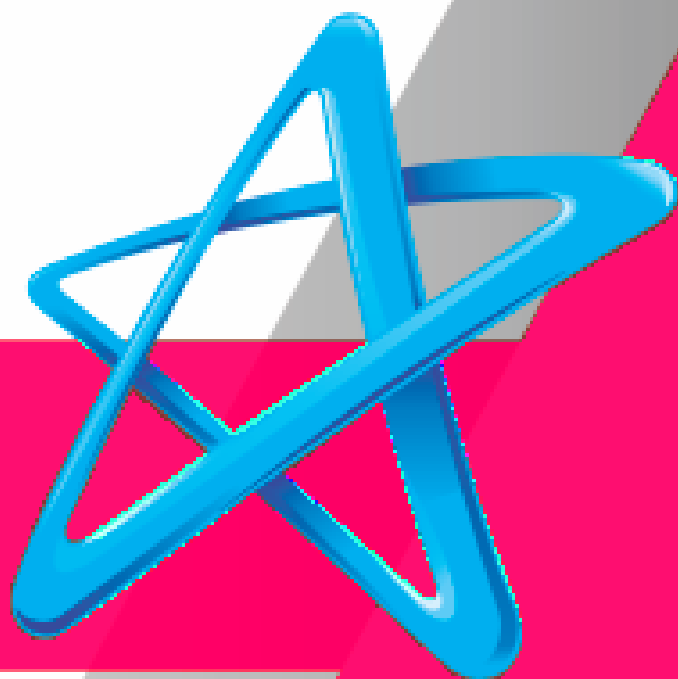


VOLUME 5 - NÚMERO 1
JANEIRO/ABRIL 2019

**REVISTA
DIREITO DAS
RELAÇÕES SOCIAIS
E TRABALHISTAS**



VOL. 5 / N. 1



UDF
Centro
Universitário

**REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E
TRABALHISTAS**

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

ISSN 2446-8908

**Volume V, Número 1
Janeiro/Abril
2019**

REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS**Periódico Científico do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal –
UDF****Conselho Editorial**

Prof. Dr. Wolfgang Däubler (Universidade de Bremen, Alemanha)

Prof. Dr. Stein Kuhnle (Universidade de Bergen, Noruega, e Hertie School of Governance, Alemanha)

Prof. Dr. Fernando Valdez Dal-Ré (Universidade Complutense de Madrid, Espanha)

Prof. Dr. José Luiz Tortuero Plaza (Universidade Complutense de Madrid, Espanha)

Prof.^a Dr.^a Francisca Moreno Romero (Universidade Complutense de Madrid, Espanha)

Prof. Dr. Antonio Fernando Baylos Grau (Universidade Castilla La Mancha, Espanha)

Prof. Dr. Antonio Ojeda Avilés (Universidade de Sevilha, Espanha)

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

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

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

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

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

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

Prof. Dr. João Leal Amado (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal)

Prof. Dr. Adrián Goldin (Universidade de San Andrés, Argentina)

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

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

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

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

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

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

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

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira (UFPE)

Prof. Dr. Fábio Túlio Barroso (UCPE)

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

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

Prof. Dr. Jorge Luiz Souto Maior (USP)

Prof. Dr. Ronaldo Lima dos Santos (USP)

Prof.^a Dr.^a Zélia Luiza Pierdoná (Universidade Mackenzie - SP)

Prof. Dr. Tiago Figueiredo Gonçalves (UFES)

REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS**Periódico Científico do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal –
UDF*****Double Blind Review - Rol de Avaliadores***

- Profa. Dra. Adriana Goulart de Sena Orsini (Universidade Federal de Minas Gerais)
- Profa. Dra. Adriana Letícia Saraiva Lamounier Rodrigues (Universidade Federal de Minas Gerais)
- Prof. Dr. Amauri César Alves (Universidade Federal de Ouro Preto)
- Prof. Dr. Américo Bedê Freire Júnior (Faculdade de Direito de Vitória)
- Prof. Dr. Antônio Leal de Oliveira (Universidade Vila Velha)
- Prof. Dra. Ariete Pontes de Oliveira (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)
- Profa. Dra. Carla Teresa Martins Romar (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
- Profa. Dra. Carolina Pereira Lins Mesquita (Universidade Federal do Rio de Janeiro)
- Prof. Dr. Claudimir Supioni Junior (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
- Profa. Dra. Cláudia Coutinho Stephan (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)
- Prof. Dr. Cléber Lúcio de Almeida (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)
- Profa. Dra. Daniela Muradas Antunes (Universidade Federal de Minas Gerais)
- Pro. Dr. Fábio Túlio Barroso (Universidade Católica de Pernambuco)
- Profa. Dra. Gilsilene Passon Francischetto (Faculdade de Direito de Vitória)
- Profa. Dra. Graciane Rafisa Saliba (Universidade Santa Úrsula)
- Prof. Dr. Henrique Garbellini (Universidade Presbiteriana Mackenzie)
- Prof. Dr. José Cláudio Monteiro de Brito Filho (Centro Universitário do Estado do Pará)
- Prof. Dr. José Eduardo de Resende Chaves Junior (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)
- Profa. Dra. Juliana Teixeira Esteves (Universidade Federal de Pernambuco)
- Profa. Dra. Karen Artur (Universidade Federal de Juiz de Fora)
- Prof. Dr. Leonardo Vieira Wandelli (Centro Universitário UniBrasil-PR)
- Prof. Dr. Leonel Marchietto (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
- Profa. Dr. Livia Mendes Moreira Miraglia (Universidade Federal de Minas Gerais)
- Prof. Dr. Ney Stany Moraes Maranhão (Universidade Federal do Pará)
- Prof. Dr. Platon Teixeira de Azevedo Neto (Universidade Federal de Goiás)
- Profa. Dra. Raquel Betty de Castro Pimenta (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)
- Profa. Dra. Renata Queiroz Dutra (Universidade Federal da Bahia)

Prof. Dr. Ricardo Pereira de Freitas Guimarães (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

Prof. Dr. Thiago Fabres de Carvalho (Universidade Federal do Espírito Santo)

Prof. Dr. Tiago Figueiredo Gonçalves (Universidade Federal do Espírito Santo)

Profa. Dra. Valdete Souto Severo (Universidade de São Paulo)

Profa. Dra. Vanessa Rocha Ferreira (Universidade da Amazônia)

Profa. Dra. Wânia Guimarães Rabêllo Almeida (Faculdades Milton Campos-MG)

Profa. Dra. Wanise Cabral Silva (Universidade Federal Fluminense)

REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS**Periódico Científico do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal –
UDF****Equipe Editorial**

Editor Acadêmico: Dr. Mauricio Godinho Delgado (Professor Titular UDF)

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

Coeditor Acadêmico: Ricardo José Macêdo de Britto Pereira (Professor Titular UDF)

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

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

Coeditora Acadêmica: Rúbia Zanotelli de Alvarenga (Professora Titular UDF)

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

Coeditor Acadêmico: Dr. Marcus Firmino Santiago (Professor Titular UDF)

Mestranda pesquisadora: Luíza Baleeiro Coelho Souza (UDF)

Mestranda pesquisadora: Carolina Silva Silvino Assunção (UDF)

Contatoswww.udf.edu.brmclemos@udf.edu.brrevistamestradoudf@hotmail.com

Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas / Centro Universitário do Distrito Federal. – Vol. V, Nº 1 (Janeiro/Abril 2019). Brasília, DF, 2019 [on-line].

Quadrimestral.

ISSN: 2446-8908

1. Direito do Trabalho. 2. Relações Trabalhistas. Relações Sociais. I. Centro Universitário do Distrito Federal.

CDU: 349.2:331.1

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
SCIENCE ASSERVIE ET INVISIBILITÉ DES CANCERS PROFESSIONNELS: ÉTUDES DE CAS DANS LE SECTEUR MINIER EN FRANCE Submissive science and invisibility of professional cancer: case study in the mining sector in France	13
<i>Annie Thébaud-Mony</i>	
LA LIBERTAD SINDICAL BAJO EL PRISMA DE LA OIT. EL CASO ESPAÑOL Freedom of union under the prism of OIT: the case Spanish	37
<i>Antonio Ojeda Avilés e Miguel Gutiérrez Pérez</i>	
LE SALARIAT DES PLATEFORMES À PROPOS DE L'ARRÊT TAKEEATEASY The app workers: about the "Take eat easy"	65
<i>Emmanuel Dockès</i>	
DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL Y MOVIMIENTOS TRANSNACIONALES DE PERSONAS: PRESENTE Y FUTURO Social security rights and transnational movements of people: present and future	79
<i>José Luis Monereo Pérez</i>	
A NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO E A LEI 13.467/2017 The collective negotiation of labor and Law 13.467/2017	137
<i>Luiz Eduardo Gunther, Rodrigo Thomazinho Comar e Carina Pescarolo</i>	
ORDEN PÚBLICO Y DERECHO DEL TRABAJO Public order and labor law	154
<i>Mario Garmendia Arigón</i>	
A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO SÓCIO NO PROCESSO DO TRABALHO The patrimonial responsibility of the partner in the Labor Process	179
<i>Mauro Schiavi</i>	
APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO JUSAMBIENTAL DO POLUIDOR-PAGADOR ÀS SITUAÇÕES DE TRABALHO ANÁLOGO AO DE ESCRAVO Application of the polluter-pays principle to the situations of work analogous to slavery	204
<i>Ney Stany Morais Maranhão, Valena Jacob Chaves Mesquita e Anna Marcella Mendes Garcia</i>	

**GREVE E DIREITO: ESTUDO DE CASOS JUDICIAIS ENVOLVENDO
MOVIMENTOS COLETIVOS DE TRABALHO CONTRA AS REFORMAS
INSTITUCIONAIS DE AUSTERIDADE**

Strike and law: study of judicial cases involving collective labor movements against
institutional reforms of austerity 220

*Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva, Daniele Gabrich Gueiros e Henrique
Figueiredo de Lima*

APRESENTAÇÃO

A *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* - periódico científico do Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF), de Brasília, apresenta ao público a sua primeira edição do corrente ano, o Volume 5, Número 1, relativo ao quadrimestre janeiro-abril de 2019.

Como já salientado nos números anteriores, a *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* é divulgada regularmente em meio digital e com acesso livre (contando também com publicação subsequente, em meio impresso, pela importante e prestigiada Editora LTr, de São Paulo). A *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, a cada número (já alcançados 10 números em meio digital, em cinco anos sequenciais regulares), consolida-se como um periódico de referência no meio jurídico e acadêmico nacional e internacional, contemplando estudos de elevada profundidade e temáticas altamente inovadoras nas linhas de pesquisa do Mestrado em Direito do UDF, assim compostas: "Constitucionalismo, Direito do Trabalho e Processo" e "Direitos Humanos Sociais, Seguridade Social e Meio Ambiente do Trabalho".

Publicada desde o primeiro semestre letivo de 2015 (Vol. 1, Nº 1), com periodicidade semestral em seus três primeiros anos (dois números por volume anual), a Revista, desde 2018, passou a ser quadrimestral, sendo publicada de maneira contínua e regular, sempre almejando trazer ao público artigos inéditos no Brasil de consagrados doutrinadores estrangeiros e brasileiros.

Conforme mencionado, desde o Vol. 4, Nº 1, referente a janeiro-abril de 2018, a Revista se tornou *quadrimestral*, com o mesmo montante de artigos por número (ou seja, nove artigos por número, como praticado desde o Vol. 1, N. 1). Dessa maneira, o periódico jurídico científico passou a totalizar *27 artigos por volume anual*, um crescimento significativo em comparação com os três anos precedentes, ainda mais considerando a elevadíssima qualidade dos textos científicos divulgados em cada número da revista acadêmica jurídica.

A Revista adota o sistema *double blind review* (revisão/avaliação dupla e cega), formado por Professores Doutores de Instituições de Ensino Superior públicas e privadas das cinco regiões do Brasil, os quais cordialmente avaliaram os artigos que foram enviados para este periódico científico. Os textos aprovados encontram-se no bojo deste exemplar, sendo que cada artigo foi objeto de duas avaliações/revisões, realizadas por Avaliadores distintos. A utilização do sistema *double blind review* oferta à *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* conquistas e avanços ainda mais elevados, uma vez que atende todos

os requisitos estabelecidos pela CAPES para que, em um futuro breve, ingresse em alto patamar de classificação no *ranking* estabelecido pelos organismos oficiais competentes.

Com isso, sedimenta-se notável espaço acadêmico editado para os campos do Direito do Trabalho, do Direito Processual do Trabalho, dos Direitos Humanos e Sociais, do Meio Ambiente do Trabalho e do Direito da Seguridade Social - tudo sob o luminar do Constitucionalismo Humanista e Social Contemporâneo -, a partir da comunidade acadêmica do UDF e do próprio centro-oeste do Brasil. Se não bastasse, o presente Vol. 5, Nº 1, do periódico científico colhe e firma a notável interação que vem estabelecendo o Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas com a comunidade acadêmica brasileira e estrangeira.

Tal contato foi aprofundado, significativamente, mediante a integração ao Corpo Editorial da Revista do Professor Doutor Emmanuel Dockès, da Universidade de Paris X - Nanterre, da França, do Professor Doutor Giuseppe Ludovico, da Universidade de Milão, da Itália, a partir desta nova edição.

O contato e interrelacionamento com diversos e seletos Professores Doutores insere o Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal entre os principais centros de pesquisa, reflexão e produção acadêmica no segmento dos direitos sociais trabalhistas e previdenciários característicos do Constitucionalismo Humanista e Social inaugurado na Europa logo em seguida à Segunda Grande Guerra e, no Brasil, com a Constituição da República de 1988.

O presente Nº 1 do Vol. 5 do periódico científico preserva o seu já tradicional elevado nível e excelência de qualidade, divulgando nove artigos jurídicos e científicos, sendo cinco de Professores Doutores estrangeiros e quatro de Professores Doutores brasileiros. Com isso, a Revista demonstra e consolida o seu processo de internacionalização e, ao mesmo tempo, uma relação constante e próxima com importantes Instituições Universitárias brasileiras.

A consolidação da *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* é também fruto das atividades e esforços dos docentes do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF, que habitualmente participam de diversos Congressos, Seminários, Simpósios, Colóquios realizados no Brasil e no exterior, bem como lançam livros, artigos em obras coletivas ou em revistas acadêmicas.

Aprofundam-se, assim, laços de pesquisa e reflexão acadêmica com importantes Professores e Instituições Universitárias. Reafirmando o caminho percorrido nos números anteriores, esta edição é integrada por nove artigos, sendo que cinco são de Professores Doutores estrangeiros, de Universidades de três importantes países (Espanha, França e

Uruguai). Quatro artigos são da lavra de Professores Doutores brasileiros (Universidade Federal do Pará - UFPA; Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA - e Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ). Naturalmente, alguns dos artigos são liderados por Professores Doutores no ambiente de pesquisa da respectiva Universidade ou Centro Universitário, contando também com a participação de Mestrandos das respectivas unidades acadêmicas. Enfatize-se que todos os textos, portanto, originam-se de Instituições de Ensino Superior diversas do UDF e situadas fora do âmbito do Distrito Federal. Essa formação heterogênea fomenta uma verdadeira dialética entre o Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF e outros importantes Programas de Pós-Graduação em Direito de dentro e de fora do Brasil.

A presente edição traz consigo artigos referentes a temas integrados e concatenados às duas linhas de pesquisa do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas, acima indicadas, demonstrando uma real simbiose entre o que é analisado e estudado em sala de aula, a par de pesquisado em artigos, livros e Dissertações, com o que é publicado no periódico científico.

A Revista é composta exclusivamente por artigos inéditos no Brasil, capitaneados por Professores Doutores estrangeiros e brasileiros. Trata-se dos seguintes trabalhos: 1) “Science asservie et invisibilité des cancers professionnels : études de cas dans le secteur minier en France”, de autoria da Profa. Dra. Annie Thébaud-Mony; 2) “La libertad sindical bajo el prisma de la OIT. El caso español”, de autoria do Prof. Dr. Antonio Ojeda Avilés e do Prof. Dr. Miguel Gutiérrez Pérez; 3) “Le salariat des plateformes à propos de l’arrêt TakeEatEasy”, de autoria do Prof. Dr. Emmanuel Dockès; 4) “Derechos de Seguridad Social y movimientos transnacionales de personas: Presente y Futuro”, de autoria do Prof. Dr. José Luis Monereo Pérez; 5) “A negociação coletiva de trabalho e a Lei 13.467/2017”, de autoria do Prof. Dr. Luiz Eduardo Gunther e dos Mestrandos Rodrigo Thomazinho Comar e Carina Pescarolo; 6) “Orden público y Derecho del Trabajo”, de autoria do Prof. Dr. Mario Garmendia Arigón.

Fecham a Revista três artigos: 7) “A responsabilidade patrimonial do sócio no Processo do Trabalho”, de autoria do Prof. Dr. Mauro Schiavi; 8) “Aplicação do princípio jusambiental do poluidor-pagador às situações de trabalho análogo ao de escravo”, de autoria do Prof. Dr. Ney Stany Morais Maranhão, da Mestra Valena Jacob Chaves Mesquita e da Mestranda Anna Marcella Mendes Garcia e; 9) “Greve e direito: estudo de casos judiciais envolvendo movimentos coletivos de trabalho contra as reformas institucionais de

austeridade”, de autoria da Profa. Dra. Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva, da Mestra Daniele Gabrich Gueiros e do Mestrando Henrique Figueiredo de Lima.

Diante do aqui explanado, constata-se que os artigos que integram este Nº 1 do Vol. 5 da *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, abrangendo o primeiro quadrimestre de 2019, conectam-se clara e consistentemente à sua linha editorial, permitindo aos leitores terem acesso aos mais atuais e avançados estudos desenvolvidos no Brasil e no exterior acerca do estado atual das relações sociais e trabalhistas, além de contribuir para ampliar e aprofundar os debates sobre seus problemas, insuficiências e potencialidades.

Desejamos à comunidade acadêmica e jurídica uma prazerosa e enriquecedora leitura.

Brasília, abril de 2019.

Equipe Editorial

SCIENCE ASSERVIE ET INVISIBILITÉ DES CANCERS PROFESSIONNELS: études de cas dans le secteur minier en France

SUBMISSIVE SCIENCE AND INVISIBILITY OF PROFESSIONAL CANCER: case study in the mining sector in France

Annie Thébaud-Mony¹

RÉSUMÉ: Depuis plus d'un siècle, l'évolution de la recherche en santé publique, en général, et les risques du travail, en particulier, est largement dominée par les besoins et stratégies des industriels. Ceux-ci interviennent, non seulement dans le financement des études menées, mais aussi dans la conception, les objectifs et les méthodologies de ces recherches, parvenant même à instaurer le doute là où la mise en danger est manifeste. Le travail minier fut, historiquement, dès le 19^e siècle, l'un des premiers champs d'affrontements politiques et sociaux concernant les enjeux de la santé des travailleurs, tant en Amérique du Nord qu'en Europe ou sur les autres continents. Il le demeure, comme le démontre cet article à propos de l'invisibilité des cancers professionnels de mineurs ayant travaillé dans deux sites miniers français du sud de la France. S'appuyant sur les enquêtes pluridisciplinaires menées par son équipe de recherche en sciences sociales et celles de chercheurs en sciences de la vie, l'auteure s'attache à montrer comment les pratiques d'expertise et de santé publique sont mobilisées, non pas pour la prévention et la réparation des cancers professionnels, mais plutôt dans un processus continu de mise en doute des savoirs qui préserve les intérêts financiers des industriels et des actionnaires, tout en entravant la décision publique concernant la prévention et la justice sociale.

MOTS-CLÉS: Paradigme du doute, Causalité, Cancers professionnels, Risque industriel, Travail minier.

SOMMAIRE: 1. Introduction. 2. Problématique. 2.1 le «paradigme du doute ». 3. Mise en contexte. 3.1 Quelques éléments de connaissance scientifique sur les mécanismes de cancérogénicité et la causalité du cancer. 3.2 Les difficultés de reconnaissance des cancers professionnels en vue de l'indemnisation. 4. Méthodologie. 5. Analyse et discussion de deux cas. 5.1 la mine d'or de salsigne: des risques connus depuis un siècle, mais toujours mis en doute. 5.2 Une mine de tungstène et... D'amiante. 6 Conclusion. 7 Références.

ABSTRACT: For more than a century, the evolution of public health research in general and labor risks in particular have been largely dominated by the needs and strategies of the industry. They intervene, not only in the financing of the studies carried out, but also in the design, objectives and methodologies of this research, even managing to establish the doubt where the danger manifests itself. Since the nineteenth century, mining work has been one of the first fields of political and social confrontation on workers' health issues in North America, Europe, and other continents. It remains so, as this article demonstrates the invisibility of occupational cancers of miners working at two French mining sites in southern France. Based on the multidisciplinary investigations conducted by his research team in the social sciences and life sciences researchers, the author attempts to show how the practices of specialization and public health are mobilized, not for the prevention and repair of occupational cancers, but in a continuous process of questioning of knowledge that preserves the financial interests of industrialists and shareholders, while hindering the public decision on prevention and social justice.

KEYWORDS: paradigm of doubt, causality, occupational cancers, industrial risk, mining work.

Artigo recebido em: 26/03/2019.

Artigo aprovado em: 24/04/2019 e 15/05/2019.

¹ Directrice de recherche honoraire à l'Institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM), IRIS/Groupement d'intérêt scientifique sur les cancers d'origine professionnelle (GISCOP93), Université de Paris 13, France (annie.mony@gmail.com).

RDRST, Brasília, Volume 5, n. 1, 2019, p 13-36, Jan-Abr/2019

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Problematic. 2.1 the "paradigm of doubt". 3. Contextualization. 3.1 Some elements of scientific knowledge on the mechanisms of carcinogenicity and cancer causality. 3.2 The difficulties of recognizing occupational cancers with a view to compensation. 4. Methodology. 5. Analysis and discussion of two cases. 5.1 salsy gold mine: risks known for a century, but still in doubt. 5.2 A tungsten mine and ... Asbestos. 6 Conclusion. 7 References.

1 INTRODUCTION

En 2005, deux importantes revues de santé publique américaines, l'*American Journal of Public Health* (Michaels et Monforton, 2005) et l'*International Journal of Occupational and Environmental Health* (David Egilman, Suzannah Bohm, 2005), publient des dossiers sur la corruption de la science par les firmes industrielles mondialisées, dont la mise en doute vont jusqu'au déni des risques industriels. Ces dossiers témoignent également, de la part des industriels, d'une démarche de disqualification des chercheurs s'opposant à ces stratégies d'occultation des effets mortifères d'industries dangereuses qui, non seulement, masquent les risques, mais rendent invisibles statistiquement les millions de victimes affectées par ces substances toxiques.

