe”. Esta capacidade de reclamar não permite a equiparação entre Jus Postulandi e capacidade Postulatória, pois como bem esclarece Sérgio Pinto Martins esta “refere-se ao sujeito e aquele ao exercício do direito pela capacidade de estar em juízo”.

Cumpra-se frisar que há questionamentos acerca da recepção do Jus Postulandi no art. 133 da CF e no art. 1º da lei 8.906/94, que estabeleceu o Estatuto da OAB, já que, em ambas as leis, ressalta-se a necessidade do advogado. O art. 133 da Carta Magna estabelece: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Todavia o STF, no HC 67.390-2, considerou que a Constituição Federal não invalidou o Jus Postulandi como uma forma de facilitar a defesa e direitos da relação de trabalho. Ademais, no que se refere ao empasse com a legislação da OAB, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.127 ratificou a indispensabilidade do advogado à administração da Justiça, porém, afirmou que em alguns atos jurisdicionais a sua presença poderia ser dispensada.

Assim, embora haja posicionamentos que considerem o Jus Postulandi como uma violação a norma constitucional, o STF já estabeleceu o seu posicionamento a favor desse instituto.

Desta forma, compreende-se que o princípio do Jus Postulandi foi criado com o objetivo maior de atender a parte hipossuficiente, qual seja o empregado, entretanto pode-se questionar se o empregado consegue compreender a linguagem jurídica, haja vista que a aplicação do direito requer um tecnicismo cada vez mais refinado e uma pequena minoria detém este conhecimento, quais sejam: juristas e operadores do direito.

Além disso, diante da dinâmica deste instituto, surgem outras dúvidas: as partes sairiam de juízo necessariamente com direitos iguais? Caso algo postulado seja indeferido, como uma pessoa que não tem conhecimento técnico poderá perceber falhas ou vícios na sentença, a fim de poder recorrer em juízo? Infelizmente, as repostas revelam uma inferioridade processual assombrosa, como bem afirma o professor Mozart Victor Russomano:

“O resultado disso tudo é que a parte que comparece sem procurador, nos feitos trabalhistas, recai de uma inferioridade processual assombrosa. Muitas vezes o juiz sente que a parte está com o direito a seu favor. A própria alegação do interessado, entretanto, põe por terra sua pretensão, porque mal fundada, mal articulada, mal explicada e, sobretudo, mal defendida. Na condução da prova, o problema se acentua e agrava. E todos sabemos que a decisão depende do que os autos revelarem o que está provado” (Curso de Direito do Trabalho, 9ª edição, Curitiba: Editora Juruá, p. 207, 2003).

Portanto, a realidade demonstra que o Jus Postulandi legitima uma desigualdade processual, pois de um lado está o empregador acompanhado por competentes advogados e do outro o trabalhador sem conhecimento técnico jurídico suficiente para pleitear e acompanhar o processo. O resultado deste desequilíbrio são, muitas vezes, acordos prejudiciais, nos quais o trabalhador, acuado diante de sua desinformação, aceita propostas desfavoráveis. Por isso, presume-se que somente profissionais habilitados poderão acompanhar de forma eficaz todo o andamento processual e ter o conhecimento necessário para se manifestar nos autos, acompanhar prazos e garantir segurança jurídica ao trabalhador.

O Jus Postulandi, conforme os fatos históricos, foi criado em um período em que as demandas eram mais simples. Assim, a atual complexidade do âmbito trabalhista incompatibiliza o acesso da parte desacompanhada à Justiça do Trabalho. Isto é, como bem afirma Dayse Coelho de Almeida “[...] se do lado normativo o trabalhador encontra-se de todas as formas possíveis e imagináveis protegido, do lado processual foi abatido pelas pernas, impossibilitado de caminhar [...] se combate tudo neste país, menos a desinformação em relação aos direitos trabalhistas” (Boletim Jurídico, a. 1, nº 100, 2004).

5. A IMPLANTAÇÃO DO PJE (PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO) NA JUSTIÇA DO TRABALHO COMO OBSTÁCULO AO JUS POSTULANDI

É certo que com a globalização, a tecnologia ampliou seus horizontes estando cada vez mais presente em todos os âmbitos da sociedade, modernizando e facilitando a realização de atividades. Desta forma, o judiciário foi um dos ambientes no qual a implantação da tecnologia trouxe modernização, atribuindo mais celeridade, praticidade e eficiência a prestação jurisdicional.

Tal informatização foi possível com a Lei n. 11.419 de 2006, chamada de Lei do Processo Eletrônico, a qual inseriu no sistema judiciário os meios eletrônicos com o objetivo de maior celeridade na pacificação dos conflitos. A partir da promulgação dessa lei, novas resoluções foram aprovadas a fim de planejar, estruturar e organizar a informatização do Poder Judiciário.