À la suite de ces deux dossiers, d'autres enquêtes ont confirmé la gravité et l'ampleur du phénomène (Nicolino et Veillerette, 2007; Oreskes et Conway, 2010; Proctor, 2011; Jouzel, 2012; Foucart, 2013; Nicolino, 2014), tandis que des historiens ont démontré la constance dans le temps de ces stratégies en ce qui a trait à l'amiante (McCulloch et Tweedale, 2008), la silice et le plomb (Rosner et Markowitz, 1991 et 2013), ainsi que les rayonnements ionisants (Lenoir, 2016). Les industriels interviennent, non seulement dans le financement des études menées, mais aussi dans la conception, les objectifs et les méthodologies de ces recherches, parvenant alors à faire subsister le doute là où la mise en danger est manifeste, cela afin d'éviter le plus longtemps possible l'adoption de règles de prévention, voire les décisions d'interdiction.

Le travail minier fut, dès le 19^e siècle, l'un des premiers champs d'affrontements politiques et sociaux concernant les enjeux de la santé des travailleurs, notamment autour de la silicose. Ce fut le cas aux États-Unis (Rosner et Marcowitz, 1991). En France, il fallut la fin de la Seconde Guerre Mondiale et le Conseil National de la Libération — ce qu'un ministre de l'époque appela « la bataille du charbon »

— pour que le patronat français soit contraint d'admettre les droits à réparation des victimes de pneumoconiose dans les mines, avec la création du tableau de maladie professionnelle sur les pneumoconioses. Encore, cette création doit-elle être considérée

comme un compromis lors duquel la prévention fut sacrifiée (Rosenthal, 2015). La première partie de cet article aborde les obstacles auxquels se heurtent la recherche scientifique dans la reconnaissance des cancers professionnels, obstacles qui contribuent à maintenir ceux-ci dans l'invisibilité. Par la suite, deux études de cas illustreront la remise en cause, toujours possible, de la dangerosité de cancérogènes parfaitement identifiés, remise en cause qui, elle-même, conduit à mettre en discussion la légitimité des droits à la reconnaissance des victimes de maladies professionnelles, ainsi que les impératifs de prévention.

2 PROBLÉMATIQUE

2.1 LE «PARADIGME DU DOUTE »

Dès l'orée du XVIII^e siècle, un médecin italien, Bernardino Ramazzini, était convaincu de la réalité suivante : les ouvriers exerçant des métiers tels que ceux de « mineur », « verrier », « ouvrier en bois », « tisserand », « imprimeur », « potier d'étain », « peintre » (exposé au plomb), ou encore ceux qui travaillent l'asbeste (amiante), sont victimes de la toxicité des substances et poussières au contact desquelles ils travaillent. Pour lui, tout médecin se devait d'être attentif au métier de ses malades (Ramazzini, 1700).

Cependant, ce ne sera que deux siècles plus tard, en France, que la *Loi du 12 juin 1893* vient promulguer, sans aucune ambiguïté, le fait que les établissements industriels et commerciaux « doivent être tenus dans un état constant de propreté et présenter les conditions d'hygiène et de salubrité nécessaires à la santé du personnel » (*Loi du 12 juin 1893*, article 2). Cette règle suppose, évidemment, d'avoir la connaissance de ce qui — dans les procédés de production et dans les ateliers — est susceptible d'altérer la santé des travailleurs. Logiquement, cette loi aurait pu mobiliser les médecins dans le sens préconisé par Ramazzini et orienter la recherche en santé publique vers un recensement systématique des risques toxiques en vue de leur éradication. Les débats sur les risques du travail, en cette fin de XIX^e siècle, conduisent à des choix tout autres. Quelques années plus tard, la *Loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail* déplace le problème vers l'indemnisation des accidentés du travail, indépendamment des causes des accidents eux-mêmes, réduisant ainsi à néant l'objectif de prévention des atteintes liées au travail contenu dans la législation de 1893. Le risque professionnel devient alors un risque assurable.

Trois siècles après la parution du manuel de Ramazzini, les outils scientifiques de la biologie et de la chimie, ainsi que les multiples techniques médicales ont, néanmoins, permis d'identifier assez précisément nombre de maux liés aux risques industriels dont peuvent être atteints les travailleurs, et plus largement toute population concernée par ces risques. Cependant, lorsqu'un ouvrier est atteint du cancer, le médecin l'interroge habituellement, pas sur son métier, mais sur son tabagisme, s'en tenant à une relation étroite et quasi exclusive entre comportements individuels et cancer. Tout se passe comme si, pour les médecins, le travail n'exerçait aucune influence décisive dans la genèse de la maladie. La santé publique est, quant à elle, dominée par le « doute », ce qui conduit les responsables à différer indéfiniment la décision de reconnaître et agir sur les risques collectifs.

Pour David Michaels, chercheur en santé publique et responsable de la santé au travail pendant l'administration Obama, les industriels ont élaboré une stratégie dont le but est de « fabriquer l'incertitude » (Michaels, 2008). L'un d'entre eux, cité par l'auteur, énonce ce que, pour lui, représente cette incertitude : « Le doute est notre produit. En effet, il s'agit du meilleur moyen de lutte contre les faits établis que les gens ont dans la tête. C'est aussi le moyen de faire surgir une controverse » (Michaels, 2008 : 11, traduction libre).

Cette stratégie d'influence des industriels sur les recherches et leurs résultats concernant les effets sanitaires de l'exposition à des substances toxiques serait-elle devenue un paradigme scientifique ? Thomas Kuhn, historien des sciences et auteur, en 1962, de *La Structure des révolutions scientifiques*, indique que « selon l'usage habituel, un paradigme est un modèle ou un schéma accepté » (Thomas Kuhn, 1983 :30). Il précise, en outre, que : « Les hommes dont les recherches sont fondées sur le même paradigme adhèrent aux mêmes règles et aux mêmes normes dans la pratique scientifique » (*id.*). Selon Pierre Bourdieu, le paradigme est l'équivalent d'un langage ou d'une culture : « Il détermine les questions qui peuvent être posées et celles qui sont exclues, le pensable et l'impensable. » (Bourdieu, 2001 : 37).

Dans le domaine des risques à effets différés, le « *paradigme du doute* » semble être le cadre accepté du développement de la recherche en santé publique. Depuis un siècle, la recherche concernant la santé des travailleurs, mais aussi la santé environnementale, s'inscrit dans ce « paradigme du doute ». Ce dernier s'impose dans la communauté scientifique afin d'exiger des preuves d'un risque avéré. Domaine après domaine, année après année, des résultats qui pourraient constituer un appui à la prévention sont systématiquement contestés:

l'expérimentation animale ne serait pas pertinente, les données humaines ne seraient pas représentatives, et les données d'exposition ne seraient pas fiables (Michaels, 2008).

Il est rare, voire impossible, nous le verrons, d'administrer, pour un patient atteint de cancer, la preuve formelle du lien de causalité entre sa maladie et l'exposition à un ou des toxiques. Pour autant, les substances elles-mêmes sont, de fait, toxiques et ont un pouvoir de réagir en milieu biologique dans l'organisme humain, induisant des mutations susceptibles d'entraîner un processus de cancer. La complexité du vivant résiste, cependant, à une interprétation monocausale simple (voire simpliste) de cette action des toxiques dans l'organisme. Cette complexité est mise à profit par les industriels pour exiger des « preuves », souvent scientifiquement inaccessibles, et, surtout, dénuées de sens face à l'évidence du danger et de risques avérés. Le « paradigme du doute » impose, dans le champ de la santé publique, des règles fondées principalement sur des calculs de probabilité, au détriment d'approches basées, d'une part, sur la réalité des atteintes professionnelles et environnementales, et, d'autre part, sur une pluralité des formes d'expertise.

3 MISE EN CONTEXTE

3.1 QUELQUES ÉLÉMENTS DE CONNAISSANCE SCIENTIFIQUE SUR LES MÉCANISMES DE CANCÉROGÉNÉICITÉ ET LA CAUSALITÉ DU CANCER²

La production de connaissances en santé au travail est, en France, fortement structurée par les enjeux médico-légaux de reconnaissance des pathologies professionnelles, eux-mêmes construits autour d'un schéma monocausal. Pourtant, remettant en cause ce schéma, Philippe Davezies, enseignant-chercheur en médecine du travail, insiste sur l'importance de connaissances biologiques qui tiennent compte de processus complexes multicausaux « susceptibles de donner une meilleure compréhension de la genèse des pathologies et, en particulier, des interactions entre les différentes nuisances et contraintes du travail ». Il attire plus spécifiquement l'attention sur les résultats de très nombreux travaux de recherche démontrant le rôle charnière de l'inflammation et du stress oxydant dans plusieurs pathologies liées à différents types de poly-exposition, dont les cancers (Davezies, 2017; Pézerat *et al.*, 1989-90; Expertise collective INSERM, 2008; Jomova et Valko, 2011).

² Les références bibliographiques sur lesquelles s'appuie ce paragraphe sont détaillées dans un ensemble de travaux portant sur les cancers professionnels (voir Annie Thébaud-Mony, 1991, 2006, 2008, 2011, 2014, ainsi qu'en 2015, avec André Picot).

En effet, le savoir accumulé en biologie et toxico-chimie depuis trente ans sur le cancer permet d'affirmer que cette maladie ne répond pas au modèle biologique classique « une cause = un effet ». Le cancer est un processus long, qui dure souvent plusieurs décennies de la vie d'un individu. Ce processus se fait en plusieurs étapes et se développe en interaction avec les expositions simultanées et successives de l'individu à des cancérrogènes (dans son milieu de travail et de vie), ainsi que leur inscription dans le développement biologique et vital d'un individu (Picot et Thébaud-Mony, 2015). Depuis une vingtaine d'années, des travaux de recherche en physico-chimie ont montré le rôle du stress oxydant dans les mécanismes de cancérogénèse inorganique, en s'appuyant plus spécifiquement sur le modèle des mécanismes de toxicité des fibres d'amiante en milieu biologique, modèle développé initialement par Henri Pézerat (1989-90), un chercheur français du Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS).

Toutefois, le modèle dominant de causalité du cancer, sous-jacent aux études épidémiologiques, fait jusqu'à présent l'impasse sur ces connaissances issues d'autres disciplines fondamentales, et s'en tient, le plus souvent, sur une base probabiliste, à la vérification de relations statistiques significatives entre cancer et cancérrogène, substance par substance. Pourtant, les résultats de l'enquête permanente du Groupement d'Intérêt Scientifique sur les Cancers d'Origine Professionnelle (GISCOP 93) menée auprès de patients atteints de cancer, dont le parcours professionnel a été reconstitué, montrent que chez les ouvriers qui constituent la majorité des 1400 patients de l'enquête, la poly-exposition est la règle, et la mono-exposition, l'exception (Thébaud-Mony, 2008 ; Counil *et al.*, 2016). L'absence d'études épidémiologiques sur l'incidence du cancer dans des populations de travailleurs subissant une poly-exposition intense et de longue durée est souvent utilisée par les experts médicaux pour rejeter la demande de reconnaissance en maladie professionnelle, au motif que la relation causale n'est pas démontrée. Que les épidémiologistes ne se soient pas intéressés à la polyexposition (ou n'aient pas pu la prendre en compte dans leurs modèles) ne peut pourtant pas constituer une absence de preuve d'un lien direct et essentiel entre les cancers — souvent précoces — dont souffrent ces patients et leur exposition 154 RELATIONS professionnelle à de nombreux cancérrogènes classés comme tels par le Centre International de Recherche sur le Cancer.

Une autre caractéristique importante des liens entre toxiques et cancer est le fait que l'atteinte par un cancérrogène n'a pas un seul organe cible, mais peut léser simultanément ou successivement plusieurs types de cellules au niveau de différents organes. Prenons l'exemple

de l'amiante. Des corrélations statistiques significatives ont été établies entre exposition à l'amiante et survenue du mésothéliome de la plèvre, du péritoine ou du péricarde, du cancer broncho-pulmonaire, du cancer du larynx et du pharynx, du cancer des ovaires, du cancer de l'estomac, du cancer colorectal et du cancer du rein (Selikoff et Seidman, 1991). Ceci peut être expliqué par les capacités de pénétration des fibres d'amiante dans ces différents organes et les processus d'atteintes cellulaires mis en évidence par les approches mécanistiques (Pézerat *et al.*, 1989-90; Fubini, 1997).

Enfin, il n'y a pas de « signature » du cancer permettant de « choisir », pour un individu atteint de cancer, entre différents facteurs, à l'exclusion des autres (Epstein, 1978). Sur la base de la propre expérience d'un patient et de la connaissance du processus de production de l'entreprise (ou des entreprises) dans laquelle (lesquelles) il a travaillé, l'histoire de l'exposition à des cancérogènes du patient atteint de cancer peut être reconstituée. Elle permet, non pas d'établir un lien causal avec un agent toxique spécifique, mais de recenser toutes les contaminations qui ont pu porter atteinte à l'intégrité physique de cette personne ainsi que contribuer au développement du cancer dont il souffre. Dans l'histoire corporelle d'un patient atteint de cancer, chacun des différents cancérogènes, auxquels il a été exposé, joue très probablement un rôle — en synergie avec les autres — dans le processus ayant engendré et accéléré le développement de ce cancer.

3.2 LES DIFFICULTÉS DE RECONNAISSANCE DES CANCERS PROFESSIONNELS EN VUE DE L'INDEMNISATION

Introduite par une loi de 1919, la reconnaissance des maladies professionnelles, en France, repose principalement sur une liste de tableaux comportant une ou des pathologies, une liste limitative ou indicative de travaux exposant au produit ou procédé en cause, un délai de prise en charge, séparant la date de fin de l'exposition de la date du diagnostic de la maladie (*Code de la Sécurité Sociale*, article L461-1 et 2). Un cas de maladie professionnelle répondant aux critères d'un tableau bénéficie, en principe, de la présomption d'imputabilité, ce qui, dans les faits, est loin d'être le cas (Thébaud-Mony, 1991, 2006, 2008). L'adoption d'un nouveau tableau ou la modification d'un tableau déjà existant est l'enjeu d'une négociation entre les partenaires sociaux dans le cadre d'une commission paritaire, sous couvert du ministère du Travail. Si des connaissances scientifiques sont indispensables pour obtenir la création ou la modification d'un tableau, en revanche de nombreuses études et

rapports officiels montrent que ces connaissances sont loin d'entraîner l'inscription automatique d'un risque avéré dans le cadre d'un tableau, en particulier concernant les cancers (Mission Bulh-Lambert, 1982). Cette commission paritaire, est composée de représentants du patronat et des organisations syndicales, animée par des représentants de l'État. En principe consultative, elle contrôle, en réalité, la création et/ou la modification des tableaux de maladies professionnelles en France. Le paritarisme y est particulièrement déséquilibré en faveur du patronat, non pas seulement en raison de la présence massive d'experts patronaux en amont de la discussion, mais aussi, du fait même de la difficulté pour les syndicalistes siégeant à la commission de parvenir, avec leurs experts, à une critique de la recherche dominante et de ses représentations (Thébaud-Mony, 1991, 2008 et 2014). Depuis 1993, un système complémentaire permet la reconnaissance hors tableau (*Code de la Sécurité Sociale*, article L461-2, alinéas 3 et 4). Dans ce cas, la victime doit apporter la preuve d'un lien direct et essentiel entre sa maladie et son travail.

Le travail minier comporte, par essence, une poly-exposition à différents agents toxiques, dont certains sont cancérigènes. Comme indiqué précédemment, de très nombreux travaux de recherches biologiques, toxico-chimiques et cliniques ont démontré l'existence de processus complexes d'interaction de ces toxiques dans l'organisme humain, éclairant la genèse des pathologies cancéreuses observées. Pourtant, les études de cas présentées ci-dessous montrent que, non seulement, ce fait n'est pas admis par les institutions en charge des maladies professionnelles, mais que les connaissances déjà acquises sont continuellement remises en doute.

4 MÉTHODOLOGIE

Cet article s'appuie sur nos recherches, menées depuis trente ans dans le cadre de plusieurs laboratoires de santé publique et sciences sociales, sur les mécanismes sociaux, culturels, économiques et politiques d'invisibilisation des cancers professionnels (Thébaud-Mony, 2014). L'étude de cas concernant la mine d'or de Salsigne, présentée ci-dessous, a fait partie des monographies d'un programme de recherches sur la reconnaissance des maladies professionnelles en France (Thébaud-Mony, 1991). Chaque monographie a consisté en une double approche : 1- rencontrer les victimes de cancer professionnel, réunir les documents permettant d'instruire et discuter les conditions dans lesquelles leurs dossiers de maladie professionnelle ont été ou non reconnus en maladie professionnelle, en référence aux règles

du système de réparation des maladies professionnelles en France; 2- mener des entretiens approfondis avec les acteurs étant intervenus dans le processus de reconnaissance (médecins, responsables et agents des caisses d'assurance-maladie, syndicalistes, militants associatifs, avocats). Un corpus de 248 procédures de reconnaissance en maladie professionnelle a ainsi été analysé, complété par de très nombreux entretiens. La monographie concernant les cancers professionnels dans la mine d'or a répondu à une demande syndicale concernant une situation jugée préoccupante par certains syndicalistes. Elle a porté sur 41 cas de cancer broncho-pulmonaire chez les travailleurs de l'exploitation minière.

L'étude de cas concernant la mine de tungstène a été initiée en réponse à une demande syndicale, dans les années 1985-1988. Le second temps de l'étude de cas (à partir de 2015) répond à la demande d'un collectif citoyen et consiste en une recherche documentaire susceptible d'étayer la démarche engagée en 1985-1988 sur les risques sanitaires associés à l'activité minière à Salau.

5 ANALYSE ET DISCUSSION DE DEUX CAS

5.1 LA MINE D'OR DE SALSIGNE: DES RISQUES CONNUS DEPUIS UN SIÈCLE, MAIS TOUJOURS MIS EN DOUTE

Située à Salsigne, et ouverte en 1892 dans une région viticole du sud de la France proche de Carcassonne, la mine d'or de Salsigne a cessé son activité en 2005. Elle constituait la principale activité industrielle de la région. Une mine d'or est considérée comme exploitable lorsqu'elle contient entre 7 et 11 grammes d'or par tonne de minerai. Il faut donc avoir à l'esprit le fait que le minerai est constitué de beaucoup d'autres matières minérales, dont certaines, lorsqu'elles sont transformées en poussières, sont également cancérogènes : c'est le cas de l'arsenic, du quartz (silice cristalline) et du fer.³ Un des composants majeurs du minerai de Salsigne s'avère être l'arsenic, dont la toxicité est connue depuis l'antiquité. Dans les années 1980, au moment de la réalisation de cette enquête, l'exploitant minier était la société des *Mines et Produits chimiques de Salsigne* (MPCS).

La connaissance de cancers respiratoires associés à l'exposition aux risques miniers des mines métalliques, en particulier les mines d'or, remonte au 19^e siècle (Peller, 1939). De

³ Le cancer broncho-pulmonaire primitif est inscrit aux tableaux MP n°25 (silice) et n°44bis (poussières de fer issus des procédés miniers) de la liste des maladies professionnelles indemnisables en France.

nombreuses études confirment ensuite — tout au long du 20^e siècle — l'apparition de cas précoces de cancer broncho-pulmonaire chez les mineurs d'or, et ce, dans différents pays (Kusiak *et al.*, 1991). En France, aucune étude n'est réalisée jusqu'aux années 1980, y compris chez les mineurs d'or de Salsigne.

À cet endroit, la santé des mineurs était prise en charge par un système de santé et de soins relevant d'un organisme spécifique, la Sécurité Sociale Minière (SSM). Au début des années 1980, les médecins traitants de la SSM constatent l'existence précoce de cas de cancer chez ces mineurs. Ce fait est alors confirmé par des thèses de médecine élaborées à partir du recensement exhaustif des cas présents dans le service de pneumologie de Carcassonne où tous les travailleurs des MPCs atteints de cancer pulmonaire ou autre pathologie respiratoire sont pris en charge. Ne connaissant pas la littérature scientifique internationale sur le sujet, les différents acteurs (médecins et syndicalistes) se posent alors la question suivante : Y-a-t-il un lien entre le travail dans l'exploitation des MPCs et cette épidémie de cas de cancer broncho-pulmonaire ? Cette question est le reflet des représentations dominantes en santé publique et santé au travail en France qui implique que, pour chaque mine, chaque usine, chaque population exposée, le lien causal entre l'exposition professionnelle à un ou des cancérogènes connus et le cancer soit « prouvé » à l'aide de méthodes épidémiologiques (Mission Bulh-Lambert, 1982). Pourtant en France, l'arsenic, très présent dans le minerai d'or de Salsigne, fait l'objet d'un tableau de maladie professionnelle N°20 qui, depuis 1942, reconnaît les atteintes liées à l'exposition aux dérivés solubles de l'arsenic, y compris trois types de cancer : 1-Maladie de Bowen; 2-Épithélioma cutané primitif; 3-Angiosarcome du foie. Toutefois, le cancer broncho-pulmonaire n'apparaît pas dans ce tableau.

Dans l'histoire des cancers professionnels à Salsigne, la rencontre entre des syndicalistes inquiets face aux cas de cancer précoces parmi les mineurs, et Henri Pézerat, toxico-chimiste, spécialiste des mécanismes de toxicité des poussières métalliques, va modifier le rapport de force au sein de la Commission des maladies professionnelles. En cette fin des années 1980, Henri Pézerat y siège en tant qu'expert de la centrale syndicale CGT. Il appuie la demande d'inscription des cancers broncho-pulmonaires chez les mineurs et ouvriers des MPCs, demande introduite auprès de la Commission par le médecin du travail du site minier. En référence à des résultats scientifiques spécialisés, mais aussi aux récits des mineurs, Henri Pézerat apporte la confirmation de la toxicité pulmonaire des composés de l'arsenic inscrits au tableau MP n°20, ainsi que leur présence dans l'atmosphère des lieux de travail à Salsigne. Le procédé pyro-métallurgique de traitement du minerai génère

indéniablement des poussières arsenicales hautement toxiques. Après discussion et grâce à une unité syndicale rarement acquise sur de tels enjeux, le 19 juin 1985, la Commission des maladies professionnelles donne son accord pour la création d'un tableau de maladie professionnelle n°20bis. Cependant, celui-ci ne prend en compte que les « cancers bronchiques primitifs provoqués par l'inhalation de poussières ou de vapeurs arsenicales », dans le cadre d'une liste très limitative des travaux susceptibles de provoquer cette maladie. Le tableau vise exclusivement les salariés de l'usine de traitement du minerai. Les mineurs de Salsigne — qui n'interviennent pas dans l'unité de pyro-métallurgie — se trouvent, de ce fait, exclus de la reconnaissance du cancer broncho-pulmonaire en maladie professionnelle. En dépit des connaissances scientifiques internationales concernant les cancers broncho-pulmonaires chez les travailleurs des mines d'or, les représentants du patronat exigent une nouvelle étude épidémiologique, avant que toute reconnaissance soit accordée aux cas de cancers broncho-pulmonaires chez les mineurs de Salsigne.

Menée par le CIRC et l'Institut National de Recherche et de Sécurité (INRS), une étude épidémiologique de mortalité confirme la relation statistiquement significative entre exposition aux poussières de mines et cancer broncho-pulmonaires chez les mineurs, tout autant que chez les ouvriers de l'usine de traitement du minerai (Simonato *et al.*, 1989). Parallèlement à cette étude épidémiologique, deux autres recherches sont alors engagées. La première en toxico-chimie par l'équipe CNRS dirigée par Henri Pézerat (menée dans le cadre d'une convention avec le ministère de l'Industrie) permet d'identifier trois types de minéraux particulièrement réactifs en milieu biologique et susceptibles de jouer un rôle en cancérogénèse : les poussières de pyrite vieilles (qui concernent tous les mineurs quel que soit leur poste), les poussières fraîchement émises de chlorite et celles de biotite (qui, les unes et les autres, concernent plutôt les mineurs affectés aux postes de foration et de boulonnage). Un autre résultat important concerne les scories vitreuses issues du traitement du minerai, nommées Salsidur, et stockées à l'air libre dans différents endroits du site. Ces scories se montrent également très réactives en milieu biologique (Pézerat, 1990). La seconde étude est menée par une équipe pluridisciplinaire de l'Institut National de la Santé et de la Recherche Médicale (INSERM) dans le cadre de conventions avec la Sécurité sociale Minière (SSM) du sud-Ouest et le ministère du Travail. Elle a pour but d'étudier, qualitativement, les conditions de déclaration, puis de reconnaissance ou de rejet, des cas de cancer broncho-pulmonaire de travailleurs des MPCS déclarés auprès de la SSM (Monbet et Thébaud-Mony, 1991). Sur les quarante et un cas de cancer broncho-pulmonaire déclarés en maladie professionnelle auprès

de la SSM entre février et juin 1987, quinze ouvriers de l'usine de pyro-métallurgie ont été reconnus en maladie professionnelle dans l'année 1988, pour certains à titre posthume. Dix-huit dossiers ont été rejetés en première intention, soit parce qu'il s'agissait de mineurs considérés comme « non exposés », soit parce que le travailleur n'entrait pas dans la liste — étroite — des postes exposés, établie unilatéralement par la direction de l'entreprise. Dans quelques cas, le diagnostic était insuffisamment précis. L'enquête a fait apparaître des atteintes dites « bénignes » — arcanicose externe (dermatose), perforations de cloison nasale — qui constituent une trace indéniable d'exposition à l'anhydride arsénieux, reconnu cancérigène. Pourtant, aucun suivi systématique des salariés quittant l'usine n'a été mis en place.

En dépit des résultats convergents des trois études, il faudra encore dix ans pour que le cancer broncho-pulmonaire chez les mineurs soit inscrit dans un tableau de maladie professionnelle. Le tableau 20 *ter*, adopté le 30 avril 1997, a ouvert le droit à la reconnaissance du « cancer bronchique primitif provoqué par l'inhalation de poussières ou de vapeurs renfermant des arséno-pyrites auri fères ». La liste limitative de travaux ne concerne que les travaux miniers dans les mines d'or, sachant que celle de Salsigne était la dernière en France à l'époque. En conclusion de leurs travaux, les chercheurs du CNRS et de l'INSERM impliqués dans ces études ont préconisé auprès des responsables sanitaires, d'une part, la création d'un suivi post-professionnel pour tous les anciens travailleurs des mines et de l'usine (salariés, intérimaires et sous-traitants) et, d'autre part, la création d'un registre départemental des cancers de l'Aude, comportant le parcours professionnel et l'histoire résidentielle de chaque nouveau cas susceptible d'y être inscrit. À partir de ces deux outils de santé publique, il aurait été possible, trente ans plus tard, de faire un bilan assez précis de cette catastrophe sanitaire. Ces recommandations sont, toutefois, demeurées lettre morte.

Au début des années 1990, après avoir arrêté le procédé pyro-métallurgique de traitement du minerai, la direction des MPCs décide d'adopter un procédé à froid d'hydrométallurgie, procédé particulièrement polluant pour l'environnement du fait des boues résiduelles très riches en arsenic et de ses dérivés stockées dans de gigantesques bassins (les « plages ») au sommet de la montagne au nord de Carcassonne. Henri Pézerat avait exprimé son désaccord sur ce mode de traitement, car il considérait que l'accumulation de ces boues, très riches en arsenic facilement mobilisable, représentait un grave danger pour la région. Les faits lui ont donné raison. À plusieurs reprises, les « plages » ont débordé, entraînant une contamination environnementale durable à l'arsenic, mais aussi au cyanure. Anciennement

utilisé dans le traitement pyro-métallurgique du minerai, le four a été mis pendant quelques années (et avec une subvention de l'État) à disposition d'un soi-disant « recyclage » de métaux. Ce dernier a provoqué une pollution — également durable — aux métaux lourds (cadmium, plomb, mercure). Cependant, ce cumul de pollutions et l'absence d'une véritable veille sanitaire sur la région a laissé triompher le doute épidémiologique (Dondon *et al.*, 2005). La pollution extensive par les déchets miniers demeure la pomme de discorde d'une région désormais sinistrée pour des siècles (Pujol, 2014). Aucun recensement statistique des cas de cancers reconnus en maladie professionnelle, année par année, n'a été effectué. Ainsi, laissant place au doute sur les effets sanitaires identifiés, l'invisibilité des cancers professionnels liée à l'exploitation aurifère à Salsigne est redevenue totale. En effet, les mineurs et les travailleurs de l'usine atteints de cancer semblent avoir très peu bénéficié de leur droit à la reconnaissance et aucun registre de cancer n'a permis le recensement systématique et, donc, la connaissance de l'incidence des nouveaux cas au fil des années.

Vingt ans après la fermeture, un projet de réouverture de la mine avec exploitation des stériles a été proposé par un exploitant soutenu par les pouvoirs publics, projet qui met en conflit les intérêts financiers privés de cet exploitant et l'intérêt général des populations de travailleurs et de riverains qui auraient à en subir les conséquences sanitaires dans le futur. L'absence de bilan sanitaire empêche les résidents inquiets — et ils sont nombreux — de faire valoir auprès des pouvoirs publics l'argument des dangers d'une éventuelle remise en exploitation du site. La décision politique est, cependant, en suspens.

5.2 UNE MINE DE TUNGSTÈNE ET... D'AMIANTE

La seconde étude de cas de l'invisibilité des cancers professionnels en milieu minier concerne les risques liés à la présence d'amiante dans une mine de tungstène située dans les Pyrénées françaises, à 30 km au sud de Saint Giron, près des sources du Salat et de la frontière espagnole. Étagé entre 1200 m et 1900 m d'altitude, les affleurements minéralisés ont été découverts en 1961 et exploités entre 1971 et 1986. La teneur en tungstène était de l'ordre de 1 à 2 %. Ce qui signifia l'extraction d'une quantité très importante de roches d'autre nature pour obtenir le tungstène lui-même. Celui-ci se trouve dans une roche particulière (la scheelite), qu'il faut extraire pour ensuite faire subir au minerai un traitement — en utilisant des substances chimiques — afin de séparer le tungstène des autres composants. Les composés du minerai (variétés d'amiante, silice, arsenic, fer) et les produits

de traitement (acides forts) entraînent, pour les mineurs, une importante poly-exposition aux cancérigènes. Pendant l'exploitation, la mine de Salau représentait, par an, en moyenne 700 tonnes de scheelite commercialisable pour 60 000 m³ de roches tout-venant extraites. Ces milliers de m³ de roches forment les « stériles » stockées à l'extérieur de la mine.

Selon les travaux de Colette Derré, géologue spécialiste des mines de tungstène et d'étain, dans la partie exploitée du gisement des circulations hydrothermales ont localement (veinules) et partiellement transformé des pyroxènes en amphibole ferrifère (Derré, 1980). Or, les amphiboles constituent la catégorie d'amiante reconnue comme la plus dangereuse, strictement réglementée, puis interdite dans la plupart des pays industrialisés dès les années 1970-1980. Au Québec, les industriels de l'amiante ont longtemps soutenu que les pathologies associées à l'exposition aux poussières des mines d'amiante chrysotile du Québec étaient dues, non pas au chrysotile lui-même, mais à une contamination du chrysotile par une amphibole, la trémolite. En revanche, à Salau, c'est l'inverse : la présence d'amiante est niée par les industriels qui ont en projet la ré-ouverture de la mine au motif qu'on n'y trouverait pas de chrysotile. Or la trémolite fait partie des variétés d'amiante amphibole présentes dans le minerai de la mine de Salau. Dans cette étude de cas, la chronologie de la production de connaissances sur les risques sanitaires prend toute son importance afin d'éclairer les termes de ce qu'il est possible de qualifier de « vraie fausse controverse », dans laquelle la non reconnaissance des cancers professionnels et autres pathologies liées à l'amiante joue un rôle déterminant.

Au milieu des années 1980, alors que la mine est exploitée depuis 15 ans environ, des cas d'asbestose et de silicose apparaissent chez les mineurs, qui tenteront — vainement dans un premier temps — de se faire reconnaître en maladie professionnelle. Ces pathologies, auxquelles viennent rapidement s'ajouter des cancers broncho-pulmonaires, soulèvent la question de la présence d'amiante dans la mine de Salau. Des prélèvements d'air, effectués par le laboratoire de chimie de la Caisse régionale d'Assurance-maladie d'Aquitaine⁴ et le Bureau de Recherches Géologiques et Minières (BRGM)⁵, révèlent la présence d'une amphibole — l'actinolite — dans les « *skarns* » qui contiennent la scheelite (et donc le

⁴ Prélèvements d'atmosphère, société minière d'Anglade, Salau (Ariège), Rapport technique n°1122 du 4 novembre 1983, Laboratoire de chimie de la Caisse régionale d'assurance maladie d'Aquitaine, Bruges.

⁵ Analyse de prélèvements de poussières, Mine de Salau, BRGM C 780258F, Orléans, 28 décembre 1983 ; J. L. Boulmier, Étude de l'empoussièrement fibreux à la mine de Salau, BRGM, Étude n°9830, 12 janvier 1984 ; Résultats d'études. Mesure par microscopie optique de la concentration numérique en fibres à la mine de Salau. Campagne de prélèvements des 19 et 20 juin 1984, BRGM, Étude n°9898, 5 juillet 1984 ; Résultats d'études, mesure de la concentration numérique en fibres dans l'air de la mine de Salau. Prélèvements de mai, 1985, BRGM n°25582/s, 10 juin 1985.

tungstène), mais aussi de poussières silicogènes. Le directeur de la mine reconnaît la présence d'actinolite dans une proportion d'environ 50% du total des poussières analysées, mais il refuse de considérer cette contamination comme une exposition « suffisante » pour la reconnaissance en maladie professionnelle des mineurs atteints. Ce refus devient, de facto, un motif de rejet par la Caisse d'Assurance-maladie de la demande de reconnaissance en maladie professionnelle des mineurs malades.

Sollicité par les mineurs en soutien de leur demande, Henri Pézerat décide de procéder dans son laboratoire de physico-chimie du CNRS, à l'analyse d'échantillons du minerai de Salau, communiqués par les mineurs ou prélevés dans les stériles de mine accessibles à l'extérieur de la mine, afin de vérifier la présence d'amiante de type amphibole. C'est ainsi qu'il établit deux rapports montrant, non seulement la présence de fibres d'actinolite, mais les mécanismes d'effets sanitaires attendus (Henri Pézerat, 1984, 1986). Dans l'étude de 1984, Henri Pézerat identifie l'actinolite, avec un diagramme des rayons X très proche de celui de la crocidolite, ainsi que la présence de fibres longues et fines. Il souligne alors le caractère inquiétant des résultats d'examen clinique d'une quinzaine de mineurs qui ont subi un lavage broncho-alvéolaire dans lequel la présence de corps asbestosiques a été repérée, ce qui constitue un signe indubitable de la contamination respiratoire de ces mineurs par l'amiante, surtout pour ceux dont la seule exposition plausible est d'avoir travaillé aux travaux de creusement de galeries, puis d'exploitation minière à Salau.

Dans le rapport de 1986, Henri Pézerat présente les résultats de ses analyses et, notamment, la présence d'actinolite dans les échantillons de poussières qu'il a pu analyser. Il montre la convergence des résultats — confirmant la présence d'actinolite — entre ses propres analyses, les travaux géologiques plus anciens, en particulier ceux de Colette Derré, et les études de la composition des poussières dans les prélèvements d'air au sein de la mine en activité, réalisées par le BRGM. Henri Pézerat s'interroge, par la suite, sur les effets toxiques de la contamination pulmonaire par l'actinolite. Pour ce faire, il s'appuie sur les travaux alors internationalement reconnus (dont ceux de son équipe de recherche) selon les quels le principal facteur de toxicité des fibres d'amiante en milieu biologique est la réactivité de surface qui, elle-même, est « fonction de la composition chimique des particules, de leur structure, de l'étendue de leur surface et de leur durée de vie en milieu pulmonaire, soit dans leur forme cristallographique originelle soit dans une forme et une nature modifiée » (Henri Pézerat, 1986 : 6). Compte tenu d'une fréquence anormalement élevée de « corps asbestosiques » dans les poumons de mineurs de Salau, il considère hautement probable que la

dizaine de cas de fibroses, naissantes ou bien caractérisées, observées sur les 100 ou 150 personnes exposées à Salau depuis moins de 15 ans, est due essentiellement à une forte exposition aux poussières d'actinolite.

Concernant les risques de cancer, Henri Pézerat s'appuie sur les résultats d'études américaines (Coffin *et al.*, 1982) et allemandes (Pott *et al.*, 1982), qui, en expérimentation animale, ont permis de mettre en évidence le potentiel toxique de l'actinolite (du fait de la tendance des fragments de clivage en milieu biologique à se cliver en fibres de petit diamètre augmentant la surface active), et l'apparition de cancers du poumon chez les rats. Henri Pézerat conclut en soulignant que l'activité toxique de l'actinolite en milieu biologique apparaît plus redoutable que celle d'autres variétés d'amiante plus classiques et il éclaire le lien qui doit être reconnu, selon lui, entre ce type d'amiante et les maladies pulmonaires présentées par les mineurs. Après la fermeture de la mine en 1986, quelques mineurs parviendront, avec l'aide d'Henri Pézerat, de médecins traitants et d'une infirmière du travail, à obtenir la reconnaissance en maladie professionnelle de l'asbestose, puis de cancers broncho-pulmonaires. Une grande partie des mineurs issus de l'immigration quittent alors la région et personne ne sait lesquels parmi eux ont souffert de maladies liées à l'amiante.

En 2015, soit 29 ans plus tard, une controverse géologico-sanitaire resurgit avec un projet de réouverture de la mine déposé auprès des services de la préfecture de l'Ariège. Un collectif citoyen, auquel la population locale apporte son soutien, se saisit alors du dossier. Sur la base des travaux réalisés par Henri Pézerat dans les années 1980, mais aussi d'une connaissance de cas d'asbestose et de cancers reconnus issus de témoignages des familles concernées et de professionnels de la santé de la région, ce collectif exprime son opposition à une réouverture de la mine.

L'industriel qui a déposé la demande commandite, de son côté, l'expertise de deux universitaires en géologie concernant la présence d'amiante dans le gisement de Salau. Ils font faire sous constat d'huissier le 27 août 2015, trois prélèvements dans les stériles de la mine de Salau composés des résidus du traitement minier de l'époque de l'exploitation, puis les analysent dans leurs laboratoires en diffraction rayons X, soit la même méthode que celle utilisée par Henri Pézerat. Ils montrent la présence d'actinolite et de trémolite dans les stériles de mine accessibles à l'air libre (Marcoux, 2015, d'Arco, 2015). Cependant, faisant référence à l'amiante chrysotile du Québec — absent du gisement de Salau —, ils nient la présence d'amiante dans celui-ci.

Incontestablement, les résultats d'Henri Pézerat, en 1985, et ceux d'Éric Marcoux et de Philippe d'Arco, en 2015, convergent dans l'identification de la présence d'actinolite et de trémolite dans les stériles de mine. Les divergences se situent au niveau de la caractérisation de ces variétés d'amphiboles en tant qu'amiante et de leur dangerosité. Or l'Agence Nationale de Sécurité Sanitaire, Alimentation, Environnement, Travail (ANSES) a produit, en décembre 2015, un avis d'expertise collective, relatif aux *Effets sanitaires et à l'identification des fragments de clivage d'amphiboles issus des matériaux de carrière*. Cet avis s'étend, à l'évidence, au site de l'ancienne mine de Salau, qui contient les minéraux concernés par l'expertise

Au plan géologique, il est largement reconnu que l'actinolite et la trémolite font partie des amphiboles, qui elles-mêmes, sont des variétés d'amiante réglementées. Enchassées dans du minéral auquel personne ne touche, ces amphiboles peuvent demeurer « non asbestiformes ». Mais l'ANSES précise justement que « lorsqu'une contrainte mécanique est appliquée sur les roches contenant de l'actinolite ou autre amphibole non asbestiforme homologue des amphiboles réglementées, ces minéraux sont susceptibles de se cliver pour donner des particules plus ou moins allongées appelées fragments de clivage ».

Concernant les risques sanitaires et après expertise des travaux épidémiologiques et toxicologiques, les conclusions de l'expertise de l'ANSES sont les suivantes: 1-les études épidémiologiques ne permettent pas d'exclure un risque pour la santé lié à des fragments de clivage non asbestiformes issus des 5 amphiboles réglementaires (actinolite, anthophyllite, trémolite, grunérite et riébeckite); 2-il n'existe aucune donnée toxicologique scientifique validée permettant d'affirmer que les fragments de clivage sont moins toxiques que leurs homologues asbestiformes; 3-les méthodes d'analyse ne permettent pas de différencier formellement les fragments de clivage des fibres asbestiformes. L'expertise ANSES conclut qu'il y a donc lieu d'appliquer la réglementation amiante en présence de telles particules.

La formulation des conclusions — en double négation — pourrait laisser penser que les études concernant les preuves de toxicité ne sont pas en elles-mêmes suffisamment concluantes pour affirmer la dangerosité des fragments de clivage. Pourtant, les travaux de recherche déjà anciens portant sur les épidémies de maladies respiratoires et cancer sur des sites tels que la mine de Libby dans le Montana (États-Unis), cités dans l'expertise ANSES, sont sans ambiguïté. Mais le doute aurait pu être levé, au niveau épidémiologique, par les travaux de Bauman *et al.*, publiés en 2015. Intitulée *La présence d'amiante dans l'environnement naturel liée vraisemblablement aux cas de mésothéliome chez les femmes et*

les personnes jeunes du Sud du Nevada (Baumann *et al.*, 2015, traduction libre du titre), cette étude épidémiologique montre un lien très significatif entre, d'une part, la pollution environnementale par l'actinolite — entrant au sud du Nevada (États-Unis) dans la composition géologique et minéralogiques des sols et véhiculée par l'air et les rivières — et, d'autre part, l'importante épidémie de mésothéliome chez les femmes (du fait d'une exposition environnementale), mais aussi chez les personnes de moins de 55 ans (du fait d'une exposition environnementale dès l'enfance). Dans cette région sud du Nevada, le taux d'incidence annuelle du mésothéliome chez les moins de 55 ans est de 11,28 par million, contre 2,69 pour la population tous âges dans la même région et 6,7 au niveau national. Cette étude s'appuie sur les registres de cancer, les données du recensement, l'analyse des conditions d'empoussièrément aérien liées à la sécheresse de cette région, ainsi que sur des résultats d'analyse minéralogique de 230 prélèvements effectués en préalable à la construction d'une autoroute. Il s'agit donc d'une étude particulièrement pertinente dans le cadre de l'expertise ANSES, qui ne l'a pourtant pas intégrée au corpus d'études examinées.

Les études épidémiologiques étant par essence probabilistes, il existe de surcroît une autre façon d'aborder la question, à savoir s'intéresser, non pas seulement aux conséquences humaines de l'exposition qui, on le sait, sont différées dans le temps, mais aux propriétés toxicologiques intrinsèques des différents minéraux suspectés. Cette démarche lève également le doute sur la toxicité des amphiboles telles que l'actinolite. La reconstitution chronologique de la production de connaissances sur les mécanismes de toxicité en toxico-chimie inorganique est très éclairante à cet égard. En effet, la France fut une pionnière, grâce aux travaux scientifiques d'Henri Pézerat, de la mise en évidence des mécanismes de toxicité des fibres minérales en milieu biologique dans les années 1980/90. Récusant les seuls effets « longueur de fibre » ou « biopersistence », les travaux de ce chercheur démontrent le rôle de la réactivité de surface des particules ou fibres comme principal facteur de pathogénicité, notamment par un phénomène devenu central dans la compréhension de très nombreux processus pathogènes, à savoir le « stress oxydant » (Pézerat, 2009). Ce résultat fondamental fait aujourd'hui très largement consensus dans la communauté scientifique (Davezies, 2017).

Dans la continuité des études mécanistiques menées par Henri Pézerat, des chercheurs italiens en toxicochimie et en épidémiologie de Turin démontrent une concordance avec leurs résultats d'études. Dans le cadre de celles-ci, le rôle de la réactivité de surface de la fibre en milieu biologique est démontré, confirmant l'importance du mécanisme de stress oxydant à l'oeuvre dans la genèse des pathologies associées à l'exposition à l'amiante. En 2005, la

publication de ces résultats apporte la démonstration de la toxicité d'une amphibole non classique et corrobore les résultats de l'ensemble des travaux épidémiologiques cités dans l'expertise ANSES, qu'il s'agisse de minéraux « asbestiformes » ou « non asbestiformes ». Les travaux italiens confirment pour la balangerite, autre variété d'amphibole, un potentiel toxicochimique semblable, voire supérieur, à celui de la crocidolite, amphibole dont la toxicité ne fait plus de doute pour personne (Groppo *et al.*, 2005). Le mécanisme de réactivité de surface en milieu biologique apparaît identique (Turci *et al.*, 2005). Enfin, les chercheurs italiens montrent que la balangérite comme la crocidolite, introduite en milieu biologique, bloque un des principaux mécanismes de défense de l'organisme contre ce processus pathogène (Gazzano *et al.*, 2005). Cependant, ces résultats n'ont pas été pris en compte dans l'expertise ANSES. Or, ils peuvent être rapprochés des tous premiers travaux menés à ce sujet par Henri Pézerat en 1985, et ils apportent une validation de son analyse des échantillons de la mine de Salau, contenant de l'actinolite. Ainsi l'expertise collective de l'ANSES aurait-elle pu déboucher sur une concordance beaucoup plus précise des données toxicologiques et épidémiologiques disponibles, lui permettant, non pas de conclure par cette double négation qui maintient le doute, mais par une reconnaissance du caractère très préoccupant de la présence d'amphiboles dans les mines et carrières françaises.