A justiça do trabalho foi uma das pioneiras no processo de modernização, de modo que em 2012, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho editou a Resolução n. 94 instituindo o Processo Eletrônico Judicial da Justiça do Trabalho (PJe-JT), por meio do qual todos os atos processuais seriam realizados.

Nesse contexto, a criação dos sistemas eletrônicos no judiciário, a exemplo do PJe, permitiu que os processos fossem analisados e julgados mais rapidamente, facilitando o acesso e o acompanhamento dos atos processuais, promovendo segurança e economia de custos operacionais, orçamentarias e ambientais, fazendo com que o propósito dos princípios da simplicidade, informalidade, economia processual e da celeridade fossem melhor aplicados. Segundo, o renomado autor Leone Pereira, “[...] sempre que possível, os excessos do formalismo e da burocracia devem ser eliminados, na medida em que a busca da efetiva prestação jurisdicional e do acesso à ordem jurídica justa devem ser uma constante” (p. 84, 2016).

No mais, no que se refere ao âmbito da Justiça do Trabalho, os benefícios trazidos pela modernização e informatização não são diferentes dos já citados, porém, quando se busca a aplicação e efetividade do Jus Postulandi, a implantação do PJ-e revela-se como um obstáculo ao acesso à justiça, pois, ao passo que permite mais celeridade ao processo ele também afasta as pessoas que vão à Justiça do Trabalho sem a representação de um advogado, visto que o acesso e uso do PJ-e requer de quem o usa um

conhecimento técnico, o que muitas vezes essas pessoas não possuem, visto que, não raras vezes, são pessoas simples e hipossuficientes, com baixa escolaridade, ou seja, acaba afastando da tutela do Estado aqueles os quais se busca proteger.

Entre os obstáculos criados pela implantação do PJ-e está a exigência de certificado digital para que a parte possa protocolar qualquer petição; a obrigatoriedade de utilização de assinatura digital para ter acesso ao sistema, ou, no caso do Jus Postulandi, a necessidade de ser feita por intermédio de um servidor (art. 791, CLT), podendo apresentar as peças processuais e documentos em papel nos locais competentes para recebimento, que serão digitalizadas e juntadas aos autos eletrônicos, entre outros.

Assim, percebe-se que o acesso ao PJ-e ainda é muito restrito, uma vez que as exigências feitas para ter acesso ao sistema distancia a parte que faz uso do Jus Postulandi da justiça. Ademais, quanto aos servidores protocolarem as peças e documentos das partes que não tem acesso ao PJ-e é evidente a mitigação desse princípio, haja vista que a finalidade do Jus Postulandi é dar autonomia as partes, e nesse caso, acontece exatamente o oposto, visto que a parte depende da disponibilidade, e muitas vezes da boa vontade do servidor. Outro fator que impede a eficácia do Jus Postulandi é o acesso à internet, uma vez que, apesar de hoje grande parte da população ter acesso à internet, isso ainda não é uma realidade de todas as classes sociais.

Portanto, percebe-se que há uma mitigação do Jus Postulandi promovida pelo próprio PJ-e, prejudicando apenas aqueles que não são assistidos por advogado, de modo que é necessária a reformulação do sistema eletrônico, adaptando-o para que as pessoas que optarem por não ser representadas tenham acesso e saibam manusear o sistema.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Jus Postulandi surgiu como uma forma de garantir que a parte hipossuficiente de uma relação trabalhista possa pleitear a tutela jurisdicional dos seus direitos sem a necessidade de ser representada por um advogado, lhe permitindo adentrar no universo jurídico e ter o seu direito analisado, sem prejuízo da eficácia, legalidade e justiça através de uma justiça mais simples e informal. Ademais por se tratar de relações de trabalho, as quais são a principal forma de subsistência do ser humano, esses princípios norteadores são de fato louváveis, porém, o Jus Postulandi enfrenta inúmeros problemas para cumprir com a finalidade para qual foi criado.

Tais problemas são perceptíveis desde o contexto histórico da sua criação, no qual os conflitos trabalhistas eram de menor complexidade, ou seja, eram demandas mais simples que não exigiam do trabalhador extenso conhecimento técnico e jurídico para pleitear seus interesses, além disso, as demandas trabalhistas naquela época não tinha uma maior participação dos advogados, visto que eram demandas debatidas, em grande parte, na seara administrativa, sendo poucos os empregadores representados por advogados, o que equilibrava a situação.

Contudo, atualmente, as demandas trabalhistas possuem um nível de complexidade muito maior e a participação dos advogados nas causas trabalhistas é muito mais expressiva da que era inicialmente, de modo que o trabalhador fica desprotegido, pois necessita de um conhecimento jurídico que não possui e de uma representação pela qual optou não ter, enquanto o empregador, o qual já possui uma posição privilegiada em relação ao trabalhador está sendo representado por advogado. Dessa forma, o Jus Postulandi acaba promovendo uma desigualdade entre as partes na relação trabalhista.