Le 10 février 2017, arbitrant au plus haut niveau de l'État, le premier ministre, Bernard Cazeneuve, a donné l'autorisation du permis d'exploration minière, sous réserve qu'une « expertise indépendante » lève le doute sur le risque amiantifère. Ainsi, en dépit de l'ensemble des connaissances portées au dossier par les chercheurs, le doute a triomphé, doute fondé sur une carence importante de la santé publique française. Alors qu'après la fermeture de l'exploitation, une grande partie des mineurs, issus de l'immigration, a quitté la région ou la France, et que, comme pour Salsigne, la SSM ne publie pas de statistiques sur les cas déclarés et reconnus en maladie professionnelle, aucun suivi des ex-mineurs et aucun recensement systématique des victimes à partir d'un registre des cancers de l'Ariège n'ont été mis en oeuvre. Au fil des années, les cas de cancer incidents et leur répartition dans la population qui a subi l'exposition n'ont donc pas été identifiés. Ainsi, au niveau institutionnel, l'invisibilité des maladies professionnelles chez les mineurs de Salau est totale, les connaissances apportées par la population, les médecins et les chercheur.e.s ayant mené les études des années 1980 ne sont pas considérées comme « probantes ». Le collectif citoyen prépare un recours en justice pour tenter d'obtenir l'annulation de la décision.

6 CONCLUSION

En dépit d'une expérience séculaire des risques miniers, le paradigme du doute qui domine la santé publique permet aux industriels, mais aussi aux acteurs étatiques — aujourd'hui comme hier — de s'appuyer sur l'incertitude afin d'envisager favorablement la réouverture de sites miniers dans des régions habitées, cela sans prise en compte des enjeux sanitaires. L'un des principaux points d'appui de cette incertitude indéfiniment reconduite réside dans l'invisibilité des pathologies liées au travail, en particulier des cancers professionnels. Les carences de la santé publique française, que ce soit en matière de registres de cancer, de suivis des personnes exposées, de reconnaissance du caractère professionnel des cancers chez les patients ayant subi une exposition aux cancérogènes, — font obstacle à toute démarche de retour d'expérience concernant les conséquences de dangers avérés et connus depuis des décennies, tels que l'amiante et l'arsenic, pour ne citer qu'eux.

Ainsi se renouvellent, décennie après décennie, ces « vraies fausses controverses » qui remettent en débat et en doute, des connaissances indubitables sur les conséquences sanitaires des risques industriels. Les décisions politiques susceptibles de protéger la population contre ces dangers sont différées en attendant les « preuves » inatteignables de conséquences sanitaires répondant au schéma traditionnel « une cause = un effet ». Il s'agit de « fausses controverses », dans le sens où la toxicité des substances ne faisant aucun doute, la discussion porte sur une quête de 'preuves' reposant sur un schéma monocausal reconnu scientifiquement comme inapproprié dans le cas des pathologies cancéreuses.

Les études de cas présentées dans cet article montrent que, face à des réalités sanitaires, économiques et sociales complexes, des démarches scientifiques pluridisciplinaires menées en coopération avec les principaux concernés sont possibles, alliant des travaux des sciences de la terre (géologie), des sciences de la vie (toxicochimie) et des sciences sociales (sociologie, droit, histoire), en lien avec une pratique médicale qui prend en considération les conditions de travail des patients.

L'épidémie de cancer ne cesse de progresser, atteignant une incidence estimée de 385 000 nouveaux cas par an en France. Mais l'invisibilité socialement construite des victimes de cancer professionnel et l'absence de volonté politique en matière de santé publique de les prendre en compte font obstacle à la mise en place de stratégies de prévention. Face à ce qui apparaît comme des impératifs économiques, le doute sur les effets sanitaires des risques industriels favorise encore actuellement la poursuite de conditions de production des cancers

du futur, en particulier, chez les premiers concernés par l'exposition aux cancérogènes, à savoir les travailleurs.

7 RÉFÉRENCES

ANSES (2015) Effets sanitaires et identification des fragments de clivage d'amphiboles issus des matériaux de carrière, Avis de l'Anses, Rapport d'expertise collective, Édition scientifique, décembre.

Baumann, Francine, Brenda J. Buck, Rodney V. Metcalf, Brett T. McLaurin, Douglas J. Merkler et Michele Carbone (2015) « The Presence of Asbestos in the Natural Environment is Likely Related to Mesothelioma in Young Individuals and Women from Southern Nevada », *Journal of Thoracic Oncology*, 10, p. 731-737.

Bourdieu Pierre (2001) *Science de la science et réflexivité*, Paris: Raisons d'Agir.

Coffin David, Lalita D. Palekar et Philipp M. Cook (1982) « Tumorigenesis by Ferroactinolite Mineral », *Toxicology Letters*, 13, p. 143-150.

Cook, Phillip, Lalita D. Palekar et David L. Coffin (1982) « Interpretation of the Carcinogenicity of Amosite Asbestos and Ferroactinolite on the Basis of Retained Fiber Dose and Characteristics in Civo », *Toxicology Letters*, 13, p. 151-158.

Counil, Émilie, Mélanie Bertin et Annie Thébaud-Mony (2016) « Giscop93 : de la reconstitution des parcours de travail à la reconnaissance en maladie professionnelle : Enseignements du dispositif d'enquête du Giscop93 sur la question des multi-expositions cancérogènes », chapitre d'ouvrage à paraître dans l'avis d'experts qui fait suite au Colloque « Cancers professionnels : nouveaux enjeux pour la prévention », Nancy : INRS.

D'Arco, Philippe (2015) Rapport sur l'analyse minéralogique par diffraction des rayons-X sur les haldes de l'ancienne mine de tungstène de Salau (Ariège), à l'attention de M. Michel Bonnemaïson, Directeur Général, Variscan Mines, Décembre.

Davezies, Philippe (2017) « Souffrance au travail et enjeux de santé : le rôle charnière de l'inflammation et du stress oxydant », *PISTES*, 19-1, <http://pistes.revues.org/4953>.

Derré, Colette, Michel Fontelle et Louis Nansot (1980) « Le gisement de scheelite de Salau, Ariège-Pyrénées » – 26^e CGI : Gisements Français, Fascicule E9.

Dondon, Marie-Gabrielle, Florent De Vathaire, Philippe Quénel et Nadine Fréry (2005) « Cancer Mortality during the 1968-1994 Period in a Mining Area in France », *European Journal for Cancer Prevention*, 14 (3), p. 297-301.

Egilman, David et Susanna Rankin Bohme, dir. (2005) « Over a Barrel : Corporate Corruption of Science and its Effects on Workers and the Environment », *International Journal of Occupational and Environmental Health*, 11 (4), p. 331-337.

Epstein, Samuel (1978) *The Politics of Cancer*, San Francisco : Sierra Cubl Books.

Expertise collective Afsset-Inserm (2008) *Cancer et environnement*, Paris : Les Éditions Inserm.

Foucart, Stéphane (2013) *La Fabrique du mensonge. Comment les industriels manipulent la science et nous mettent en danger*, Paris : Denoël.

Fubini, Bice (1997) « Surface Reactivity in the Pathogenic Response to Particulates », *Environmental Health Perspectives*, 1105 (Suppl. 5), p. 1013-1020.

Gazzano, Elena, Chiarra Riganti, Maura Tomatis, Francesco Turci, Amalia Bosia, Bice Fubini et Dario Ghigo (2005) « Potential Toxicity of Nonregulated Asbestiform Minerals : Balangeroite from the Western Alps. Part 3 : Depletion of Antioxidant Defenses », *Journal of Toxicology and Environmental Health, Part A*, 68 (1), p. 41-49.

Grosso Chiarra, Maura Tomatis, Francesco Turci, Elena Gazzano, Dario Ghigo, Roberto Compagnini et Bice Fubini (2005) « Potential Toxicity of Nonregulated Asbestiform Minerals : Balangeroite from the Western Alps. Part 1 : Identification and Characterization », *Journal of Toxicology and Environmental Health, Part A*, 68 (1), p.1-19.

Horel, Stéphane (2015) *Intoxication. Perturbateurs endocriniens lobbyistes et eurocrates : une bataille d'influence contre la santé*, Paris : La Découverte.

Jouzel, Jean-Noël (2013) *Des toxiques invisibles. Sociologie d'une affaire sanitaire oubliée*, Paris : EHESS, coll. « Cas de figure ».

Jomovo Kaudia et Marian Valko (2011) « Advances in Metal-induced Oxidative Stress and Human Disease », *Toxicology*, 283 (2-3), p. 65-87.

Kuhn, Thomas (1983) *La Structure des révolutions scientifiques*, Paris : Flammarion, 1983 (traduit de l'anglais, 1^{ère} éd. 1962, Chicago : The University of Chicago Press).

Kusiak, Rafal , Jonathan Springer, A. C. Ritchie et J. Muller (1991) « Carcinoma of the Lung in Ontario Gold Miners : Possible Aetiological Factors ». *British Journal of Industrial Medicine*, 48 (12), p. 808-817.

Marcoux, Éric (2015) *Rapport d'expertise sur la présence éventuelle d'amiante sur le site de l'ancienne mine de tungstène de Salau (Ariège)*, Observatoire des sciences de l'univers en région centre, à l'attention de M. Michel Bonnemaïson, Directeur Général, Variscan Mines, Décembre.

McCulloch, Jock et Geoffrey Tweedale (2008) *Defending the Indefensible. The Global Asbestos Industry and its Fight for Survival*, New York : Oxford University Press.

Michaels, David (2008) *Doubt is their Product. How Industry's Assault on Science Threatens your Health*, New York : Oxford University Press.

Michaels, David et Celeste Monforton (2005) « Manufacturing the Uncertainty : Contested Science and the Protection of the Public's Health and Environment », *American Journal of Public Health*, 95 (Supplement on Scientific Evidence and Public Policy), juillet, p. S39-S48.

Mission Bulh-Lambert (1982) Rapport Travail – Santé – Prévention, Paris, Mission de la Sécurité Sociale, Ministère des Affaires Sociales et de la Solidarité.

Monbet, Nathalie et Annie Thébaud-Mony (1991) « Maladies professionnelles chez les salariés et retraités des mines et produits chimiques de Salsigne (MPCS) », dans Annie Thébaud-Mony (1991) La Reconnaissance des maladies professionnelles. Acteurs et logiques sociales, Paris : La Documentation française.

Nicolino, Fabrice (2014) Un Empoisonnement universel. Comment les produits chimiques ont envahi la planète, Paris : Éditions Les liens qui libèrent.

Nicolino, Fabrice et François Veillerette (2007) Pesticides. Révélation sur un scandale français, Paris : Fayard.

Oreskes, Naomi et Erik M. Conway (2012) Les Marchands de doute, Paris : Le Pommier.
Peller, Sigismund (1939) « Lung Cancer among Mine Workers in Joachimsthal », Human Biology, 11 (1), p. 130-143

Pézerat, Henri (1984) Examen des échantillons en diffraction des rayons X et microscopie électronique, Laboratoire de réactivité de surface et structure, Jussieu, 2 août.

Pézerat, Henri (1986) Rapport sur les risques liés à la présence d'amiante à la mine de Salau (Ariège), Laboratoire de réactivité de surface et structure, Jussieu, janvier.

Pézerat, Henri (1990) Identification des minéraux pouvant réduire, en milieu biologique, l'oxygène en radicaux toxiques. Relation avec les risques de cancer en milieu minier. Rapport final, Convention de recherche n°87.2.78.0085 entre le ministère de l'Industrie, des PTT et du Tourisme, et l'Université P. et M. Curie, Paris.

Pézerat, Henri (2009) « Chrysotile Biopersistence. The Misuse of Biased Studies », International Journal of Occupational and Environmental Health, 15, p. 102-106.

Pézerat, Henri, Roger Zalma, Joëlle Guignard et Marie-Claude Jaurand (1989) « Production of Oxygen Radicals by the Reduction of Oxygen arising from the Surface Activity of Mineral Fibers », IARC Scientific Publications, 90, p. 100-111.

Picot, André et Annie Thébaud-Mony (2015) « Risques et atteintes toxiques », dans Annie Thébaud-Mony, Philippe Davezies, Serge Volkoff et Laurent Vogel (2015) Les risques du travail. Pour ne pas perdre sa vie à la gagner, Paris : La Découverte.

Pott, Friedrich (1982) « New Results from Implantation with Mineral Fibres », dans Biological Effects of Man-mineral Fibres ; Proceeds of Occupational. Health Conference, Copenhagen, April.

Proctor, Robert N. (2011) Golden Holocaust. Origins of the Cigarette Catastrophe and the Case for Abolition, Berkeley : University of California Press.

Pujol, Hervé, dir. (2014) *Tristes mines. Impacts environnementaux et sanitaires de l'industrie extractive*, Bordeaux : Éditions des études hospitalières.

Ramazzini, Bernardino (1990) *Des maladies du travail*, traduction d'Antoine de Fourcroy, Ayssènes : Alexitères Éditions (1^{ère} édition, 1700).

Rosner, David et Gerald Marcowitz (1994) *Deadly Dust : Silicosis and the Politics of Occupational Disease in the Twentieth Century*, Princeton : Princeton University Press.

Rosental, Paul-André (2015) « Histoire de la reconnaissance de la silicose... et de la sousreconnaissance du 'risque silice' », dans Annie Thébaud-Mony, Philippe Davezies, Serge Volkoff et Laurent Vogel (2015) *Les risques du travail. Pour ne pas perdre sa vie à la gagner*, Paris : La Découverte.

Selikoff, Irving et Herbert Seidman (1991) « Asbestos-associated Deaths among Insulation Workers in the United States and Canada, 1967-1987 », *Annals of the New York Academy of Science*, 643, p. 1-14.

Simonato, Lorenzo et Jean-Jacques Moulin (1989) *Étude de mortalité parmi les salariés de la société des mines et produits chimiques de Salsigne*, Rapport interne CIRC 89/009, Lyon : Unité d'épidémiologie analytique, CIRC. 170

Thébaud-Mony, Annie (2006) « Histoires professionnelles et cancer », *Actes de la Recherche en Sciences sociales*, 163 (juin), p. 18-31.

Thébaud-Mony, Annie (2008) « Construire la visibilité des cancers professionnels. Une enquête permanente en Seine-Saint-Denis », *Revue française des affaires sociales*, 2-3 (avril-septembre), p. 237-254.

Thébaud-Mony, Annie (1991) *La Reconnaissance des maladies professionnelles. Acteurs et logiques sociales*, Paris : La Documentation française.

Thébaud-Mony, Annie (2011) « Cancers professionnels », dans Antoine Bevort, Annette Jobert,

Michel Lallemand et Arnaud Mias, *Dictionnaire du travail*, 2011, Paris : PUF, Collection Quatridge.

Thébaud-Mony, Annie (2014) « La Science Asservie. Santé publique : les collusions mortifères entre les industriels et les chercheurs », Paris : La Découverte.

Turci, Francesco, Maura Tomatis, Elena Gazzano, Chiarra Riganti, Amalia Bosia, Dario Ghigo et Bice Fubini (2005) « Potential Toxicity of Nonregulated Asbestiform Minerals : Balangeroite from the Western Alps. Part 2 : Oxidant Activity of the Fibers », *Journal of Toxicology and Environmental Health, Part A*, 68 (1), p. 21-39.

LA LIBERTAD SINDICAL BAJO EL PRISMA DE LA OIT. EL CASO ESPAÑOL¹

FREEDOM OF UNION UNDER THE PRISM OF OIT THE CASE SPANISH

Antonio Ojeda Avilés²
Miguel Gutiérrez Pérez³

RESUMEN: Se traza la evolución de las relaciones entre OIT y España en materia de libertad sindical desde las tensiones del período 1969-1975 derivadas de las violaciones de ésta por el gobierno de la Dictadura, pasando por el espléndido momento de la restauración de la democracia, hasta la más matizada relación actual, cuando España ha recibido alguna admonición por el Comité de Libertad Sindical y los tribunales españoles se muestran más remisos a aplicar sin matices los Convenios suscritos.

PALABRAS CLAVE: Libertad sindical, represión sindical, Convenio 87 OIT, negociación colectiva, huelgas y conflictos.

SUMARIO: 1. Consideraciones generales. 1.1. Acotación de los convenios OIT. 1.2. La denuncia del sindicato vertical. 2. Principales aportaciones de los Convenios OIT en materia de libertad sindical en el ordenamiento español. 2.1 Repercusión de los Convenios OIT tras su ratificación: los Convenio 87 y 98. 2.2 Repercusión de los Convenios OIT en el escenario actual de la libertad sindical en España. 3. Nivel de cumplimiento de los Convenios OIT en materia de Libertad sindical en nuestro País: el papel del Comité de Libertad Sindical. 3.1 La labor del Comité de Libertad Sindical. 3.2 Principales casos sometidos al conocimiento del Comité de Libertad Sindical relativos a España. 4. Conclusiones.

RESUMO: A evolução das relações entre a OIT e a Espanha em termos de liberdade de associação é traçada a partir das tensões do período 1969-1975 derivadas das violações deste pelo governo da Ditadura, passando pelo momento esplêndido da restauração da democracia, para a relação atual mais nuançada, quando a Espanha recebeu alguma admoestação pelo Comitê de Liberdade Sindical e os tribunais espanhóis estão mais relutantes em aplicar sem nuances os acordos assinados.

ABSTRACT: The evolution of the relationship between the ILO and Spain in terms of freedom of association is traced from the tensions of the period 1969-1975 arising from the violations by the Government of the Dictatorship, from the splendid moment of the restoration of democracy to the subtle, when Spain received some claims from the Committee on Freedom of Association and the Spanish courts are more reluctant to apply the agreements signed without nuances

KEYWORDS: Freedom of association; trade union repression; ILO Convention 87; collective bargaining; strikes and conflicts.

Artigo recebido em: 12/04/2019.

Artigo aprovado em: 17/05/2019 e 19/05/2019.

¹ En el centenario de la OIT 1919-2019, el caso español de libertad sindical puede servir como medida de la intervención de la OIT en países donde los convenios OIT 87 y 98 encuentran algún tipo de dificultades de aplicación, como puede ser el caso de Brasil al no haber ratificado aún el número 87, aunque sí el 98, en 1952. Este artículo es la actualización de otro publicado en el número 117 de la Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social española bajo el título “Análisis de la libertad sindical en España bajo el prisma de la OIT: las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical a escena”.

² Catedrático de Derecho del Trabajo. Presidente de honor de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

³ Profesor contratado doctor de la Universidad de Extremadura.

RDRST, Brasília, Volume 5, n. 1, 2019, p 37-64, Jan-Abr/2019

1 CONSIDERACIONES GENERALES

1.1 ACOTACIÓN DE LOS CONVENIOS OIT

Ya nadie pone en duda, a día de hoy, de la trascendencia y el valor central de los derechos fundamentales y libertades públicas y los importantes avances llevados a cabo respecto a los mismos, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX, pudiendo ser un buen ejemplo de ello el caso español, una vez iniciado el proceso hacia la transición democrática hace ya más de treinta años.

En este contexto de realce y progresión de los derechos fundamentales y libertades públicas, donde la OIT ha desempeñado un destacado papel, queremos poner el acento, concretamente, en el estudio de la libertad sindical, habida cuenta de la trascendencia y el protagonismo que ha venido teniendo la misma en el devenir de las relaciones laborales. Pues un adecuado desarrollo de las mismas no es entendible desde el desconocimiento de aquella libertad. Ello explicaría la importancia que se ha venido dando desde la OIT al reconocimiento y respeto de la libertad sindical. De hecho desde dicha Organización se ha venido afirmando el alcance constitucional de la libertad sindical y del Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, al que en seguida nos referiremos⁴.

En este escenario de reconocimiento de la libertad sindical desde la OIT, debemos partir de la base de lo que se viene considerando sus dos instrumentos claves o básicos en materia de libertad sindical⁵, tal cual son el aludido Convenio 87 sobre la Libertad Sindical y la protección del derecho de sindicación 1948 (ratificado por España el 20 de abril de 1977) y el Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva 1949 (ratificado por España el 20 de abril de 1977). Si bien, debe advertirse, por un lado, que el Convenio 87 se centra, fundamentalmente, en los aspectos de la libertad sindical relacionados con los aspectos colectivos y organizativos de las relaciones de los sindicatos con los poderes públicos y trata, sobre todo, de evitar que el Estado impida mediante obstáculos legales o fácticos que los sindicatos se constituyan y funcionen libremente, protegiendo, por tanto, los atentados contra la libertad sindical que tienen su origen en los poderes públicos. Y, por otro

4 Conferencia Internacional del Trabajo 81, Reunión, 1994, Informe III, *Libertad sindical y negociación colectiva*, OIT, Ginebra, 1994.

5 RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “La libertad sindical y el Convenio 87 (1948) OIT”, *Relaciones Laborales*, nº 1, 1999, p. 125.

lado, que el Convenio 98 trata específicamente, de los aspectos individuales de la libertad sindical, y trata de impedir, sobre todo, las violaciones de la libertad sindical de origen empresarial. Será, precisamente, este reparto de papeles entre aquellos dos Convenios lo que ha venido a acentuar la relevancia del Convenio 87, que contempla la libertad sindical en su faceta jurídico-política, como libertad frente a los poderes públicos, freno de injerencias estatales y contrapeso a los excesos del poder⁶.

No obstante, a pesar de la relevancia de los anteriores instrumentos normativos, en especial del Convenio 87, lo cierto es que el marco normativo de referencia de la libertad sindical en el ámbito de la OIT ha ido siendo completado con posterioridad a la promulgación de aquellos Convenios, pudiendo citarse a este respecto el Convenio 135 sobre representantes de los trabajadores 1971 (ratificado por España el 21 de diciembre de 1972), Convenio 141 sobre organización de los trabajadores rurales 1975 (ratificado por España el 28 de abril de 1978), el Convenio 151 sobre relaciones de trabajo en la Administración Pública 1978 (ratificado por España el 18 de septiembre de 1984 y el Convenio 154 sobre fomento de la negociación colectiva 1981 (ratificado por España el 11 de septiembre de 1985)⁷. No obstante, la creación de estos otros instrumentos normativos que desarrollan la materia de libertad sindical en el ámbito de la OIT y que vienen a completar, especialmente, el Convenio 87, no ha impedido que el referido Convenio venga a ser la piedra angular sobre la que habrá de girar nuestro estudio, tal y como tendremos la ocasión de comprobar en las próximas páginas.

Las líneas generales sobre las que se va a sustentar nuestra labor vienen a ser sustancialmente tres:

Por un lado, trataremos de analizar qué repercusión tuvo en el ordenamiento de nuestro País la ratificación de los diferentes Convenios OIT que regulan la materia de libertad sindical.

Por otro lado, trataremos de concretar qué incidencia tienen en la actualidad los referidos Convenios en nuestro Ordenamiento Jurídico.

Y, por último, analizaremos el grado de cumplimiento que han venido teniendo los referidos Convenios en nuestro País, para lo cual nos apoyaremos en el control regular que lleva a cabo la OIT sobre la aplicación de los distintos Convenios en los diferentes países, ciñéndonos específicamente al procedimiento de quejas presentadas ante el Comité de

6 RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “La libertad sindical y...”, op. cit; p. 127.

7 GIMÉNEZ CHORNET, E.: “Los Convenios de la OIT ratificados por España”, *Revista Internacional de Derecho del Trabajo*, nº 94,1999, pp. 191 y ss.

Libertad Sindical⁸ que lleva a cabo el examen de las mismas, como posteriormente tendremos la ocasión de analizar.