Uma afirmação que pode surgir ao debater o princípio do Jus Postulandi e a possível desigualdade entre as partes, é a posição do juiz nessa relação, o qual tem a obrigação de saber o direito e conduzir todo o andamento dos atos processuais, de modo que o empregado não estaria em desvantagem ao optar por não ser representado por advogado, porém o juiz deve se manter imparcial, de modo que ele não poderia intervir no processo protegendo o interesse da parte como o advogado faria, desse modo o trabalhador estaria em uma posição desfavorável em relação ao empregador.

Ademais, vale destacar que o próprio TST ao editar a súmula 425 criando as limitações ao Jus Postulandi só reforça a ideia de que a parte que escolhe fazer uso desse princípio não possui conhecimento técnico e jurídico suficiente para exercer todos os atos processuais, visto que não poderá interpor recursos nem propor ação rescisória ou cautelar, bem como não poderá impetrar mandado de segurança. Destarte, observa-se que essa súmula vai contra a finalidade desse princípio, já que, levando em consideração a complexidade que as demandas trabalhistas foram adquirindo ao longo do tempo, se a parte tem conhecimento jurídico suficiente para postular nas instâncias iniciais, também terá para praticar todos os atos processuais, inclusive em sede recursal, até o trânsito em julgado da demanda.

Assim, essas limitações vão contra a finalidade para a qual o Jus Postulandi foi criado, qual seja permitir o acesso à justiça pela parte hipossuficiente, de modo que a parte não poderá exercer alguns atos processuais por estar desacompanhada de advogado, obrigando o empregado a contratar os serviços de um operador do direito ou ficar sem exercer os atos necessários ao andamento da ação, restando prejudicada a ampla defesa, tendo em vista que o trabalhador não poderá esgotar todos os meios ou argumentos oferecidos pelo Direito para defender seus interesses.

Outrossim, como explicitado ao longo deste artigo, outro problema para a efetiva aplicação do Jus Postulandi está na informatização do Poder Judiciário com a implementação do PJ-e JT, uma vez que o objetivo do Jus Postulandi é proporcionar as pessoas que não possuem condições de arcar com a contratação de um advogado a possibilidade de acionar o judiciário, porém, o público do Jus Postulandi trata-se de pessoas hipossuficientes que não possuem conhecimento técnico ou muitas vezes meios para acessar o PJ-e, visto que existem inúmeros requisitos para que a parte se cadastre e protocole as petições (certificado digital, assinatura eletrônica), e nem conhecimento jurídico para postular sem o auxílio de um advogado.

É notório que o princípio do Jus Postulandi não cumpre totalmente com a finalidade para a qual foi criada, devendo se adequar à realidade da justiça do trabalho, uma vez que o processo trabalhista está cada vez mais técnico e complexo, caso contrário esse instituto pode acabar em desuso. Destarte, pode-se dizer que o Jus Postulandi tem sido um falso acesso à justiça, de modo que, apesar de permitir que a parte possa ingressar na justiça para demandar por seus interesses sem a representação de um advogado, não proporciona meios para que ela tenha o devido êxito na prática dos atos processuais, visto que o empregado não possui o conhecimento técnico e jurídico necessário para agir na defesa dos seus direitos.

Portanto, o Jus Postulandi pode ter sido uma solução para o período histórico no qual foi criado, mas com a complexidade das relações trabalhistas, alterações legislativas, informatização do judiciário e a falta de adaptação do instituto a essas mudanças, bem como a falta de qualquer aparato que proporcione aos seus usuários a capacitação necessária (cursos) para a prática de tais atos e o pleno acesso ao PJ-e, fez com o Jus Postulandi perdesse aos poucos sua eficácia, de modo que hoje esse instituto não tem demonstrado ser essencial ao acesso à justiça.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Dayse Coelho de. A quem interessa a continuidade do Jus Postulandi na Justiça do Trabalho?. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 3, no 100. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/397/a-quem-interessa-continuidade-jus-postulandi-justica-trabalho>> Acesso em: 18 fev. 2020.

ALVES, Kétina Acelino. Jus postulandi na Justiça do Trabalho e o efetivo acesso à justiça: uma análise da sua (in) eficácia. Jus, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/70840/jus-postulandi-na-justica-do-trabalho-e-o-efetivo-acesso-a-justica-uma-analise-da-sua-in-eficacia/1>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 14 de fevereiro de 2020.

_____. Decreto-lei nº 1.237, de 2 de maio de 1939 - Publicação Original. Câmara dos deputados. Disponível em : <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1237-2-maio-1939-349344-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2020.