Pero antes analizaremos un episodio histórico en las relaciones entre la OIT y España que, pese a no haber dejado rastro legislativo en nuestro país y de tratarse más bien de una tensa situación de contenido político, contribuiría a acelerar la vuelta de España al seno de las naciones avanzadas. Nos referimos a la presión ejercida desde la OIT a favor de la libertad sindical desde propio momento de la reincorporación española como Estado miembro en 1956 y que culminaría con el Informe del grupo de expertos sobre la situación laboral y sindical en España de 1969⁹. Denominaremos a ese episodio internacional con el afortunado título acuñado por A. Mateos López y E. Martínez Quinteiro¹⁰.

1.2 LA DENUNCIA DEL SINDICATO VERTICAL

El Informe de la OIT sobre la situación en España surge aparentemente de una petición del propio gobierno del general Franco en 1967, como insiste reiteradamente el propio Informe, que se abre con el sugestivo título de “Invitación del Gobierno español”¹¹. La realidad terminó siendo otra, pues si en un principio la invitación efectivamente se produjo debido a las razones que vamos a analizar brevemente a continuación, pronto el gobierno comenzó una estrategia dilatoria bajo el argumento de que se hallaba en preparación una ley sindical y que lo más apropiado debería ser esperar a su promulgación antes de que el grupo

8 Sobre este procedimiento ver por todos ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *La acción normativa de la Organización Internacional de Trabajo*, 2ª edición, Editorial Abecedario, 2009, pp. 90 y ss.

9 OIT, *La situación laboral y sindical en España*, Ginebra 1969. España pertenecía a la OIT desde su fundación, pero había dejado de pertenecer a ella en 1941. Terminada la Segunda Guerra Mundial, y gracias al acuerdo bilateral con Estados Unidos, la diplomacia española comenzó una lenta labor de retorno a los organismos internacionales, que cuajó con la entrada en la ONU primero y después en la OIT. También consiguió la admisión en la Organización Europea de Cooperación Económica (OECE) y en el Banco Mundial, “que habían de desempeñar un papel esencial en el giro emprendido con el Plan de Estabilización y Liberalización Económica de 1959”, en opinión de MATEOS LÓPEZ A., “El retorno de España a la Organización Internacional del Trabajo: la persistencia del ostracismo, 1956-1960”, *Historia Contemporánea* 16 [1997], pág. 202). No obstante, los anhelos de la Dictadura por incorporar al país como Estado miembro a la OTAN y a la Comunidad Económica Europea no obtuvieron resultado.

10 MATEOS LÓPEZ A., y MARTÍNEZ QUINTEIRO, E., *La denuncia del sindicato vertical*, Madrid, CES 1997, dos volúmenes.

11 OIT, *La situación laboral y sindical*, pág. 3. El Gobierno dirigió una carta en mayo de 1967 al Director General de la OIT para realizar un estudio imparcial, y el Comité de Libertad Sindical en su informe nº 100 del propio mes de mayo consideró que “podría constituir una contribución útil para la realización en ese país de los objetivos de la OIT”, por lo que el Consejo de Administración nombró a tres renombradas personalidades para integrar el Grupo de Estudio, un indicio de la extrema importancia que se otorgaba al examen a España: Paul Ruegger, miembro de la Corte Permanente de Arbitraje y de la CEACR, como presidente; Júlio Barboza-Carneiro, ex-Presidente del Consejo de Administración de la OIT, vocal, y Pier Pasquale Spinelli, ex-Director General de la Oficina de Naciones Unidas en Ginebra, vocal. Wilfred Jenks, entonces Director General Adjunto de la OIT, participó en todas las reuniones del Grupo de Estudio y le acompañó en su viaje a España.

de estudio visitara el país y entregara sus conclusiones¹². La Ley Orgánica del Estado de 1967 acababa de modificar el Fuero del Trabajo en la línea de suprimir toda referencia a la Organización Nacional-Sindicalista, a los sindicatos verticales y al requisito de pertenecer a Falange Española para asumir cargos directivos de un sindicato. Y tanto el general Franco como el propio texto de la reforma habían anunciado una nueva ley sindical.

El afán por salir del aislacionismo internacional había jugado malas pasadas a la Dictadura en el caso de la OIT: el mismo año de su reingreso la Confederación Sindical de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL) y la UGT habían presentado cuatro quejas ante el Comité de Libertad Sindical¹³, e incluso se habían impugnado los nombramientos de los representantes españoles en la Conferencia. A partir de ese momento las quejas se repetirían, si bien la tensa situación en aquellos años entre Estados Unidos y la Unión Soviética –la guerra fría-, con acusaciones mutuas en la Conferencia Internacional del Trabajo, permitirían frenarlas a diferencia, por ejemplo, de las condenas a la Dictadura portuguesa¹⁴. Las cosas marchaban de modo muy distinto dentro del país, donde los años cincuenta veían la creación de las primeras comisiones obreras como embrión de un poderoso sindicato¹⁵ y las huelgas y conflictos se generalizarían en torno a la negociación libre de salarios, antes y después de la Ley de Convenios Colectivos de 1958.

En 1968 la 52ª Conferencia Internacional del Trabajo debía resolver tres proyectos de resolución condenatorios de la libertad sindical en España, pero durante la discusión del asunto el miembro gubernamental español recordó que el propio gobierno había solicitado la creación de un grupo de estudio para estudiar la situación, por lo que se acordó aplazar el debate al año siguiente y nombrar a dicho grupo de estudio. En su afán por suavizar las

12 OIT, *La situación laboral*, pág. 4. Sobre la “estrategia de la demora” nos habla MARTINEZ QUINTEIRO E., *La denuncia del sindicato vertical*, vol. II/2, págs.. 89 ss.

13 MATEOS LÓPEZ A., “El retorno de España”, cit., pág. 204.

14 De “persistente condena” habla MATEOS LÓPEZ, “El retorno de España”, pág. 202. Los casos analizados por el Comité de Libertad Sindical hasta 1969 fueron los números 143, 294, 383, 397, 400, 461, 497, 507, y 520. Véase al respecto al Boletín Oficial de la OIT, donde vienen publicados. La condena del Comité de Libertad Sindical a la situación sindical española se encuentra en el Informe 27, Boletín Oficial OIT XLI (1958), párrafo 187, b) y c): “Llamar la atención al Gobierno español sobre la contradicción fundamental que existe entre la legislación vigente en España y los principios de libertad sindical que consagra la Constitución de la OIT en su preámbulo (...); urgir al Gobierno para que enmiende su legislación a fin de hacerla compatible con estos principios”, etc.

15 VVAA (RUIZ, D., dir.), *Historia de Comisiones Obreras (1958-1988)*, Siglo Veintiuno Editores, Madrid 1994, en especial los capítulos debidos a GARCÍA PIÑEIRO y ERICE SEBARES, “La reconstrucción de la nueva vanguardia obrera y las comisiones de Asturias (1958-1977)”, con referencia a los mineros asturianos, págs. 141 ss., y a IBARRA GÜELL y GARCÍA MARROQUÍN, “De la primavera de 1956 a Lejona 1978”, págs. 111 ss.; En general CALAMAI, *La lotta di classe sotto il franchismo. Le commissioni operaie*, Bari 1971; FRANZ, *Klassenkämpfe in Spanien heute*, Frankfurt/Main 1975, pág. 32; OJEDA AVILÉS A., *Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid 2003, pág. 27.

tensiones, se consideró que no tendría el carácter de una comisión de encuesta ni de la Comisión de investigación y conciliación en materia de libertad sindical, sino que su mandato se reduciría estrictamente a la elaboración de un *estudio*¹⁶.

Durante el año que duró la elaboración del *estudio*, con una larga visita a España en marzo de 1969, las autoridades de la Dictadura asumieron una doble actitud, de facilitar las entrevistas y la documentación solicitadas, por un lado, y de contrarrestar intensamente las opiniones que se iban conociendo del informe, con presiones a todos los niveles de la OIT y con una fuerte propaganda dentro del país para desacreditar las labores del grupo, por otro¹⁷. El resultado final es un amplio y detallado análisis del Derecho del Trabajo español a la altura de 1969, donde se indica de la mejor forma posible que la situación española no se ajusta a lo establecido en los Convenios de la organización¹⁸.

A nuestros efectos, lo importante de todo aquel episodio radicó en el hecho de que “la campaña realizada por la diplomacia española para evitar que el Consejo de Administración de la OIT hiciera suyas las conclusiones del Grupo de Estudio, para deslegitimar su informe, rindió sus frutos”: el Consejo, “previamente preparado por una intensa campaña diplomática”, se limitó a tomar nota del Informe Ruegger¹⁹.

A pesar de todo, la labor del Grupo de Estudio no fue en vano. Tres respuestas inmediatas surgieron desde distintos ángulos, y en ellas nos centraremos para concluir este epígrafe.

a) El 116 Informe del Comité de Libertad Sindical, 1970. Dedicado a los casos 520 y 540 sobre España, indicaba expresamente que coincidía en sus admoniciones al gobierno español con las reflexiones del Grupo de Estudio y en concreto recogía el párrafo sobre el encarcelamiento y tortura de sindicalistas arriba transcrito en nota. A ello añadía una recomendaciones al Consejo de Administración que implicaban un tirón de orejas (Martínez

16 OIT, La situación laboral y sindical, pág. 8.

17 Sobre la “estrategia defensivo-preventiva del gobierno español”, cfr. MARTÍNEZ QUINTEIRO E., *La denuncia del sindicato vertical*, págs. 170 ss.

18 Los párrafos más duros son los referentes a la tortura de sindicalistas (“Constituye una creencia difundida y sincera de todos los sectores del movimiento sindical internacional que determinadas personas detenidas por motivos que en otros países serían consideradas como legítimas actividades sindicales pero que son ilegales conforme a la legislación española reciben malos tratos en las cárceles españolas y que se han registrado casos de tortura”: La situación laboral y sindical, pág. 282), y a las destituciones de representantes de trabajadores (“Los trabajadores que han sido elegidos para ocupar cargos sindicales pueden ser destituidos a través de un procedimiento [...] de 1948, según el cual es la línea política la que decide la desposesión. En diversos sectores se ha afirmado reiteradamente al Grupo de Estudio que, después de las últimas elecciones, son muchos los cargos sindicales electivos que han sido desposeídos de su puesto”: *ibidem*, pág. 297).

19 MARTÍNEZ QUINTEIRO E., *La denuncia del sindicato vertical*, págs. 174-177. El grupo de empleadores y el de los gobiernos decidieron esta respuesta, en contra del grupo de trabajadores.

Quinteiro) a la Dictadura y que el Consejo asumió en su totalidad. El gobierno del general Franco protestó por ello ante el Director General²⁰.

b) La Ley Sindical 2/1971 pareció ser, con todo, la respuesta oficial a las sugerencias de la OIT, dada su proximidad a lo acaecido en Ginebra y a que efectivamente el gobierno español seguía buscando la homologación internacional, pero la Ley demostraría que la intensa actividad diplomática desplegada perseguía en realidad el principio conservador de cambiar las formas para que todo siguiera como estaba²¹. No solamente no aparecía rastro en la Ley, ni siquiera en su exposición de motivos, de las sugerencias de la OIT²², sino que las modificaciones de apertura democrática eran mínimas. En efecto, la sindicación de trabajadores y empresarios continuaba siendo forzosa (art. 6), así como la cotización a la Organización Sindical verticalista, que también ostentaba la representación exclusiva de los intereses profesionales (art. 1) y se regía en sus estructuras por el principio de unicidad, solo una organización en cada ámbito (art. 14). No obstante, la Ley 2/1971 estableció la elección democrática de casi todos los cargos dirigentes (la junta directiva de las diversas estructuras orgánicas elegía a su presidente, arts. 16, 18, 20 y 23), excepto los más altos, que continuaban siendo controlados por el Gobierno (art. 29)²³ a través del Ministro de Relaciones Sindicales, quien podía rechazar nombramientos y suspender acuerdos sindicales (arts. 34 y 46).

El resquicio de la elección democrática de los cargos intermedios se cortocircuitaba, desde luego, mediante el control externo de la policía y del ominoso Tribunal de Orden

20 “Escocía la edición especial del Informe, realizada por la propia OIT, que había contribuido a su general conocimiento. Indignaba la reciente actitud del Comité de Libertad Sindical y se temía que el Grupo de los Trabajadores se vería estimulado por estas actitudes a hacer a la Organización Sindical Española un ataque cerrado”: MARTÍNEZ QUINTEIRO E., op.cit., págs. 188-189. En algunas Universidades españolas el Informe del Grupo de Estudio se recomendó a los alumnos como libro de texto.

21 Sobre la Ley Sindical 2/1971, GARCÍA ABELLÁN J., *Derecho sindical español. Estudio sistemático de la ley Sindical de 1971*, Servicio de Información y Publicaciones Sindicales, Madrid 1972; IGLESIAS SELGAS C., *Comentarios a la ley Sindical*, Cabal Editorial, Madrid 1971.

22 Exposición de Motivos de la Ley 2/1971, párrafo 10: “Cuatro fueron, por consiguiente, los factores o elementos informadores del proyecto de Ley: los dimanantes de la experiencia adquirida a través del proceso evolutivo del movimiento sindical español; los impuestos por la exigencia de adecuar su marco legal al orden institucional definido en las Leyes Fundamentales; los derivados de las conclusiones aprobadas por el IV Pleno del Congreso Sindical, y los resultantes de los criterios del Consejo de Ministros en su condición de órgano que determina la política nacional”.

23 A partir del cargo de Presidente de cada sindicato nacional, art. 29: la junta general proponía el candidato al Ministro de Relaciones Sindicales por mayoría de $\frac{3}{4}$. El candidato no podía haber sido declarado anteriormente incompatible por actuación contraria a los Principios fundamentales del Movimiento, o inhabilitado para el ejercicio de sus derechos civiles o políticos o de cargos públicos, o condenado por delito que hiciera desmerecer en el concepto público, art. 29.4.

Público²⁴, a pesar de lo cual permitió al sindicalismo libre, y en especial a Comisiones Obreras, entrar torrencialmente e infiltrar por completo las estructuras de la OSE²⁵.

c) Ni la condena por el Comité de Libertad Sindical de la OIT ni la Ley Sindical 2/1971 pueden considerarse que hayan provocado o que hayan sido debidas a la influencia de la OIT en la legislación española. Es probable, en cambio, que la instauración del denominado recurso contencioso sindical por Decreto 2077/1971 supusiera, muy lejanamente, a una acción defensiva de la Dictadura ante los constantes ataques del Grupo de los Trabajadores en la OIT. Se trataba de un recurso del cual entendía la sala de lo social (sala 6ª en aquel entonces) del Tribunal Supremo respecto a los actos y disposiciones del Ministro de Relaciones Sindicales, del Comité Ejecutivo Sindical y del Congreso Sindical, así como contra las decisiones del Tribunal Central de Amparo”. Se trataba en consecuencia de una fase judicial mínima con la que culminaba la pirámide de recursos internos sindicales de reposición y alzada que podían eternizar el acceso a la justicia de los representantes desposeídos de sus cargos o de los órganos colegiados que veían sus decisiones anuladas por instancias superiores²⁶. La instauración del nuevo orden judicial –decía Casas Baamonde- viene, pues, a remediar en parte la referida situación de inexistencia de fiscalización jurisdiccional de la actuación sindical, concibiéndose, por tanto, como la culminación del sistema de garantías que la vigente ley Sindical ofrece a los particulares y entidades sometidos al ordenamiento jurídico-sindical”²⁷.

24 Todavía en 1974 el 144º Informe del Comité de Libertad Sindical dejó abiertos varios casos por falta de suficiente información, entre los cuales se hallaba, junto a la muerte del sindicalista Pedro Patiño (caso 679), los detenidos en las manifestaciones de Cataluña (caso 736) y los sindicalistas de Solidaridad de Trabajadores Vascos (caso 760), el de los seis sindicalistas de UGT procesados por el Tribunal de Orden Público con motivo de las huelgas de Michelín (caso 697).

25 Ya las elecciones a los cargos básicos del sindicalismo vertical de 1966 habían permitido al sindicalismo libre copar la representación de las bases obreras: FRANZ, *Klassenkämpfe*, cit., pág. 35, siguiendo a CALAMAI, considera que alrededor de 3/4 de los representantes elegidos provenían de las listas de CCOO, por lo que solo fueron confirmados en sus puestos el 22,5% de los alrededor de 200.000 representantes elegidos. Más tarde, UGT y CNT celebran reuniones en el exilio y deciden dirigir sus organizaciones clandestinas desde el interior de España, comenzando en 1971. Al año siguiente tiene lugar el "proceso 1001", contra los líderes de CCOO, convirtiéndose en un proceso al sindicalismo libre del que la Dictadura sale malparada en la prensa internacional: OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, pág. 26. En 1973 comienza la crisis económica internacional, y el régimen no podrá ya contener las reivindicaciones sindicales.

26 En cierto modo presentaba similitudes con la jurisdicción militar (los tribunales militares, sometidos en la actual Ley Orgánica de Jurisdicción Militar 4/1987 a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y al Consejo General del Poder Judicial), y quizá por ello algunos autores se manifestaban insistentemente en defensa de la unidad de jurisdicción. Adviértase que el Tribunal Central de Amparo, creado por un Decreto de 1944, era un órgano arbitral interno sin naturaleza jurisdiccional, como entendían unánimemente los especialistas del momento (García Abellán, Fernández Hernando, Alonso Olea, Iglesias Selgas), y de igual naturaleza participaban los Tribunales Provinciales de Amparo.

27 “El recurso contencioso-sindical”, cit., págs. 152-153.

Nuestro hilo conductor no nos permite alejarnos demasiado de las reflexiones sobre la influencia internacional en las normas laborales españolas, y a tal asunto hemos de volver una vez constatada la escasa entidad de tan pomposo recurso. Los especialistas de la época pusieron de relieve la premura en la aparición del Decreto y la similitud del procedimiento judicial establecido en sus artículos respecto al existente para el procedimiento contencioso-administrativo²⁸, partiendo de un debate que entonces parecía irresoluble, el de la naturaleza administrativa o no de la Organización Sindical Española²⁹, y que provisionalmente se había resuelto con la total *inmunidad* de los actos sindicales, al considerar el Tribunal Supremo el no carácter de Administración de los sindicatos verticales y por ende la no susceptibilidad de control de sus actos por los tribunales contencioso-administrativos³⁰.

Aquella aparición sorpresiva del recurso contencioso-sindical vino de la mano, a lo que parece, de una decisión del Gobierno, a la vista de que en 1968 se había celebrado un importante Congreso Sindical en Tarragona para elaborar los criterios que debían guiar a la futura Ley Sindical, y en él se había resuelto la total “autonomía” del sindicalismo vertical respecto de los controles judiciales, permitiendo únicamente la *jurisdicción* de los Tribunales Provinciales de Amparo³¹: como indica Casas Baamonde, el recurso contencioso-sindical aparece en el proyecto de Ley Sindical presentado por el Gobierno en 1969³². En su

28 La exposición de motivos del Decreto reiteraba lo previsto por la Ley Sindical 2/1071 al señalar que “la disposición transitoria tercera [de la Ley] prevé que hasta tanto las disposiciones orgánicas y procesales regulen de forma específica la vía contencioso-sindical, los recursos de esta naturaleza serán sometidos al conocimiento de la Sala Sexta del Tribunal Supremo, utilizando, en lo que sea aplicable, el procedimiento regulado por la Ley de 27 de diciembre de 1956”. De imprevista creación la calificaba FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T.R., *Derecho administrativo, sindicatos y autoadministración*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1972, págs. 198-199. De inopinado nacimiento que había producido sorpresa y escepticismo hablaba por su parte J. SANTAMARÍA PASTOR J., “Un año de jurisprudencia contencioso-sindical”, en *Revista de Administración Pública* 71 (1974), pág. 155. De “improvisada jurisdicción” la califica, en fin, CASAS BAAMONDE M.E., “El recurso contencioso-sindical”, *Revista de Política Social* 101 (1974), pág. 137.

29 Así, PÉREZ BOTIJA E. había calificado a los sindicatos verticales como corporaciones de derecho público (en “*Aportaciones del Derecho administrativo al Derecho del trabajo*”, Libro homenaje a Jordana de Pozas, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, págs. 29 ss.), mientras que FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T.R. los consideraba como corporaciones profesionales que no podían ser asimiladas a administraciones públicas (“*Derecho administrativo, Sindicatos y autoadministración*”, cit., págs. 137 ss.), y BOQUERA OLIVER les asignaba poder público administrativo (“El aspecto jurídico-administrativo de la Organización Sindical Española”, en *Revista de Administración Pública* 52 [1967], pág. 53), en igual sentido que PARADA VÁZQUEZ (“Informe sobre la Administración y la Jurisdicción contencioso-administrativa en el anteproyecto de Bases para una ley Orgánica de la Justicia”, *Revista de Administración Pública* 58, págs. 468-469).

30 Cfr. al respecto CASAS BAAMONDE, “El recurso contencioso-sindical”, cit., pág. 149. No obstante lo cual, el Decreto 2077/1971 alude en su Disposición Transitoria 1ª a que “Los recursos contencioso-sindicales interpuestos con anterioridad a la entrada en vigor de este Decreto, cualquiera que sea su estado procesal, continuarán sustanciándose en todos sus trámites y recursos por las normas contenidas en la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, completada mediante la presente disposición”.

31 En tal sentido, IGLESIAS SELGAS C., *Comentarios a la ley Sindical*, Ed. Cabal, Madrid, 1971, págs. 87 y ss.

32 “El recurso contencioso-sindical”, cit., pág. 138, en nota.

aislamiento no tan espléndido, el país permanecía de espaldas a la realidad internacional, pero el Gobierno era consciente del enorme descrédito provocado en los foros de ese nivel, y sobre todo en la OIT, por el cúmulo de arbitrariedades ejecutadas contra el sindicalismo libre, y trató inútilmente de revestirlas de una apariencia de normalidad.

De cualquier modo, el recurso nació con un talante de provisionalidad y, después de unos pocos años de sustanciarse mediante argumentos procesales³³ comienza el advenimiento de una democracia en donde poco tenía que hacer: ya en 1973 se publica un proyecto de bases para la Ley Orgánica de la Justicia donde no se advierte rastro del mentado recurso, y éste queda en un limbo del que nos da noticia Alonso Olea en 1977, al comentar la nueva libertad inaugurada con el fallecimiento del dictador, cuando alude a cierta problemática “que se encuentra aún pendiente de regulación en nuestro ordenamiento jurídico, salvo que provisional y transitoriamente se apliquen a esta materia las normas del actual recurso ‘contencioso-sindical’ contenidas en el D. 2077/1971, de 13 agosto, lo que no iba a resultar nada sencillo, porque estas normas desarrollan en este respecto la Ley sindical de 1971, virtualmente derogada, contemplando estructuras sindicales ya desaparecidas”³⁴.

Aquel negro período de las relaciones entre la OIT y España no podía terminar de otra manera que como había empezado, tumultuosamente: entre 1973 y 1976 el Comité de Libertad Sindical conoció nada menos que de once quejas referidas a España³⁵. Y, como dicen Gravel, Duplessis y Gernigon, “en tales casos deploró el arresto y la detención por las autoridades franquistas de dirigentes sindicales y de trabajadores por motivo de sus actividades sindicales. Sólo después de la instauración de un régimen democrático fueron liberadas las personas mencionadas en los diferentes casos, en virtud de un Decreto de indulto de noviembre de 1975. Este ejemplo muestra que los casos de progreso registrados como tales por el Comité exigían fundamentalmente un cambio radical del régimen político español”³⁶. En su conjunto, el número de quejas recibidas por el CLS respecto a España en los cincuenta

33 Es significativo al respecto el análisis realizado por CASAS BAAMONDE M.E. de los primeros 19 recursos, de los cuales 11 se referían a elecciones sindicales (op. cit., pág. 171): el Tribunal Supremo aplicaba argumentos procesales en la mayoría de los casos, como por ejemplo la supletoriedad de la LEC y de la LPA, la congruencia procesal, las causas de inadmisibilidad del recurso, la falta de legitimación, los actos no impugnables, las causas de inadmisibilidad, las causas de estimación y de desestimación, la validez del recurso frente a las decisiones del Tribunal Central de Amparo, o el sometimiento al control judicial de los órganos y entidades sindicales. Solo en algunos casos entraba a considerar argumentos sustantivos, referentes por ejemplo a la validez de las elecciones sindicales efectuadas.

34 ALONSO OLEA M., “Consideraciones sobre la reforma del sindicalismo español” disertaciones en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de los días 26 de octubre y 2 de noviembre de 1976, *Anales de la RACMYP*, 54 (1977), pág. 253.

35 Casos núms. 658, 678, 679, 684, 697, 704, 722, 735, 780, 803 y 812.

36 GRAVEL, DUPLESSIS y GERNIGON, *El Comité de Libertad Sindical: impacto desde su creación*, OIT, Ginebra 2002, 2ª ed., pág. 28.

años que median entre 1951 y 2001 suma la nada despreciable cifra de 86 casos, lo cual coloca a nuestro país en el número 5 de países con mayor número de quejas, un *ranking*, dicho sea de paso, encabezado por países de habla hispana, puesto que por delante de España se encuentran Argentina, Grecia, Colombia y Perú³⁷.

2 PRINCIPALES APORTACIONES DE LOS CONVENIOS OIT EN MATERIA DE LIBERTAD SINDICAL EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

2.1 REPERCUSIÓN DE LOS CONVENIOS OIT TRAS SU RATIFICACIÓN: LOS CONVENIOS 87 Y 98

Debemos iniciar nuestro objeto de análisis en el contexto de transición democrática que se inició en nuestro país en 1977, donde en la profunda transformación que se llevó a cabo de nuestro sistema político tuvieron una especial influencia los Convenios 98 y 87, ratificados por España el 20 de abril de 1977, en especial este último, habida cuenta de que éste, como ya dijimos, contempla la libertad sindical en su faceta jurídico-política, como libertad frente a los poderes públicos, como límite frente a los excesos del poder estatal. Puesto que la ratificación de los referidos Convenios, sobre todo del Convenio 87, en los procesos de transición democrática como el nuestro se ha visto como un símbolo de ruptura con el antiguo régimen autoritario³⁸.

Precisamente, como resultado de la transición democrática, los profundos cambios políticos acaecidos en nuestro país trajeron como consecuencia la aprobación de una nueva legislación en materia sindical, donde se puede apreciar una importante influencia en su elaboración de los principios contenidos en los Convenios de la OIT³⁹.

Si analizamos la legislación española en lo que a materia de libertad sindical se refiere, podemos apreciar cómo es clara y evidente la influencia de los referidos Convenios OIT en la nueva configuración de aquella libertad. En este sentido, queremos traer a escena algunas referencias relativas a la influencia que vino a tener la ratificación de dichos Convenios OIT en nuestro país a la hora de establecerse el nuevo escenario en el que debía desenvolverse la

37 GRAVEL, DUPLESSIS y GERNIGON, *El Comité de Libertad Sindical*, pág. 74.

38 RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "OIT, derechos humanos y libertad sindical", *Relaciones Laborales*, nº 1, 1999, p. 3.

39 A este respecto puede consultarse, VALTICOS, N., "L'Organisation Internationale du Travail et l'évolution de la législation syndicale en Espagne", en AA.VV., *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Tecnos, Tomo II, Madrid, 1979, pp. 793 y ss.

libertad sindical. Para ello debemos tomar como punto de partida la Ley de Libertad Sindical 17/1977, así como el Real Decreto Ley 31/1977 por el que se suprimió la obligatoriedad de la afiliación sindical y se extinguió la anterior organización sindical para hacer efectivo el principio legal de libertad de asociación sindical, de acuerdo con los postulados establecidos en los Convenios OIT 87 y 98⁴⁰.

Seguidamente, debemos resaltar la obvia influencia que tuvo en nuestro texto constitucional el Convenio 87, puesto que como es consabido el artículo 28 CE recoge en esencia las estipulaciones contenidas en aquel Convenio. Prueba de ello es el reconocimiento del derecho a constituir organizaciones sindicales o el derecho a afiliarse a las mismas, plasmado en el artículo 2 del Convenio 87 OIT, o el reconocimiento del derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas, plasmado en el artículo 5 del referido Convenio. Sin embargo, no solo la influencia de este Convenio se puede apreciar en el artículo 28 del texto constitucional, sino que en el mismo también se puede apreciar la aportación o influencia que vinieron a tener otros Convenios de la OIT, relacionados con la libertad sindical. Nos estamos refiriendo al concreto caso del reconocimiento de la libertad sindical de los funcionarios públicos, a la cual ya hacía alusión el Convenio 151 OIT sobre relaciones de trabajo en la Administración Pública 1978, si bien cabe recordar que el mismo no fue ratificado por España hasta el 18 de septiembre de 1984.

No obstante, aun cuando podemos encontrar claros signos de las aportaciones que los Convenios de la OIT realizaron a nuestro texto constitucional, lo cierto es que se ha venido echando en falta que el referido precepto constitucional no haya incorporado expresamente algunos de los aspectos individuales de la libertad sindical que, como ya dijimos, quedan incluidos en el Convenio 98⁴¹.

Al margen de la incidencia, en especial, del Convenio 87 OIT en nuestro texto constitucional, en cuanto dicho texto se nutre claramente de los principios reconocidos en el mismo, ayudando al progreso y el desarrollo de aquella libertad en la sociedad española en los albores de la democracia, lo cierto es que la influencia del Convenio 87 se dejará sentir enormemente pocos años después de la promulgación del texto constitucional con la aprobación de una nueva legislación relativa a la libertad sindical, la consabida Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS). En este sentido, por ejemplo, se ha

40 En referencia a los Convenios 87 y 98 y la evolución histórica en España de la libertad sindical véase, entre otras, STS de 28 de enero de 1999, RJ 1999/1112.

41 A este respecto, RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “La libertad sindical y...”, op. cit., p. 129.

buscado soporte a la previsión de audiencia a los delegados sindicales en el caso de sanción a un trabajador afiliado que contempla el artículo 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical en el contenido del Convenio 87⁴².

Asimismo, acerca del soporte de la LOLS en el Convenio 87 podemos resaltar el derecho de los sindicatos a decidir democráticamente su propia suspensión o extinción, consagrado en el artículo 2.1 de la referida Ley⁴³ o el derecho de los afiliados a elegir libremente a sus representantes dentro de cada sindicato, recogido en el mismo precepto⁴⁴.

Igualmente, en la referida norma podemos encontrar también una clara influencia del Convenio 98 en aquella Ley, tal y como se viene a reconocer por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En este sentido, la STC 142/2001, de 18 junio, vino a afirmar que el art. 12 de la LOLS sanciona con nulidad las decisiones unilaterales del empresario que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo por razón de adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos, o al ejercicio, en general, de actividades sindicales, y que esta previsión legal recoge lo ya dispuesto en el art. 1.2 b) del Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁴⁵. Igualmente, la LOLS considera expresamente como lesión de la libertad sindical la injerencia empresarial en el sindicato, manifestada por el hecho de sostener económicamente sindicatos, con el propósito de control (art. 13), en la línea del Convenio 98 OIT.

Por tanto, podemos observar como en la nueva configuración del régimen de la libertad sindical en nuestro país la aportación, especialmente, de los Convenios 87 y 98 resultó ser decisiva, impregnando de sus principios y contenidos la nueva esfera de aquella libertad y contribuyendo enormemente a sentar las bases de la misma, impulsando dichos instrumentos internacionales con sus postulados la ruptura con las ataduras del régimen autoritario anterior.

2.2 REPERCUSIÓN DE LOS CONVENIOS OIT EN EL ESCENARIO ACTUAL DE LA LIBERTAD SINDICAL EN ESPAÑA

42 STS de 12 de julio de 2006, RJ 2006/6309.

43 Art. 4 Convenio 87 OIT, sobre el mismo, SWEPSTON, L., “Desarrollo de las normas sobre derechos humanos y libertad sindical mediante el control de la OIT”, *Revista Internacional del Trabajo*, 117, 1998, pp. 211 y 212.

44 Art. 3 Convenio 87 OIT, sobre el mismo, SWEPSTON, L., “Desarrollo de las normas sobre derechos humanos y libertad sindical...”, *cit.*, p. 205

45 STC de 18 de junio de 2001, RTC 2001/142, FJ4º.

Al margen de la incidencia que han tenido los diversos convenios internacionales relativos a la materia de libertad sindical en nuestro Ordenamiento Jurídico, puesto que en buena medida, tal y como se ha expuesto, el mismo contiene la trasposición de los mínimos derivados de las normas internacionales, especialmente en relación a la materia que nos ocupa. Lo cierto es que para valorar o analizar la incidencia de los instrumentos internacionales referidos a la libertad sindical en la actualidad en nuestro Ordenamiento Jurídico, se hace necesario echar una ojeada al ámbito jurisprudencial en nuestro país, ya que la efectividad de las normas internacionales no viene solo determinada por el contenido de la legislación nacional, sino que el papel de los órganos jurisdiccionales en la aplicación de los tratados internacionales deviene fundamental, en tanto que de dicha práctica jurisprudencial depende en gran medida el cumplimiento por parte de los Estados de los compromisos internacionales previamente adquiridos⁴⁶.

En este sentido, han venido siendo frecuentes los pronunciamientos judiciales que contienen referencias expresas a los Convenios de la OIT en materia de libertad sindical, sobre todo, a los Convenio n° 87 y 98. Así, en relación a una consolidada doctrina constitucional⁴⁷ se ha afirmado que la libertad sindical implica la libertad para el ejercicio de la acción sindical, comprendiendo en ella todos los medios lícitos, entre los que los tratados internacionales ratificados por España, y especialmente los Convenios 87 y 98 de la OIT incluyen la negociación colectiva y la huelga. O se ha buscado soporte a la previsión de audiencia a los delegados sindicales en el caso de sanción a un trabajador afiliado que contempla el artículo 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical de manera general en el contenido del Convenio 87⁴⁸. Igualmente, se ha hecho alusión a la inaplicación del referido Convenio en relación a determinados supuestos del régimen interno de los sindicatos⁴⁹. Se ha citado el Convenio 98 en aquellos casos en los que se alega la existencia de un trato diferenciado entre los distintos sindicatos⁵⁰. También se ha citado dicho Convenio en relación al régimen jurídico de los sindicatos más representativos⁵¹ o para determinar el régimen de

46 A este respecto, GRAVEL, E. y DELPECH, Q., “Normas del trabajo y complementariedad de los ordenamientos nacionales con el derecho internacional”, *Revista Internacional del Trabajo*, 127 (2008), n° 4.

47 STC 39/1986, de 31 de marzo, RTC 1986/39.

48 STS de 12 de julio de 2006, RJ 2006/6309.

49 STS de 9 de febrero de 2010, RJ 2010/3404, o STS de 13 de julio de 2011, RJ 2011/6400.

50 STS de 9 de febrero de 1996, RJ 1996/1007; STS de 10 de junio de 2003, RJ 2005/4881; STS de 15 de julio de 2005, RJ 2005/9236; STS de 21 de abril de 2010, RJ 2010/4675.

51 STS de 9 de diciembre de 2005, RJ 2006/1280, STS de 4 de julio de 2006, RJ 2006/8763 o STS de 21 de julio de 2009, RJ 2009/6121.

aplicación de la amnistía laboral en la etapa postfranquista⁵². Pero, sobre todo, cabe destacar el hecho de que podemos encontrar en la jurisprudencia pronunciamientos, en referencia al Convenio 98, que consideran que la regulación española es más garantista que la regulación contemplada en el propio Convenio, optando, por tanto, por la aplicación de aquella. Es lo que sucede, por ejemplo, en relación al marco regulador de la negociación colectiva⁵³.

Pese a estos pronunciamientos se viene echando en falta una aplicación directa de los referidos Convenios internacionales, caracterizándose la doctrina judicial, en este sentido, por unas referencias meramente programáticas de aquellos instrumentos internacionales y una evidente preferencia por la legislación nacional a la hora de resolver los conflictos en materia de libertad sindical. Con lo que se viene entendiendo que actualmente venimos asistiendo a una clara nacionalización de la libertad sindical y una minusvaloración de los tratados internacionales⁵⁴. De ahí la importancia del papel que va a desempeñar el Comité de Libertad Sindical de la OIT, al objeto de reafirmar, o si se prefiere reforzar, la aplicación de los Convenios OIT, referidos a la materia de libertad sindical, en el Ordenamiento español.

Veamos, pues, el papel que ha venido desempeñando el Comité de Libertad Sindical de la OIT, en especial, en el periodo posterior al régimen franquista hasta la actualidad, en lo referente a la determinación del cumplimiento de los Convenios OIT en materia de libertad sindical en nuestro País.

3 NIVEL DE CUMPLIMIENTO DE LOS CONVENIOS OIT EN MATERIA DE LIBERTAD SINDICAL EN NUESTRO PAÍS: EL PAPEL DEL COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL

3.1 LA LABOR DEL COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL

La trascendencia que adquiere en el sistema de la OIT el ejercicio del derecho a la libertad sindical, básicamente, porque se considera una necesidad de la era industrial y porque

52 STS de 21 de diciembre de 1978, RJ 1979/149; STS de 20 de marzo de 1979, RJ 1979/1456; STS de 28 de diciembre de 1979, RJ 1979/4591.

53 STS de 8 de octubre de 2009, RJ 2009/5665: “Por su parte los artículos 87 y 88 ET regulan la legitimación para negociar los convenios colectivos y la constitución de la comisión negociadora. Desarrollo normativo del derecho fundamental que supera con mucho el contenido del Convenio 98 de la OIT”.

54 En este sentido, FALGUERA BARÓ, M.A.: “La normativa de la OIT y su traslación en el ordenamiento interno por la sala de lo social del Tribunal Supremo. Algunas reflexiones de futuro tras la última reforma laboral”, Revista on line de la Comisión de lo Social de Jueces para la Democracia, nº 123, 2012, p. 40 y ss.

constituye la piedra de las libertades civiles y de los derechos sociales y económicos⁵⁵, supuso, entre otros extremos, la creación del Comité de Libertad Sindical (CLS), cuyo objetivo general no es otro que realizar un mejor control en materia de libertad sindical. Sin ánimo de examinar dicha institución, si quisiéramos resaltar determinados extremos que creemos que deben ser tenidos en cuenta antes de entrar a examinar de manera concreta los diferentes asuntos abordados por dicho organismo en relación con el Ordenamiento español.

En este sentido, por lo que se refiere a los distintos mecanismos o sistemas de control instaurados por la OIT, cabe reseñar en estos momentos el procedimiento de queja que puede ponerse en marcha, precisamente, ante el referido Comité. En el marco de este procedimiento interesa resaltar que no se trata de un procedimiento judicial de confrontación, ya que el Comité ha puesto de manifiesto que su función es garantizar y promover el derecho de asociación de los trabajadores y de los empleadores. Por consiguiente, esa función no implica la acusación de los gobiernos ni tampoco su condena⁵⁶. Además, debe observarse que a diferencia de muchos otros organismos internacionales, la competencia del Comité no depende del agotamiento previo de todos los recursos de las jurisdicciones nacionales. La existencia de una vía de recurso nacional constituye con todo un elemento que el Comité deber tener en cuenta, pero esta consideración no impide la iniciación de un recurso ante el Comité⁵⁷.

Si acudimos propiamente al referido procedimiento de queja, hay que tener presente que a través del mismo el Comité de Libertad Sindical procede a examinar de manera preliminar las quejas planteadas por gobiernos u organizaciones de empleadores o trabajadores (siempre que éstas estén directamente interesadas en la cuestión), contra un Estado miembro, u organización de trabajadores o empresarios, por atentados contra el ejercicio del derecho a la libertad sindical en sus diversas manifestaciones⁵⁸.

55 ARIAS DOMÍNGUEZ, A., “La acción normativa de la Organización...”, op. cit; p. 93; citando a su vez a WILFRED JENKS, C., *La Organización Internacional del Trabajo y la Protección de los Derechos Humanos de América*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 41.

56 GRAVEL, E., DUPLESIS, I. y GERNIGON, B., “El Comité de Libertad Sindical: impacto desde su creación”, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2001, www.ilo.org, p. 13.

57 GERNIGON, B., “El Comité de Libertad Sindical de la OIT: características principales e influencia en España”, *Relaciones Laborales*, nº 1, 1999, p. 144.

58 El objeto material de las denuncias presentadas ante el Comité de Libertad Sindical pueden abarcar desde meras consideraciones legislativas de cada Estado miembro al estimarse contrarias al Derecho a la Libertad Sindical reconocido por la OIT, hasta argumentaciones fácticas sobre la disolución de sindicatos, encarcelamiento de sus líderes acusados de delitos políticos o sindicales, proscripción del derecho de reunión, libertad de expresión, y, en general, sobre la intromisión de los aparatos gubernamentales en el funcionamiento sindical. ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *La acción normativa de la Organización...*, op. cit; p. 96.

Una vez recibida la queja, el Comité de Libertad Sindical debe decidir si la queja articulada no requiere un examen más detallado, por ser inconsistente la reclamación que se articula, o ser de contenido político, o bien por no ser los hechos alegados constitutivos de violación de los derechos sindicales, o, en segundo lugar, abogar porque el asunto se estudie más detenidamente, enviando a continuación dicha queja a la Comisión de Investigación y de Conciliación en materia de libertad sindical. Ahora bien, no todas las quejas recibidas en el Comité de Libertad Sindical se elevarán a la Comisión de Investigación y de Conciliación, puesto que el estudio de la cuestión puede terminar con una recomendación que se envía a cada gobierno desde el Comité de Libertad Sindical con el objetivo de incitar la modificación de su legislación y de su práctica sobre determinados asuntos⁵⁹. Aunque debe advertirse que el propio Comité no tiene competencia para asegurarse que el Gobierno en cuestión cumpla la recomendación instada, en la medida en que esta competencia corresponde a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios⁶⁰.

Si bien, la trascendencia de la labor desempeñada, especialmente, por el Comité de Libertad Sindical y por la Comisión de Investigación y de Conciliación estriba en que se ha venido a establecer una cuasi-jurisprudencia que permite establecer una serie de principios básicos de las relaciones sindicales desde la óptica de la normativa de la OIT sobre esta materia.

A este respecto, cabe reseñar que si bien, tal y como ya dijimos anteriormente, desde el punto de vista de la doctrina judicial, especialmente la emanada de nuestro Tribunal Supremo, venimos asistiendo a una clara nacionalización de la libertad sindical y una minusvaloración de los tratados internacionales, al encontrarnos con pronunciamientos que contienen referencias meramente programáticas de los Convenios internacionales en materia de libertad sindical y una evidente preferencia por la legislación nacional a la hora de resolver los conflictos relativos a dicha materia. Lo cierto es que no ocurre lo mismo con las decisiones emanadas del Comité de Libertad Sindical, puesto que el Tribunal Supremo ha empleado los criterios del referido Comité como argumentos para apoyar sus decisiones en numerosas ocasiones, por ejemplo, sobre el registro administrativo de los estatutos del sindicato⁶¹. E, igualmente, el Tribunal Constitucional ha invocado, con frecuencia, los

59 Sobre el procedimiento de queja ver, ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “La acción normativa de la Organización...”, op. cit., pp. 97 y ss; GERNIGON, B., “El Comité de Libertad Sindical de la OIT: características...”, op. cit., pp. 144 y ss.

60 OJEDA AVILES, A.: *Derecho Sindical*, cit., p. 253.

61 STS de 20 de enero de 1999, RJ 1999/1631, donde se afirma que “el Comité de Libertad Sindical de la OIT señala que en los casos en que el encargado del registro tiene que basarse en su propio criterio para decidir si un

critérios del Comité de Libertad Sindical para el enjuiciamiento constitucional que realiza, así como para fundamentar las decisiones que adopta. Tal es el caso, por ejemplo, del empleo del criterio de la mayor representatividad sindical para la concesión de subvenciones a las organizaciones sindicales⁶², o la inversión de la carga de la prueba en despido por conductas antisindicales⁶³. Ello viene a dejar muy a las claras la trascendencia que el máximo intérprete constitucional presta a estas resoluciones de la OIT.

Establecidas las anteriores premisas, pasaremos a examinar las principales materias que han sido abordadas por parte del Comité de Libertad Sindical en el marco de nuestro Ordenamiento Jurídico, al objeto de determinar el grado de cumplimiento que desde nuestro País se ha venido llevando a cabo acerca de los diferentes instrumentos internacionales ratificados por España en materia de libertad sindical.

3.2 PRINCIPALES CASOS SOMETIDOS AL CONOCIMIENTO DEL COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL RELATIVOS A ESPAÑA

Como punto de partida hay que tener presente que dentro del 15-20% de los casos relativos a países europeos examinados anualmente por el Comité de Libertad Sindical, se encuentra un número nada despreciable de casos relativos a España. Y es que en los últimos veinticinco años el Comité ha elaborado más de treinta informes sobre materias de su competencia en relación a nuestro País. Por lo que una primera conclusión se impone a este respecto: España es un buen cliente de la OIT⁶⁴.

sindicato reúne las condiciones para ser registrado, la existencia de un recurso judicial («a posteriori») no parece garantía suficiente”.

62 Ver STC de 27 de junio de 2001, RTC 2001/147, donde se viene a afirmar que “ el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha declarado que los diversos sistemas de subvenciones a las organizaciones de trabajadores producen consecuencias diferentes según la forma que revistan, el espíritu conforme al que hayan sido concebidas y aplicadas, y la medida en que tales subvenciones se concedan, en virtud de textos legales precisos o dependan exclusivamente de la discreción de los poderes públicos, precisando que las repercusiones que dicha ayuda financiera tenga sobre la autonomía de las organizaciones sindicales dependerán esencialmente de las circunstancias, sin que puedan ser apreciadas a la luz de principios generales, al tratarse de una cuestión de hecho que debe ser examinada en cada caso y habida cuenta de las circunstancias de ese caso (Informe 19, caso núm. 121, párrafo 180, e Informe 75, caso núm. 341, párrafo 101)”.