_____. Decreto nº 6.596, de 12 de dezembro de 1940. Câmara dos deputados. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-6596-12-dezembro-1940-330725-norma-pe.html>>. Acesso em: 11/02/2020.

_____. Consolidação das Leis Trabalhistas. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 11/02/2020

_____. Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). LEI Nº 8.906, DE 4 DE JULHO DE 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1127. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1597992>>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 425 - Jus Postulandi na justiça do trabalho. Alcance. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/tst-aprova-redacao-da-sumula-425-sobre-o-jus-postulandi>. Acesso em 15 de fevereiro de 2020.

CAMARGOS, Maria Eduarda. Princípios do Direito Processual do Trabalho. Jusbrasil. 2017. Disponível em: <<https://dudacamargos.jusbrasil.com.br/artigos/462947801/principios-do-direito-processual-do-trabalho>>. Acesso em : 14 de fevereiro de 2020.

CAPPELLETTI, M; GARTH, B. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CARDEL, Renato de Souza. O Processo Judicial eletrônico e o jus postulandi na Justiça do Trabalho. Juslaboris, 2017. Disponível em:

<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/144333/2017_cardel_renato_processo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em :11 de fevereiro de 2020.

FALCÃO, Ismael Marinho. O jus postulandi frente ao novo ordenamento constitucional. Jus. 1999. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/1250/o-jus-postulandi-frente-ao-novo-ordenamento-constitucional>>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2020.

FREITAS, Danielli Xavier. O Ius Postulandi na Justiça do Trabalho e o PJE: a problemática do acesso à justiça. Jusbrasil, 2014. Disponível em: <<https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/145366043/o-ius-postulandi-na-justica-do-trabalho-e-o-pje-a-problematICA-do-acesso-a-justica>>. Acesso em :14 de fevereiro de 2020.

MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho : relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho / Luciano Martinez. — 7. ed. — São Paulo : Saraiva, 2016

MARTINS, A. ; ANDRADE, S. Jus postulandi na Justiça do Trabalho: Possibilidade, benefícios e malefícios. LexMagister. Disponível em: <https://www.lex.com.br/doutrina_27437558_JUS_POSTULANDI_NA_JUSTICA_DO_TRABALHO_POSSIBILIDADE_BENEFICIOS_E_MALEFICIOS.aspx>. Acesso em 14 de fevereiro de 2020.

MEDICO, Patrícia. História e Evolução do Direito do Trabalho no Mundo e no Brasil. Jusbrasil, 2019. Disponível em: <<https://patriciamedico.jusbrasil.com.br/artigos/654731375/historia-e-evolucao-do-direito-do-trabalho-no-mundo-e-no-brasil?ref=serp>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. In "Curso de Direito Processual do Trabalho", Ed. Saraiva, São Paulo, 15ª ed., 1994, págs. 188/190

PEREIRA, Leone. Manual de processo do trabalho / Leone Pereira. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2018, p.77.

RUSSOMANO, Mozart Victor. In "Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho", Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1983, pág. 853.

SOUSA, Marcos Junior de. O Jus Postulandi e a Justiça do Trabalho. Jusbrasil, 2016. Disponível em: <<https://marcosjuniodesousa.jusbrasil.com.br/artigos/403601682/o-jus-postulandi-e-a-justica-do-trabalho>>. Acesso em: 10 Fev.2020;

Artigo recebido em: 25/08/2020
Artigo publicado em: 14/12/2020

AS DESIGUALDADES DE GÊNERO ENFRENTADAS POR MULHERES NO MERCADO DE TRABALHO

Autores ¹

Hanna Barona Silva Mendes ²

Vitória Santos Oliveira ³

Tailma Leite Barreto ⁴

Wivirson Flávio Pereira Dutra ⁵

RESUMO

Este artigo busca investigar a manifestação das desigualdades de gênero enfrentadas por mulheres no ingresso e permanência em condições de equidade no mercado de trabalho. A questão decorre de amplas discussões sobre o referido tema que se concentra tão somente nos avanços das conquistas femininas nas últimas décadas, sem se ater a perpetuação e a materialização dessas desigualdades na contemporaneidade. O caminho metodológico do trabalho concentra-se em pesquisa exploratória bibliográfica, tomando como referência análise de indicadores nacionais.

PALAVRAS CHAVES: Desigualdade de gênero; Mulheres; Mercado de trabalho;

RESUMEN

Este artículo busca investigar la manifestación de la desigualdad de género que enfrentan las mujeres al ingresar y permanecer en condiciones de equidad en el mercado laboral. El problema surge de extensas discusiones sobre el tema antes mencionado, que se centra solo en los avances en los logros de las mujeres en las últimas décadas, sin detenerse en la perpetuación y la materialización de estas desigualdades en los tiempos contemporáneos. La ruta metodológica del trabajo se centra en la investigación bibliográfica exploratoria, tomando como referencia el análisis de indicadores nacionales, noticias y análisis documental.

PALABRAS CLAVE: Desigualdad de género; Mujeres; Mercado de trabajo;

¹Trabalho elaborado para a disciplina Direito do Trabalho I, pelos graduandos do curso de bacharel em Direito na Universidade do Estado da Bahia (UNEB), Campus XIII, sob a orientação do professor Dr. José Araújo Avelino (E-mail: dravelino@hotmail.com)

² Hanna Barona Silva Mendes - E-mail: hannabarona@hotmail.com

³ Vitória Santos Oliveira - E-mail: vivi_bellas@hotmail.com

⁴ Tailma Leite Barreto - E-mail: tailma.barreto@gmail.com.

⁵ Wivirson Flávio Pereira Dutra - E-mail: wivirsonflaviopd@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o intuito de contribuir com as discussões sobre as desigualdades de gênero enfrentadas por mulheres nas relações laborais, tema que tem ganhado visibilidade no âmbito do Direito do Trabalho. Estudos anteriores apontam para um crescente aumento da presença feminina no mercado de trabalho brasileiro. No entanto, estes mesmos estudos evidenciam a situação de extrema desigualdade enfrentada por essas mulheres no cerne destas relações.

Essa dualidade acerca da presença feminina no mercado de trabalho é consequência dos resquícios ainda muito presentes da forma como o trabalho foi organizado historicamente dentro das sociedades. Fortemente marcado pela divisão sexual, essa forma de organização laboral concentra atividades diferentes entre homens e mulheres, atribuindo aos primeiros, atividades consideradas como de “prestígio” social (ligadas a indústrias, comércio, política), enquanto as mulheres são reservadas ocupações sem remuneração, geralmente voltadas para o consumo próprio do núcleo familiar (trabalho doméstico).

Neste sentido, diante de tal panorama, busca-se traçar discussões sobre essas desigualdades enfrentadas pelas mulheres, considerando não só aspectos desse tratamento desigual atribuídos ao fator sexo no sentido bio-fisiológico, mas relacionados à questão de gênero, ou seja, as relações sociais desiguais de poder entre homens e mulheres no mercado de trabalho. Assim, busca-se questionar acerca da manifestação material da desigualdade de gênero. Afinal, quais são as principais dificuldades oriundas da questão de gênero, enfrentadas por mulheres no ingresso e permanência em condições de equidade no mercado de trabalho?

Dessa forma, buscando a construção de um referencial teórico com bases sólidas sobre o tema, debruça-se sobre pesquisa bibliográfica e documental. Assim, a fim de desenvolver as questões fundantes, dedica-se ainda a análise legislativa concernente ao tema.

Neste sentido, o caminho metodológico se desdobra em pesquisa exploratória e análise de indicadores nacionais.

2. DO GÊNERO À EPISTEMOLOGIA FEMINISTA: AS MULHERES COMO NOVOS SUJEITOS POLÍTICOS

A palavra gênero possui vários significados que podem ser definidos através da linguagem. No entanto, durante o percurso do texto, pretende-se explicar o significado do gênero sob a ótica feminista. A princípio, o gênero pode ser entendido como a diferença entre homens e mulheres no processo de hierarquização social. Todavia, a tentativa de explicar as diferenças entre homens e mulheres necessitou ao longo do tempo a construção de uma categoria social – “gênero”, então, é preciso salientar que esta categoria não é unânime, sendo assim, todos e todas que estudam e trabalham a problemática do gênero, elaborou diversos conceitos, tais como a identidade de gênero ou de mulheres de formas específicas (negras, trans, indígenas).

Entretanto, Joan Scott (1995) conceituou de uma forma elaborada o termo “gênero”. Segundo Scott (1995):

Gênero é um elemento constitutivo das relações sociais fundadas sobre as diferenças percebidas entre os sexos e também um modo primordial de dar significado às relações de poder. (SCOOT, p. 86, 1995)

A partir desse conceito é possível traçar uma discussão no que tange a diferença entre sexo e gênero, pois, “segundo uma famosa frase de uma escritora francesa Simone de Beauvoir, não se nasce mulher, torna-se mulher. As identidades de sexo são construídas socialmente e podem ser modificadas”. (SABADELL, p. 279, 2010).

Segundo Sabadell (2010):

As feministas propuseram empregar o termo “gênero” (em inglês: gender) ao invés do termo “sexo” (em inglês) para indicar as diferenças entre os sexos que vão além das biológicas. Isto permite falar de homens e mulheres fora do determinismo biológico. Trata-se de um aspecto importante, porque grande parte das diferenças entre os sexos não são devidas a diferenças biológicas, mas decorrem de uma construção social da realidade. Em palavras simples, quebra-se o discurso de caráter naturalista que apresenta as diferenças entre homens e mulheres como eternas.” (SABADELL, p. 279, 2010).