63 STC de 23 de noviembre de 1981, RTC 1981/38, donde se afirma que “(...) la dificultad probatoria de la motivación antisindical, hubiera podido obviarse trasladando al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable de despido, cualquiera que fuera su justificación formal y la viabilidad sustancial para romper la relación de trabajo. Esta es la solución que se recoge en decisiones del Comité de Libertad Sindical de la OIT (así, 130 informe, caso número 673, párr. 65)”.

64 En esta línea, ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *La acción normativa de la Organización*, op. cit; pp. 99 y 100; GERNIGON, B.: “El Comité de Libertad Sindical de la OIT: características...”, op. cit; p. 148.

Si observamos las quejas presente contra España ante el Comité podemos diferenciar con claridad dos etapas distintas: por un lado, las quejas presentadas bajo el régimen franquista (desde 1956 a 1975) y las quejas presentadas durante el régimen democrático (1977 hasta la actualidad). Así, si analizamos pormenorizadamente las quejas presentadas podemos observar como durante la etapa del régimen franquista las quejas se refieren habitualmente a cuestiones relacionadas con violaciones de los derechos humanos, y en particular al arresto de sindicalistas, así como al sistema sindical en su conjunto. El Comité de Libertad Sindical sirvió en esta época para canalizar múltiples ataques dirigidos por las organizaciones sindicales internacionales contra el régimen franquista⁶⁵.

Sin embargo, la llegada del régimen democrático no ha impedido que las organizaciones sindicales nacionales consideren que no se han respetado los derechos sindicales suficientemente en ciertos aspectos, una vez reconocidos los mismos. Si bien, por fortuna las quejas presentadas ante el Comité se referirán a cuestiones diversas y mucho más técnicas, alejadas ya de su vinculación con la vulneración de los derechos humanos.

A continuación, llevaremos a cabo un examen de las cuestiones o materias más destacadas que han sido objeto de análisis por parte del Comité de Libertad Sindical.

Así, el periodo democrático vino a arrancar con el examen por parte del Comité de una cuestión que guarda aun una estrecha relación con el régimen franquista, tal cual es la cuestión relativa a la devolución del patrimonio sindical. A este respecto, el Comité de libertad sindical en uno de sus primeros informes relativos a esta cuestión vino a establecer el criterio según el cual, en caso de disolución de una organización, sus bienes deberían ser distribuidos en definitiva entre los miembros de la organización desaparecida o transferidos a la organización sucesoria, debiendo entenderse por tal la organización u organizaciones que persigan los fines para los que se hubieran constituido los sindicatos disueltos y lo hacen con el mismo espíritu⁶⁶. Posteriormente, el Comité vuelve a incidir y profundizar sobre esta cuestión a raíz de la promulgación de la Ley 4/1986, de 8 de enero, de cesión de bienes del Patrimonio Sindical Acumulado. En concreto, el Comité de Libertad Sindical considera que la Ley 4/1986 en lo concerniente al Patrimonio Sindical Acumulado, da curso al principio de la asignación de los bienes a la finalidad para la que estaban destinados en la antigua Organización Sindical⁶⁷. Por lo que el referido Comité considera que las disposiciones de la mencionada Ley no son objetables desde el punto de vista de los principios de la libertad

65 GERNIGON, B.: “El Comité de Libertad Sindical de la OIT: características...”, op. cit; p. 148.

66 Véase 194 informe, caso nº 900 (España), párrafo 258.

67 véase 202 informe, caso nº 900 (España), párrafo 352.

sindical. Es más, por lo que respecta a las disposiciones adicionales de la Ley 4/1986 que se refieren a la restitución del Patrimonio Histórico, es decir la restitución de los bienes incautados a las organizaciones sindicales como consecuencia de la guerra civil española, el Comité observa que los principios que rigen esta restitución son los siguientes: 1) la restitución se hará a los sindicatos que acrediten ser los legítimos sucesores de los que en su momento existieron; 2) se dará a la expresión "sucesor" el sentido que le confieren los informes del Comité de Libertad Sindical de la OIT, 3) el Estado compensará el valor de los bienes a los sindicatos sucesores si la restitución no fuera ya posible. Por tanto, a tenor de las anteriores premisas, el Comité entiende que las referidas disposiciones dan curso al principio, según el cual, en caso de disolución de una organización, sus bienes deberían ser distribuidos en definitiva entre los miembros de la organización desaparecida o transferidos a la organización sucesiva", entendiéndose por ésta, la organización u organizaciones que persiguen los fines para los que se hubieran constituido los sindicatos disueltos y lo hacen con el mismo espíritu⁶⁸. Del cual ya se había hecho eco dicho Comité con anterioridad, tal y como ya expusimos.

Otra de las materias destacadas que ha sido objeto de análisis por parte del Comité de Libertad sindical, y que guarda relación con la anterior⁶⁹, ha sido la relativa a la mayor representatividad sindical. En relación a la misma ha venido entendiendo el Comité de Libertad Sindical que el simple hecho de que la legislación o la práctica de un país establezca una distinción entre las organizaciones sindicales más representativas y las demás organizaciones sindicales a efectos de otorgar a las primeras ciertos privilegios o ventajas, por ejemplo, en materia de representación o de consulta no es en sí criticable ni presenta inconvenientes desde el punto de vista de los principios de la libertad sindical, siempre que tal distinción se funde en criterios objetivos tales como el número más elevado de afiliados y que no se comprometan los derechos y garantías fundamentales de las organizaciones menos representativas⁷⁰. En concreto, por lo que se refiere a la legislación española, el Comité ha venido estableciendo en sus distintos informes⁷¹ que las disposiciones de la Ley Orgánica

68 Véase 246 informe, caso nº 1366 (España), párrafo 123.

69 Recordemos que uno de los principios en los que se funda la Ley 4/1986 es la cesión de bienes a los sindicatos y asociaciones empresariales y preferentemente a los más representativos en proporción a su representatividad y supeditadas al mantenimiento de la condición de más representativo.

70 Véase 217 informe, caso nº 1061 (España), párrafo 133. O 238 informe, caso nº 1249 (España), párrafo 68.

71 Véase 248 informe, caso 1320 (España), párrafo 116 o 311 informe, caso nº 1968 (España), párrafo 501. Asimismo, el Comité se ha venido a referir a la opinión de la Comisión de Expertos sobre el alcance de los privilegios y ventajas en favor de los sindicatos más representativos (véase Estudio general de la Comisión de Expertos "Libertad sindical y negociación colectiva", CIT 81ª reunión, 1994, párrafos 97 y 98): ciertas

núm. 11/1985 de 2 de agosto de 1985 de Libertad Sindical no eran incompatibles con los principios de la libertad sindical. Más concretamente, el Comité señala que los criterios recogidos en la ley orgánica de 1985 para determinar la representatividad de una organización sindical son de carácter cuantitativo, y que las organizaciones sindicales que, aún no siendo consideradas las más representativas, obtienen el 10 por ciento de los delegados de personal y de los miembros de los comités de empresa y de sus homólogos de las administraciones públicas están habilitadas para ejercer ciertos poderes y funciones, tales como la participación en los sistemas no jurisdiccionales de solución de los conflictos laborales. Más recientemente, El Comité viene a mantener esta misma línea ante el examen de la Ley 10/2009, de 20 de octubre, de creación de órganos consultivos del Estado en el ámbito agroalimentario, afirmando que el requisito legal de una cierta implantación nacional para disfrutar a nivel estatal de la consideración de organización agraria más representativa y participar en el Comité Asesor Agrario es un criterio objetivo relativamente frecuente en el derecho comparado y que persigue asegurar que las organizaciones más fuertes y extendidas sean las que integren órganos consultivos estatales. Además, en relación a la exigencia del porcentaje del 15 por ciento del total de los votos del conjunto de los procesos electorales realizados por las comunidades autónomas, el Comité mantiene que el porcentaje del 15 por ciento a nivel de comunidades autónomas no es incompatible con el Convenio 87⁷².

Otra cuestión que merece la pena resaltar en los pronunciamientos emitidos por el Comité de Libertad sindical, tuvo lugar con ocasión de una queja presentada por UGT por entender que la vinculación que efectúa el artículo 11 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los Derechos y

legislaciones consagran la noción de sindicatos más representativos y suelen conceder a éstos derechos y ventajas de alcance diverso. La Comisión considera que este tipo de disposiciones no es, en sí, contrario al principio de la libertad sindical, a reserva de que se respeten ciertas condiciones. En primer lugar, la determinación de la organización más representativa debería basarse en criterios objetivos, establecidos de antemano y precisos, con el fin de evitar toda decisión parcial o abusiva. Además, las ventajas deberían limitarse de manera general al reconocimiento de ciertos derechos preferenciales en lo que se refiere a cuestiones tales como la negociación colectiva, la consulta por las autoridades o la designación de delegados ante organismos internacionales. No obstante, la libertad de elección de los trabajadores puede quedar en entredicho, si la distinción entre sindicatos más representativos y los minoritarios equivale, en la legislación o en la práctica, a la prohibición de que existan otros sindicatos a los que los trabajadores desearían afiliarse, o tiene como resultado el otorgamiento de privilegios que son susceptibles de influir indebidamente a los trabajadores en la elección de las organizaciones. Por consiguiente, esta distinción no debería tener por efecto que los sindicatos que no estén reconocidos como los más representativos sean privados de los medios esenciales para la defensa de los intereses profesionales de sus miembros (por ejemplo, el derecho de representar a sus miembros, inclusive cuando se trate de una reclamación individual), para la organización de su gestión y de sus actividades, y para la formulación de sus programas, en conformidad con lo que dispone el Convenio núm. 87. Citado por 297 informe, caso nº 1798 (España), párrafo 123.

⁷² Véase 358 informe, caso nº 2759 (España), párrafo 521.

Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, del ejercicio del derecho de libre sindicación de los extranjeros a la circunstancia de que éstos obtengan autorización de estancia o residencia en España debe entenderse contraria a los principios de libertad sindical referidos en los convenios 87 y 98 OIT. Además, se consideraba contrario a las exigencias derivadas de dichos Convenios la vinculación que hacía la referida norma del ejercicio del derecho de huelga a la tenencia por el extranjero de una autorización para trabajar (art. 11.2); y también se entendía que vulneraba dichos Convenios de la OIT la necesidad de haber obtenido una autorización de estancia o residencia en España para el ejercicio del derecho de reunión y manifestación (art. 7) y para el ejercicio de la libertad de asociación (art. 8). En torno a esta cuestión el Comité vino a afirmar que en estas condiciones, el Comité recuerda que el artículo 2 del Convenio 87 reconoce el derecho de los trabajadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, a afiliarse a las organizaciones que estimen convenientes. La única excepción autorizada por el Convenio 87 está prevista en el artículo 9 de dicho instrumento y se refiere a las fuerzas armadas y a la policía. Por tanto, a juicio del Comité, todos los trabajadores, salvo los contemplados en esta única excepción, están amparados por el Convenio 87. En consecuencia, en lo que respecta a la legislación en cuestión, el Comité pide que se tenga en cuenta el tenor del artículo 2 del Convenio 87. Asimismo, subraya que los sindicatos deben gozar, pues, del derecho de representar y de asistir a los trabajadores así cubiertos por el Convenio, a fin de defender y promover los intereses de los mismos⁷³.

No obstante, debemos tener presente que dos de las cuestiones que más han provocado el planteamiento de quejas frente al Comité de Libertad Sindical, por lo que se refiere a nuestro País, han sido, sin duda, por una lado, el derecho de huelga y, por otro lado, la negociación o modificación de condiciones laborales, en especial en el sector público. Veamos, pues, cada uno de estos dos extremos. Así, en primer término, por lo que se refiere al derecho de huelga, uno de los problemas principales se ha planteado en relación a los servicios mínimos en el marco de la función pública o de servicios esenciales como la salud, la educación o el transporte. A este respecto, el Comité de Libertad Sindical ha considerado que la huelga puede ser objeto de restricciones importantes (como por ejemplo el mantenimiento de un servicio mínimo), o incluso de prohibición, en el marco de la función pública o de los servicios esenciales⁷⁴, entre los que figuran los relativos a la salud. Si bien, la legislación española permite el ejercicio de la huelga por parte del personal sanitario,

73 Véase 327 informe, caso n° 2121 (España), párrafo n° 561. A este respecto ver, ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “La acción normativa de la Organización...”, op. cit; pp. 100 y ss.

74 Véase en relación al sentido estricto del término, 239 informe, caso 1292 (España), párrafo 42.

sujetando dicho ejercicio al mantenimiento de un servicio mínimo. El cual para ser aceptable debería limitarse a las operaciones estrictamente necesarias para no comprometer la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población⁷⁵. Además, al delimitar las coordenadas en que debe enmarcarse el establecimiento del servicio mínimo a asegurar en caso de huelgas en servicios esenciales o huelgas cuya extensión y duración pudieran provocar una situación de crisis nacional aguda, el Comité ha señalado que en la determinación de los servicios mínimos deberían poder participar no sólo las autoridades públicas, sino también las organizaciones de trabajadores y de empleadores interesadas. En efecto, ello no sólo permite un ponderado intercambio de puntos de vista sobre lo que en una situación concreta puede considerarse como servicios mínimos limitados a lo estrictamente indispensable, sino que también contribuye a garantizar que el alcance de los servicios mínimos no tenga por resultado que la huelga sea inoperante en la práctica en razón de su escaso impacto, así como a disipar posibles impresiones de las organizaciones sindicales en el sentido de que una acción de huelga se ha visto frustrada en razón de servicios mínimos concebidos demasiado ampliamente y fijados unilateralmente⁷⁶. En este sentido, el Comité ha reiterado en diferentes casos examinados en relación a nuestro País (como es el caso, por ejemplo, de una huelga en el sector de la sanidad de la Comunidad de Madrid⁷⁷) que no se procedió a consulta o negociación alguna sobre los servicios mínimos con la organización sindical interesada, y que de la legislación española (artículo 10, párrafo 2 del Real Decreto-ley 17/1977) y de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo se desprende que no es indispensable la consulta o negociaciones sobre los servicios mínimos con las organizaciones sindicales y que se atribuye a la autoridad gubernativa la potestad de dictar medidas necesarias para determinar el mantenimiento de servicios esenciales. En estas condiciones, el Comité ha venido considerando que la ausencia de consulta con la organización sindical interesada no es plenamente conforme con la libertad sindical⁷⁸.

Al margen de las anteriores consideraciones, también habrá de tenerse en cuenta en relación a los servicios mínimos que el Comité ha venido a señalar la importancia de que las disposiciones relativas a los servicios mínimos a aplicar en caso de huelga en un servicio

75 Véase 234 informe, caso nº 1342 (España), párrafo 151.

76 Véase 234 informe, caso nº 1342 (España), párrafo 154.

77 Véase 248 informe, caso nº 1374 (España), párrafos 267 a 271.

78 Reiterando la necesidad de participación de las organizaciones sindicales en el establecimiento de los servicios mínimos véase 204, informe, caso nº 952 (España), párrafo 162.

esencial se determinen de forma clara, se apliquen estrictamente y sean conocidas a su debido tiempo por los interesados⁷⁹.

Por otro lado, por lo que se refiere a la cuestión de la negociación o modificación de las condiciones laborales, en uno de los primeros informes emitidos por el Comité en relación a esta cuestión, dicho Comité viene a establecer, frente a la queja de la organización sindical querellante (CNT), de que la negociación del nuevo convenio de gasolineras de Barcelona debió hacerse a nivel provincial, siendo esta organización la más representativa en este nivel y no a nivel interprovincial, que la determinación del nivel de negociación debería depender esencialmente de la voluntad de las partes. Por ello, la negativa de los empleadores de negociar a un nivel determinado no constituye una violación de la libertad sindical. En este sentido, el Comité ha venido considerando que la negociación colectiva debe revestir, a fin de conservar su eficacia, un carácter voluntario y no implicar un recurso a medidas coercitivas que tendría por efecto alterar dicho carácter⁸⁰.

Por otro lado, en materia de negociación colectiva se vino a pronunciar el Comité en los años ochenta sobre una cuestión que debe tenerse presente en el actual contexto socioeconómico, se trata de la aplicación restrictiva de la Ley de Presupuestos a la renovación del articulado de un convenio colectivo que abarca las pensiones de jubilación del personal de las sociedades estatales que reciben subvenciones u otras ayudas financieras del Estado. En concreto, tal como denuncia la organización sindical querellante (FEBASO), en dicha Ley se establece un límite a las pensiones abonadas a las clases pasivas, mientras que el anterior convenio colectivo establece el derecho de los trabajadores a percibir un determinado complemento. En este sentido, el Comité considera que en la medida que la Ley de Presupuestos se aplica a los jubilados amparados por el anterior convenio colectivo, limitando sus pensiones de jubilación, la legislación en cuestión atenta contra los derechos previamente pactados y consagrados en un convenio colectivo anterior. Además, el Comité recuerda que, en el terreno de la negociación colectiva, los gobiernos deberían optar siempre por la persuasión en lugar de la coacción, y dejar a las partes entera libertad para tomar las decisiones finales⁸¹.

Otro de los temas analizados por parte del Comité en relación a la negociación colectiva es el relativo a la posibilidad de negociación de las condiciones laborales por parte de los funcionarios. En este sentido, el Comité argumenta, frente a una queja presentada por la

79 Véase 233 informe, caso nº 1203 (España). Párrafo 95.

80 Véase 202 informe, caso nº 915 (España), párrafo 53.

81 Véase 251 informe, caso nº 1375 (España), párrafo 131 y 132.

organización sindical querellante (UGT) objetando la decisión del Delegado del Gobierno de la Comunidad Valenciana de declarar ilegales algunos artículos del acuerdo sobre condiciones de trabajo de los funcionario del Ayuntamiento de Alzira, requiriendo al Ayuntamiento para que anule dicho acuerdo, que aun cuando el principio de la autonomía de las partes en la negociación colectiva conserva su validez por lo que se refiere a los funcionarios y empleados públicos amparados por el Convenio núm. 151, éste ha de aplicarse con cierto grado de flexibilidad, dadas las características particulares de la administración pública. Por esta razón son compatibles con el Convenio las disposiciones legislativas que habilitan al parlamento o al órgano competente en materias presupuestarias para fijar un "abanico" salarial que sirva de base a las negociaciones, o establecer una "asignación" presupuestaria global fija en cuyo marco las partes pueden negociar las cláusulas de índole pecuniaria o normativa (por ejemplo, la reducción de tiempo de trabajo u otros arreglos en materia de condiciones de empleo, la regulación de los aumentos de salario en función de los diferentes niveles de remuneración, o el establecimiento de dispositivos para escalonar los reajustes), o incluso las disposiciones que confieren a las autoridades públicas que tengan atribuidas responsabilidades financieras el derecho de participar en las negociaciones colectivas junto al empleador directo, en la medida en que dejen un espacio significativo a la negociación colectiva. Es fundamental, empero, que los trabajadores y sus organizaciones puedan participar plenamente y de manera significativa en la determinación de este marco global de negociación, lo que implica, en particular, que dispongan de todas las informaciones financieras, presupuestarias o de otra naturaleza que le sirvan para evaluar la situación con pleno conocimiento de causa.

Es distinto el caso de las disposiciones legislativas motivadas por la situación económica de un país que, por ejemplo, imponen unilateralmente un porcentaje de aumento salarial determinado y excluyen toda posibilidad de negociación, especialmente cuando prohíben el recurso a los mecanismos de presión so pena de severas sanciones. Se es consciente de que la negociación colectiva en el sector público exige la verificación de los recursos disponibles en los distintos organismos o empresas públicas, de que tales recursos están condicionados por los presupuestos del Estado y que el período de vigencia de los contratos colectivos en el sector público no siempre coincide con la vigencia de la Ley de Presupuesto del Estado, lo cual puede plantear dificultades. En consecuencia, se toma enteramente en cuenta las graves dificultades financieras y presupuestarias que deben enfrentar los gobiernos, sobre todo en períodos de estancamiento económico general y prolongado. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, las autoridades deberían privilegiar en la

mayor medida posible la negociación colectiva como mecanismo para determinar las condiciones de empleo de los funcionarios públicos; si en razón de las circunstancias ello no fuera posible, esta clase de medidas deberían aplicarse durante períodos limitados y tener como fin la protección del nivel de vida de los trabajadores más afectados. En otras palabras, debería encontrarse un compromiso equitativo y razonable entre, por una parte, la necesidad de preservar hasta donde sea posible la autonomía de las partes en la negociación y, por otra, el deber que incumbe a los gobiernos de adoptar las medidas necesarias para superar sus dificultades presupuestarias. En este caso el Comité consideró que no se ha violado el principio sobre los límites presupuestarios a las cláusulas convencionales de naturaleza económica⁸².

Otro asunto abordado por el Comité de Libertad Sindical en relación a la negociación de condiciones laborales en el sector público es que, a raíz de una queja presentada por las organizaciones sindicales UGT y CCOO, ante el incumplimiento del gobierno de la cláusula de incremento retributivo para 1997 del Acuerdo Administración Sindicatos para 1995-1997, sobre condiciones de trabajo en la Función Pública, dicho Comité viene a subrayar que el respeto mutuo de los compromisos asumidos en los acuerdos colectivos es un elemento importante del derecho de negociación colectiva y debería ser salvaguardado para establecer relaciones laborales sobre una base sólida y estable⁸³.

Asimismo, otro extremo sobre el que viene a incidir el Comité, a raíz de una queja presentada por CSI-CSIF, ante la modificación unilateral por el Gobierno de la Ley 30/1984, de medidas para la reforma de la Función Pública, al incluir en el Proyecto de Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social (de acompañamiento a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2001) una modificación de la movilidad geográfica de los funcionarios, es que al margen de la necesidad de negociar de buena fe de las partes, se insiste en que debe preverse con suficiente antelación la convocatoria de las organizaciones sindicales del sector público para negociar colectivamente, en plazos razonables, sus condiciones de empleo, considerando los plazos estrictos señalados para presentar los proyectos de ley al Parlamento, al tiempo que subraya el interés de consultar a las organizaciones de trabajadores en la preparación y elaboración de una legislación que afecte a

82 Véase 299 informe, caso nº 1561 (España), párrafo 37.

83 Véase 308 informe, caso nº 1919 (España), párrafo 325 o 329 informe, caso nº 2123 (España), párrafo 527.

sus intereses, y que debe privilegiarse y entablarse en la medida de lo posible la negociación colectiva para la determinación de las condiciones de empleo de los funcionarios públicos⁸⁴.

Por último, en uno de los últimos informes emitidos por el Comité de Libertad sindical (2011), relativo a la negociación y/o modificación de las condiciones laborales, a consecuencia de una queja interpuesta por la Unión Sindical de Controladores Aéreos ante la interrupción por parte de AENA de las negociaciones que se venían manteniendo para la aprobación del nuevo convenio colectivo y entrando en vigor casi inmediatamente después de dicha ruptura el RDL 1/2010 (convalidado por la Ley 9/2010), que modificaba las condiciones de trabajo del anterior convenio colectivo que venía regulando las referidas condiciones laborales, dicho Comité recuerda el principio de negociación libre y voluntaria y en particular que los órganos del Estado no deberían intervenir para modificar el contenido de los convenios colectivos libremente concluidos. Sin embargo, el Comité admite que, en el caso de los servicios esenciales (tal cual es el tráfico aéreo), no son incompatible con los principios de la negociación colectiva ciertas intervenciones de las autoridades. En particular, el Comité hace referencia a que el recurso al arbitraje obligatorio cuando las partes no llegan a un acuerdo en la negociación colectiva es admisible en el marco de los servicios esenciales. Arbitraje obligatorio, al que finalmente acudieron las partes para solucionar sus discrepancias⁸⁵.