O gênero expressa as relações de poder das quais serão originadas as diferenças fundamentais em termos de trabalhos, atribuições na família, diferenças nos cargos públicos, etc. Essas relações de poder é o que explica a forma na qual as pessoas constituem a expressão do gênero na sociedade, pois através do processo de informação que cada indivíduo recebe ao decorrer de sua formação social pode moldar as formas que o mesmo irá realizar as diferentes atividades no convívio social. Com isso, as mulheres são educadas para um cuidado interno, sendo assim, é através do lar (a esfera privada) que as relações de poder foram moldadas e construídas socialmente para o gênero feminino, já os homens são educados para um cuidado externo (a esfera pública), pois estes estão no comando das relações

que envolvem o convívio social. Embora crescente o número de mulheres que vem adentrando os espaços públicos, as pesquisas que envolvem a discussão de gênero ainda mostram a sua pouca representatividade nesses espaços. Sendo assim, essa é uma necessidade de discussão, com enfoque ao que tange uma análise juslaboral, que será traçado nos próximos tópicos do texto.

Ademais, é preciso informar que esse trabalho se propõe a entender a relação – mercado de trabalho e gênero através da ótica epistemológica feminista. O feminismo que é reconhecido majoritariamente como um conjunto de movimentos políticos e sociais que possui como pauta – as reivindicações das mulheres, tais como – a liberdade e a autonomia do corpo. Entretanto, o feminismo também é um movimento epistemológico que estuda as lacunas existentes nas mais diversas áreas do conhecimento e os aspectos fundamentais no que diz respeito às mulheres. Pensar de uma forma epistemológica feminista é se aprofundar na compreensão das mulheres e de todo o sistema social que está a sua volta. A produção do conhecimento feminista é realizado através de história reais das mulheres, experiências concretas de suas vivências, a sua participação dentro da academia na produção do conhecimento, mas também, como atrizes adentrando nos espaços etc.

O movimento feminista não é homogêneo, pois este possui diversas pautas e especificidades, como demonstra Sueli Carneiro (2005):

Ao politizar as desigualdades de gênero, o feminismo transforma as mulheres em novos sujeitos políticos. Essa condição faz com que esses sujeitos assumam, a partir do lugar em que estão inseridos, diversos olhares que desencadeiam processos particulares subjacentes na luta de cada grupo particular. Ou seja, grupos de mulheres indígenas e grupos de mulheres negras, por exemplo, possuem demandas específicas que, essencialmente, não podem ser tratadas, exclusivamente, sob a rubrica da questão de gênero, se esta não levar em conta as especificidades que definem o ser mulher neste e naquele caso. Essas lógicas particulares vêm exigindo, paulatinamente, práticas igualmente diversas que ampliem a concepção e o protagonismo feminista na sociedade brasileira, salvaguardando as especificidades. (CARNEIRO, p. 209, 2005)

As epistemologias feminista pós-moderna vez introduzir uma crítica ao feminismo tradicional, pois este através do processo de generalização inviabiliza o debate sobre gênero atrelado a questões de sexualidade, raça, classe e as consequências do imperialismo. Ademais, para que se possa alcançar essa discussão é necessário que se faça uma leitura descolonial do feminismo e atravessar horizontes para entender toda essa problemática, pois assim, o feminismo pode superar a compreensão

hegemônica europeia do movimento, devido esse ser incompatível para o processo de construção da equidade de gênero.

Sendo assim, é preciso que se compreendam as múltiplas variedades de mulheres – latinas, africanas, asiáticas etc; mas também, as estruturas de poder que vão desde a estratificação interna à enorme variedade cultural, as suas experiências históricas e sociais, as realidades econômicas diversas e toda a conjuntura social que as envolvem. E nesse processo permitir que estas possam produzir as suas epistemologias.

3. A PRESENÇA DAS MULHERES NO MERCADO DE TRABALHO: PRINCIPAIS DESAFIOS

A ocupação das mulheres aos espaços no mercado de trabalho esteve historicamente condicionada a organização social do trabalho, marcado por uma divisão sexual, na qual homens e mulheres foram colocados em posições hierarquicamente distintas, atribuindo sempre as mulheres funções consideradas “inferiores”, sem remuneração, voltadas ao cuidado do “lar”.

A socióloga Danièle Kergoat, ao abordar divisão do trabalho e as relações sociais de sexo, traz uma importante visão sobre essa forma de organização social:

A divisão sexual do trabalho é a forma de divisão do trabalho social decorrente das relações sociais de sexo; essa forma é adaptada historicamente e a cada sociedade. Ela tem por características a destinação prioritária dos homens à esfera produtiva e das mulheres à esfera reprodutiva e, simultaneamente, a apreensão pelos homens das funções de forte valor social agregado (políticas, religiosas, militares etc). (KERGOAT, p.56, 2003)

Ainda segundo Kergoat (2003), essa organização social do trabalho é erguida sobre dois princípios, o primeiro é concernente a separação, ou seja, existem trabalhos de homens, e trabalho de mulheres, já o segundo, diz respeito à hierarquização, o trabalho de homem “vale” mais do que o trabalho de uma mulher.

Dessa forma, nota-se uma distinção construída em decorrência das relações hierárquicas de gênero, que excluem a mulher da esfera pública, e se configuram como formas de violência e opressão feminina, furtos de uma sociedade de dominação masculina, de uma sociedade patriarcal.

Neste sentido, nota-se que a divisão sexual do trabalho tem sido um dos fatores que impulsionam a manifestação material da desigualdade gênero, enfrentadas por mulheres no ingresso ao mercado de trabalho.

Segundo o estudo do IBGE (2018) sobre Estatísticas de Gênero: Indicadores Sociais das Mulheres no Brasil, divulgado em março de 2018 (como base em levantamento realizado em 2016), as mulheres brasileiras dedicam-se às tarefas domésticas cerca de 70% a mais de horas do que os homens.

Desta forma, em decorrência da dedicação a afazeres domésticos, muitas mulheres acabam impossibilitadas de ingressar em cargos de trabalho no âmbito público, e quando ingressam, se deparam com a necessidade de conciliar trabalho remunerado e as tarefas do “lar”, assim, terminam ocupando cargos com carga horária reduzida em relação aos ocupados por homens, o que tem afetado diretamente o crescimento econômico/financeiro feminino.

Outro fator agravante que contribui com desigualdade de gênero no mercado de trabalho, está diretamente ligada a discriminação salarial sofrida por mulheres em suas ocupações, que acabam recebendo remunerações menores pelo desempenho das mesmas tarefas profissionais que os homens. Essa discriminação salarial evidenciada é expressamente proibida constitucionalmente, uma vez que a Carta Magna estabelece que todos são iguais perante a lei, essa vedação fica expressa no art. 7º, XXX, que proíbe dentre outras coisas a distinção de salários em função de sexo.

A questão da igualdade entre homens e mulheres no trabalho deve ser tratada como uma questão de direitos humanos e como um requisito indispensável ao regime democrático.

A previsão constitucional da igualdade entre homens e mulheres se aplica a diversos aspectos da relação de emprego, como, por exemplo, em relação à capacidade para trabalhar e celebrar contrato de trabalho, ao cumprimento de jornada de trabalho igual e ao recebimento do mesmo salário para trabalho de igual valor. (ROMAR, p. 778, 2018)

No entanto, em inúmeros casos, a discriminação salarial tem persistido. Esse fator tem justificado a luta de milhares de trabalhadoras contra a desigualdade salarial.


Ainda segundo o estudo do IBGE, essa diferença de remuneração é ainda maior entre cargos de nível superior completo, o referido estudo aponta que as mulheres receberam 63,4% a menos que os homens em 2016.

Segundo Resende (2016), na prática, a lei não consegue reprimir as formas de discriminação, pela carga de subjetividade carregada nos critérios de seleção, promoção, dentre outros, o que gera consequentemente uma dificuldade de comprovação. “O que a lei consegue inibir é apenas a discriminação aberta, escancarada.” (RESENDE, p. 1070, 2016)

Dentre o rol de dificuldades, mais evidentes, enfrentadas pelas mulheres, em função de gênero, no ambiente de trabalho, destaca-se também o assédio. Estudos apontam que as mulheres são vítimas preferenciais de assédio no ambiente de trabalho, configurando-se, assim, como desafio para estabilização e até mesmo para ascensão feminina em suas carreiras profissionais.

O assédio no ambiente de trabalho é uma das formas mais ultrajantes que constroem o trabalhador, acontecendo na maioria dos casos silenciosamente e sem a presença de testemunhas, e afetando moralmente e psicologicamente suas vítimas, estas em seu maior percentual as mulheres. (PASCOAL, p.02, 2017)

É importante destacar ainda, que o assédio contra mulheres acontece principalmente de maneira sexual.



Curiosamente, os casos de assédio moral, quando a vítima é uma mulher, rapidamente passam a ser casos de assédio sexual, e quando já iniciam como sexual, se diante de uma forte atitude negativa da vítima, o comportamento do agressor pode restar como assédio moral. Infelizmente, em qualquer dos cenários, a mulher ainda se encontra numa situação de desestabilização, vulnerabilidade e culpa. Sentindo-se muitas vezes sem saída e com medo de ser marcada no seu meio profissional, acaba “desistindo” do emprego. (SIMÕES; MELLO, p.13, 2016)

O Ministério Público do Trabalho (MPT), com apoio da Organização Internacional do Trabalho (OIT), elaborou em 2017, uma cartilha buscando esclarecer as principais dúvidas sobre assédio sexual no ambiente de trabalho, denominada “Assédio Sexual no Trabalho: perguntas e respostas”, o referido documento define essa forma de discriminação como:

Assédio sexual no ambiente de trabalho é a conduta de natureza sexual, manifestada fisicamente, por palavras, gestos ou outros meios, propostas ou impostas a pessoas contra sua vontade, causando-lhe constrangimento e violando a sua liberdade sexual. (BRASIL, p. 09, 2017)

Assédio sexual é crime, e está previsto no art. 216 do Código Penal brasileiro. A violação do referido dispositivo legal, viola os Direitos Humanos segundo a cartilha do Ministério Público do Trabalho – MPT (2017):

O assédio sexual viola a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais da vítima, tais como a liberdade, a intimidade, a vida privada, a honra, a igualdade de tratamento, o valor social do trabalho e o direito ao meio ambiente de trabalho sadio e seguro. (BRASIL, p.09, 2017)

Os assédios sofridos por mulheres trazem danos psicológicos, físicos, emocionais, provocando-as a ideia de inferioridade, inconveniência e constrangimento, do qual afasta o profissionalismo e respeito que se deve prevalecer no ambiente de trabalho. Muitas vezes isso acontece, pela objetificação que se faz sobre a mulher e seu corpo, e não sobre a associação dela como um ser pensante e capaz.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa realizada teve como objetivo investigar a perpetuação da desigualdade de gênero no mercado de trabalho brasileiro. Assim, buscando evidenciar as principais dificuldades enfrentadas por mulheres no ingresso e permanência em condições de equidade no mercado de trabalho.

A metodologia adotada, buscou através de pesquisa exploratória bibliográfica análise de indicadores nacionais, notícias e análise documental, compreender os fatores que dificultam a inserção e a permanência feminina no mercado laboral.

No quesito inserção no mercado, os resquícios da divisão sexual do trabalho ainda muito presentes na sociedade brasileira, tem gerado inúmeras dificuldades as mulheres que precisam se desdobrar em jornadas duplas entre os afazeres domésticos e trabalho formal.

A dedicação às tarefas domésticas tem feito com que mulheres optem por ocupações com carga horária menor e conseqüentemente com menores remunerações.

No entanto, a discriminação salarial está presente mesmo no desempenho das mesmas funções, com carga horária compatíveis. Sendo esta disparidade ainda maior entre cargos de nível superior.

Neste sentido, o estudo em questão evidencia a persistência das desigualdades entre homens e mulheres no mercado de trabalho brasileiro, causando inúmeras dificuldades de acesso às oportunidades e direitos.

5. REFERÊNCIAS:

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**.1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 05 de jan. de 2020.
- BRASIL. **Assédio Sexual no Trabalho: Perguntas e respostas**. 2017. Disponível em: PERGUNTAS E RESPOSTAS Acesso em: 06 de jan. de 2020.
- CARNEIRO, Suely. **O papel do movimento feminista na luta anti-racista. In: História do negro no Brasil: o negro na sociedade brasileira**. Fundação Cultural Palmares, CNPQ, 2004, p. 286-336.
- IBGE. Coordenação de População e Indicadores Sociais. **Estatísticas de Gênero: Indicadores Sociais das Mulheres no Brasil**. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <Estatísticas de Gênero>. Acesso: 20 de jan. de 2020.
- PASCOAL, Flávia Xênia Souza. **Assédio moral e assédio sexual no ambiente de trabalho**, 2017. Disponível em: <Assédio moral e assédio sexual no ambiente de trabalho> Acesso em: 06 de jan. de 2020.
- RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho esquematizado**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.
- ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho** / coordenador Pedro Lenza. – 5. ed.– São Paulo : Saraiva Educação, 2018.
- SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica.: introdução a uma leitura externa do direito**. 5. Ed. Rev. E atual. – São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2010.
- SÃO PAULO. Prefeitura Municipal Coordenadoria Especial da Mulher Trabalho e cidadania ativa para as mulheres: **Desafios para as Políticas Públicas**. São Paulo: Coordenadoria Especial da Mulher, 2003.
- SCOTT, Joan Wallach. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica**. Educação & Realidade. Porto Alegre, vol. 20, nº 2, jul./dez. 1995, pp. 71-99.
- SIMÕES, Ana Paula; MELLO, Kauana Andrielle. **A DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NO AMBIENTE DE TRABALHO: PARTICULARIDADES E EFEITOS DO ASSÉDIO MORAL CONTRA AS MULHERES**. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/15877>> Acesso em: 06 de fev. de 2020.

Artigo recebido em: 25/08/2020
Artigo publicado em: 14/12/2020