4 CONCLUSIONES

Es evidente el protagonismo que han tenido los convenios de la OIT en materia de libertad sindical en el Ordenamiento Jurídico español desde su ratificación, pues los mismos han contribuido, sin duda, a forjar un escenario normativo acorde con los principios que dichos convenios establecen. Si bien, es verdad que, a pesar de su enorme contribución a la consolidación y desarrollo de la libertad sindical en España, lo cierto es que, tal y como ya apuntamos, desde el punto de vista de la doctrina judicial, especialmente la emanada de nuestro Tribunal Supremo, venimos asistiendo a una clara nacionalización de la libertad sindical y una minusvaloración de los Tratados, al encontrarnos con pronunciamientos que contienen referencias meramente programáticas de los Convenios en materia de libertad de sindicación y una evidente preferencia por la legislación nacional a la hora de resolver los

84 329 informe, caso nº 2123 (España), párrafo 534.

85 Véase 362 informe, caso nº 2785 (España), párrafo 736.

conflictos relativos a dicha materia. Pese a ello, como ya adelantamos, no ocurre lo mismo con las decisiones emanadas del Comité de Libertad Sindical, donde son numerosos los pronunciamientos emitidos por el Comité ante el importante número de quejas planteadas desde nuestro País, puesto que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han empleado los criterios del referido Comité como argumentos para apoyar sus decisiones en numerosas ocasiones. Es precisamente aquí donde radica la importancia de los principios establecidos por el Comité de Libertad Sindical, al encontrar amparo en nuestra doctrina judicial. Ya que sus principios, al margen de las directrices que se vienen a establecer para las autoridades públicas, encuentran un evidente respaldo a la hora de enjuiciar los casos relativos a la materia de libertad sindical en nuestro Ordenamiento. Cabe destacar la importancia que tienen alguno de los principios que ha venido a establecer dicho Comité, como es el caso del respeto a los principios de libertad sindical de la distinción entre las organizaciones sindicales más representativas y las demás organizaciones sindicales a efectos de otorgar a las primeras ciertos privilegios o ventajas; el derecho de los trabajadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, a afiliarse a las organizaciones que estimen convenientes, de acuerdo con lo establecido por el Convenio 87 OIT; la necesidad de que en la determinación de los servicios mínimos puedan participar no sólo las autoridades públicas, sino también las organizaciones de trabajadores y de empleadores interesadas; que la determinación del nivel de negociación debería depender esencialmente de la voluntad de las partes, no constituyendo una violación de la libertad sindical, la negativa de los empleadores de negociar a un nivel determinado; el respeto mutuo de los compromisos asumidos en los acuerdos colectivos o la idoneidad de consultar a las organizaciones de trabajadores en la preparación y elaboración de una legislación que afecte a sus intereses; y que debe privilegiarse y entablarse en la medida de lo posible la negociación colectiva para la determinación de las condiciones de empleo de los funcionarios públicos. Estos y algunos otros principios a los que hemos hecho referencia en este trabajo, habrían de ser tenidos en cuenta por las autoridades de nuestro País en el actual contexto socioeconómico en el que nos encontramos, donde en ocasiones nuestros dirigentes parecen alejarse de aquellos postulados, bajo el argumento de razones de urgencia y necesidad en las distintas actuaciones o prácticas legislativas que se vienen llevando a cabo. No sería de extrañar que en breve podamos hallar en el seno del Comité nuevos pronunciamientos relativos a la necesidad de adaptar determinadas actuaciones de nuestras autoridades a los postulados emanados desde aquél.

LE SALARIAT DES PLATEFORMES : A PROPOS DE L'ARRET TAKEEATEASY¹

THE APP WORKERS : ABOUT THE "TAKE EAT EASY"

Emmanuel Dockès²

RÉSUMÉ: L'article présente des considérations sur le salaire et l'extension de la qualification des travailleurs qui travaillent sur des plateformes numériques et les raisons qui justifient la requalification de ces travailleurs. L'article traite également de l'application des droits sociaux au travail sur des plateformes numériques.

MOTS-CLÉS: travailleurs; plateforme numérique; droits sociaux; requalification

ABSTRACT: The article presents considerations about the salary and the extension of the qualification of the workers that work in digital platforms and reasons that justify the requalification of these workers. The article also deals with the application of social rights to work on digital platforms

KEYWORDS: workers; digital platform; social rights; requalification

L'arrêt de la Cour de cassation française Take Eat Easy du 28 novembre 2018³ qualifie de contrat de travail la relation existante entre une plateforme numérique, Take Eat Easy et ses livreurs à vélo. Il tranche ainsi dans l'un des débats les plus agités du droit du travail, en France comme à l'étranger, celui qui vise les nouvelles organisations du travail et plus particulièrement les travailleurs des plateformes, parfois dits « ubérisés »⁴. À la suite de

¹Artigo recebido em 30/03/2019

Artigo aprovado em 29/04/2019 e 06/05/2019

Ce texte est une version modifiée et mise à jour d'un article publié en français par la revue Le droit ouvrier, de janvier 2019.

² Professeur Titulaire de Droit de Travail à l'Université de Paris X - Nanterre.

³ Soc. 28 novembre 2018, Take Eat Easy, n°17-20.079 PBRI, Sem. jur. soc. 49. 1398, av. de l'av. général C. Courcol-Bouchard et note G. Loiseau ; *SSL* 2018-1841, obs. B. Gomez, p. 6 et P. Lokiec, p. 10

⁴ V. not. le numéro spécial de La nouvelle revue du travail, [En ligne], 13 | 2018 ; avec spéc. J. Diringier, « Quel droit social en Europe face au capitalisme de plateforme ? » ; M. A. Dujarier, « De l'utopie à la dystopie : à quoi collabore l'économie collaborative ? », *Revue française des Affaires sociales*, 2018, N°2, p. 92-100 ; B. Gomes, *Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques*, th. Paris Nanterre dactyl, 2018 et réf. cit. ; D. Farrel, F. Greig, A. Hamoudi, "The Online Platform Economy in 2018 – Drivers, Workers, Sellers and Lessors", JP Morgan Chase Institute, septembre 2018. t 15-16 ; Benjamin Means et Joseph A. Seiner, Navigating the Uber Economy 49 U.C. DAVIS L. REV. 1511, 1513 (2016) ; J. Prassl, Who is a worker ?, *Law Quarterly Review*, 2017, p. 366 ; La voix collective dans l'économie de plateforme : défis, opportunités, solutions, Rapport pour la CES, septembre 2018 et, sur ce dernier texte, Sophie Robin-Olivier, *RDT* 2018. 703.

cet arrêt, la plupart de ces travailleurs devraient être qualifiés de « salariés »⁵, ce qui leur permettra de bénéficier notamment du code du travail (SMIC, congés payés, représentation du personnel), du régime général de la sécurité sociale, des garanties en matière d'accident du travail et de l'assurance chômage. L'intérêt de ces protections apparaît évident. Elles permettront d'éviter que ces travailleurs deviennent des sortes de sous-salariés, sous-payés et surexploités. Il convient toutefois de répondre au très habituel argument de l'effet pervers⁶ et de montrer que l'application de ces protections ne condamnera pas ce mode d'organisation du travail. Il conviendra aussi de montrer que le droit du travail peut être compatible avec le libre choix par le salarié de ses horaires et de la durée de son travail. Le droit du travail et la subordination sont parfois craints par les travailleurs pour être les vecteurs d'une soumission, d'une perte d'autonomie. L'application du droit du travail aux travailleurs des plateformes donne à cette matière l'occasion de démontrer qu'elle peut limiter le pouvoir des uns, les employeurs, sans réduire la liberté des autres, les salariés, bien au contraire.

Même si elles demeurent relativement marginales en nombre de travailleurs concernés ou en chiffre d'affaire dans l'économie globale⁷, les plateformes informatiques fascinent à juste titre. Il s'agit sans doute de l'une des principales innovations de la dernière quinzaine d'années dans les rapports de travail. Et leurs potentiels semblent encore en devenir. Les optimistes y voient l'essor d'une liberté, voire le signe de la prochaine disparition du salariat⁸. Les pessimistes constatent plutôt d'une montée de la précarité et de la misère⁹. Les deux visions contiennent une part de vérité. Il faut se réjouir des nouvelles libertés qui s'expriment dans ces organisations du travail, principalement quant à la liberté des horaires et des durées du travail

V. aussi les rapports publics sur ce thème : O. Montel, L'économie des plateformes : enjeux pour la croissance, le travail, l'emploi et les politiques publiques, Document d'études 213, août 2017, Dares (sur dares.travail-emploi.gouv.fr) ; Pôle interministériel de Prospective et d'Anticipation des Mutations économiques (Pipame)

RDRST, Brasília, Volume 5, n 1, 2019, p 65-78, Jan-Abr/2019

Enjeux et perspectives de la consommation collaborative, 2015 –disponible sur

<https://www.entreprises.gouv.fr/> ; P. Terrasse, Rapport sur l'économie collaborative, fév. 2016, sur <https://www.gouvernement.fr> et le rapport de l'Igas, de N. Amard et L. C. Viossat, Les plateformes collaboratives, l'emploi et la protection sociale, sur <http://www.igas.gouv.fr>.

⁵ Sur la question de la qualification de travailleur salarié des travailleurs des plateformes, v. déjà, not. A. Favre, *Dr. soc.* 2018.547 ; S. Bini, *RDT* 2018. 542 ; Coursier, *JCP S* 2016. 1400 (quelles normes sociales pour les entrepreneurs de l'économie collaborative et distributive?) ; A. Fabre et M. –C. Escande-Varniol, *RDT* 2017. Controverse 166 ; M. Julien et E. Mazuyer, *RDT* 2018. 189 ; Th. Pasquier, *RDT* 2017. 95.

⁶ Aucune protection sociale n'a échappé à l'argument traditionnel qui consiste à dire que cette protection ruinerait l'activité qu'elle protège : v. not. A. O. Hirschman, *Deux siècles de rhétorique réactionnaire*, Fayard 1991.

⁷ Il ne dépasse pas, quel que soit le pays, quelques pourcents de la population active occupée : V. not. D. Farrel, F. Greig, A. Hamoudi préc.

⁸ S. Mallard, *Disruption - Intelligence artificielle, fin du salariat, humanité augmentée*, Dunot 2018 ; J-P Gaudard, *La Fin du salariat*, Bourin Ed. 2013.

⁹ V. not. le numéro spécial de La nouvelle revue du travail, [En ligne], 13 | 2018

qu'elles permettent. Ces libertés sont précieuses aux travailleurs de ce secteur et il convient de les garder à l'esprit. Mais il convient aussi de s'inquiéter du développement d'une sorte de sous-salariat particulièrement vulnérable¹⁰. Et il convient enfin de ne pas se laisser aveugler par les aspects novateurs du phénomène au point d'oublier ce qui demeure.

Ce risque d'oubli est véhiculé par de nouvelles expressions, follement tendance, parfois attirantes et publicitaires comme l'« économie collaborative » ou de l' « économie du partage » (sharing economy), parfois plus descriptives comme l' « économie des petits boulots » (gig economy), parfois répulsive comme le « capitalisme de plateformes »¹¹. Tous ces nouveaux concepts propagent l'idée que nos vieux cadres ne fonctionnent plus. Or ce n'est qu'en partie exact. Derrière la nouveauté, réelle, se cachent de vieux métiers, comme le transport de personnes ou de produits, et même de vieilles organisations du travail. Avant l'usine tayloriste puis fordiste, il existait déjà des « façonniers » et des « tâcherons », payés à la tâche, parfois très spécialisés, « autonomes » dans la fixation de leurs horaires, souvent propriétaires de leurs outils et néanmoins placés dans une situation de soumission et de grande faiblesse¹². Ce type de travail non seulement dépendant mais soumis, quoiqu'autonome dans son organisation temporelle ou spatiale, n'a jamais totalement cessé¹³. Il y a plus de permanence dans le travail des plateformes qu'on ne le dit souvent.

Et il y a plus de modernité dans nos vieux outils juridiques qu'on ne le dit souvent. Personne ne questionne la modernité du concept de « contrat », bien antérieur pourtant à l'invention du papier. Comparativement, le contrat de travail et la subordination qui lui sert de critère sont d'un modernisme échevelé¹⁴. Le droit doit s'adapter, mais il doit s'adapter à la

¹⁰ V. not. O. Montel, préc., p. 26-29 et M. A. Dujarier préc.

¹¹ Titre du numéro spécial de La nouvelle revue du travail, [En ligne], 13 | 2018, préc.

¹² V. not. A. Faure, Petit atelier et modernisme économique, la production en miettes au XIXe siècle, *Histoire, économie et société*, 1986, n°4, p. 531-557 ; C. Didry, L'institution du travail, La dispute 2016, spéc. p. 35 et s.

¹³ On peut citer les travailleurs à domicile des articles L. 7411-1 et suivants du code du travail, dont le statut s'est construit progressivement à partir de la loi du 10 juillet 1915 (protectrice des femmes travailleuses à domicile dans l'industrie du vêtement) pour aboutir à l'assimilation de tous les travailleurs à domicile à des salariés, pour l'application du code du travail, par loi du 26 juillet 1957 (actuel L. 7411-1 C. trav.) ou les chauffeurs de taxi en situation de faiblesse et qui sont parfois requalifiés en travailleurs salariés (en faveur de cette qualification, v. Soc. 19 décembre 2000, Labbane, *Les Grands arrêts du droit du travail*, n° 3; *Dr. ouvr.* 2001. 241, 2ème esp., note A. de Senga ; *Dr. soc.* 2001. 227, note A. Jeammaud ; 6 octobre 2010, n° 08-45392; 3 novembre 2010, n° 08-45391 ; en sens opposé v. not. Soc. 1er décembre 2005, G7, n° 05-43031 P ; Soc. 17 septembre 2008, n° 07-43265 ; Soc. 5 mai 2010, n° 08-45323).

¹⁴ La subordination a été reconnue comme critère central du contrat de travail avec l'arrêt Bardou du 6 juillet 1931, DP 1931. 1. 131, note P. PIC; *Les grands arrêts du droit du travail* préc., 4ème éd. 2008, n° 1. La notion de contrat de travail est forgée au tournant des XIXe et XXe siècles, mais elle ne supplante définitivement le louage de service (concept issu du droit romain) qu'avec la la codification de la loi du 2 janvier 1973. Ceci nous place peut-être avant l'invention des ordinateurs, mais bien après l'invention du vélo et même de l'automobile.

réalité dans toutes ses dimensions. Or les rapports humains changent moins vite que les téléphones portables. Et le progrès technique n'est pas toujours libérateur : il existe aussi des nouvelles technologies au service de la soumission. La géolocalisation, expressément visée par l'arrêt *Take East Easy* du 28 novembre 2018, est l'un de ces nouveaux moyens que les plus hautes juridictions françaises reconnaissent comme un danger pour les libertés¹⁵. Et il ne s'agit que de l'une des très nombreuses nouvelles technologies du contrôle. Dans notre époque qui voit le spectre de Big Brother devenir réalité, revenir à des concepts contractuels qui nient les rapports de pouvoir relève au mieux du fantasme et au pire du mensonge. Les protections du droit du travail, l'idée de contrat de travail et la notion juridique de subordination qui lui sert de support conservent, hélas, toute leur pertinence, y compris dans un univers de nouvelles technologies, peut-être même surtout dans cet univers peuplé d'yeux électroniques, de notation permanente et de sanctions automatisées. Les travailleurs de plateformes ne sont pas protégés de la subordination, ils y sont même peut-être particulièrement sujets. L'arrêt *Take Eat Easy* du 28 novembre 2018 le montre avec force.

Il s'agit d'un arrêt auquel la Cour de cassation a adjoint tous les signes qui marquent les arrêts qui sont, pour les hauts magistrats, les plus importants¹⁶. L'arrêt est ainsi présenté avec on ne peut plus de force par la Cour de cassation elle-même. Pour ces raisons, mais aussi par la qualité de sa motivation, par la question de société qu'il tranche et par l'impact qui s'annonce être le sien, cet arrêt est à n'en pas douter un arrêt d'un genre disparu ces dernières années : c'est un grand arrêt. Son impact a été immédiat, la Cour d'Appel de Paris ayant immédiatement emboîté le pas de la Cour de cassation en requalifiant un chauffeur de la compagnie Uber de salarié¹⁷.

L'arrêt est important pour le droit français, mais il l'est aussi pour le droit international et européen. La qualification des travailleurs des plateformes est un débat mondial, dans lequel les premières décisions de justice sont scrutées avec beaucoup d'attention. La Cour de justice de l'Union européenne, a déjà ouvert la voie de possibles requalifications, par un arrêt du 20

Les concepts de contrat civils ou commerciaux que l'on voudrait substituer à la qualification de contrat de travail sont bien antérieurs.

¹⁵ V. not. Soc. 3 nov. 2011, n° 10-18.036, *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1518, obs. P. Flores ; *Dr. ouvrier* 2011. 153, note. S. Baradel et P. Masanovic et CE, 15 déc. 2017, n° 403776, *AJDA* 2018. 402, concl. A. Bretonneau.

¹⁶ Il a été rendu pour violation de la loi, son numéro est accompagné des lettres P.B.R.I.) et surtout il est accompagné d'une notice explicative sur le site de la Cour de cassation : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/notes_explicatives_7002/relative_arret_40779.html

¹⁷ Cour d'appel de Paris, 10-01-2019, n° 18/08357

décembre 2017¹⁸, qui qualifie Uber d'« entreprise de transport » et non d' « entreprise de la société de l'information » : pour la Cour, la plateforme informatique gérée par Uber n'est pas simple intermédiaire, ce que cette société prétendait, elle organise un service de transport, dans lequel des travailleurs sont intégrés. Et l'on se souvient qu'en droit français l'intégration dans un service organisé est déjà un fort indice de subordination¹⁹. L'arrêt *Take Eat Easy* intervient aussi après d'autres arrêts ayant ordonné la requalification de travailleurs de plateformes, dont les très commentés arrêts de la Cour d'appel du travail de Londres²⁰ et de la Cour suprême de Californie²¹. L'arrêt de la Chambre sociale du 28 novembre 2018 renforce et confirme ainsi une tendance européenne et internationale. Comme premier arrêt d'une Haute Cour nationale sur ce thème, son retentissement international s'annonce fort. Au-delà de la jurisprudence française qu'il inaugure, il participe ainsi à la construction d'un mouvement jurisprudentiel international en faveur d'une assez large qualification de « salariés » appliquée aux travailleurs des plateformes informatiques.

L'ampleur attendue de cette qualification (I) apparaît au travers de la portée de la motivation choisie, volontairement large, et au travers du commentaire réalisé par les juges et publié sur le site de la Cour. Mais elle est surtout soutenue par la force des justifications et des fondements d'une telle qualification.

Le travail organisé par plateforme informatique, qu'on le désigne sous un nom ou sous un autre, va donc être largement soumis au droit du travail. Par ses originalités, il va mettre le droit du travail à l'épreuve, le sommer de montrer qu'il est capable à la fois de protéger ces

¹⁸ CJUE 20 déc. 2017, *Elite Taxi c. Uber*, aff. C-434/15, spéc. 34-37, *RTD eur.* 2018. 147, note. L. Grard et 2018.273, note. V. Hatzopoulos ; *RDT* 2018.150, note B. Gomes

¹⁹ L'intégration dans un service organisé fut même un temps un critère alternatif du contrat de travail : v. Cass. Ass. Plé 18 juin 1976, D 1977, 173, note. A. Jeammaud. Depuis l'arrêt *Société Générale* du 13. novembre 1996, n° 94-13187 P, *Dr. soc.* 1996. 67, note J.-J. Dupeyroux ; *JCP E* 1997. II. 911, note J. Barthélémy ; J. Péliissier, A. Jeammaud, A. Lyon-Caen et E. Dockès, *Les Grands arrêts du droit du travail*, 4^e éd. 2008, n°2), cette intégration est devenue un simple mais fort indice de subordination. V. Pour une tentative doctrinale de retour à la solution du critère alternatif, basé sur l'intégration économique, v. C. Radé, *Des critères du contrat de travail*, *Dr. soc.* 2013.p. 202.

²⁰ London Employment Appeal Tribunal, 10 nov. 2017, *Uber c. Aslam*, n°UKEAT/0056/17/DA28 (et en première instance, London Employment Trib., 28 Oct. 2015, *Aslam et Farrar c. Uber*, n° 2202550/2015). Sur cette décision, v. not. J. Prassl, *Uber devant les tribunaux. Le futur du travail ou juste un autre employeur ?*, *RDT* 2017. 439. Plus précisément, la Cour de Londres précitée rejette bien la qualification de travailleur indépendant, mais elle ne reconnaît que la qualification de « worker » un peu moins favorable que celle d' « employee ». La nuance est impossible à faire en droit français ou états-unien. V. cpdt pour un refus de qualification, High Court of Justice, 5 déc. 2018, (*IWGB v. RoofFoods Ltd t/a Deliveroo*, n° [2018] EWHC 3342 (admin), Case n° : CO/810/2018) et sur cette affaire M.Vicente, *Les coursiers Deliveroo face au droit anglais*, *RDT* 2018, p. 515.

²¹ C. supr. de Californie, 30 avril 2018, *Dynamex Operations W., Inc. v. Superior Court*, No. S222732, 2018 WL 1999120. V. déjà, en Californie, not. *O'Connor v. Uber Technologies, Inc.*, 311 F.R.D. 547 (N.D. Cal. 2013) ; *Berwick v. Uber Technologies, Inc.*, No. 11-46739 EK, 2015 WL 4153765, (Cal. Dept. Lab. June 3, 2015), aff'd No. CGC-15-546378 (Cal. Super. Ct. June 16, 2015) ; Superior Court of California 16 juin 2015, *Berwick v. Uber Technologies Inc.*, aff'd n° CGC-15-546378 ; *Cotter v. Lyft, Inc.*, 176 F.Supp.3d 930 (N.D. Cal. 2016).

travailleurs, d'éviter la constitution d'une catégorie de sous travailleurs plus faibles et moins protégés que des salariés habituels, mais aussi de montrer qu'il est capable de laisser subsister ces nouvelles organisations du travail dans ce qu'elles ont de positif, de libérateur et notamment la liberté qu'elle accordent aux travailleurs dans la fixation de leurs emplois du temps. Protéger, sans accroître les soumissions vécues, le droit du travail en est-il capable ? Il nous semble que oui, même si certaines adaptations seront peut-être nécessaires à la marge (II). C'est à ce prix et à cette condition que les travailleurs des plateformes seront convaincus de l'importance de la victoire que représente pour eux l'arrêt Take Eat Easy.

I L'AMPLEUR DE LA QUALIFICATION DE SALARIÉ

L'intégration des travailleurs des plateformes au salariat s'annonce large (B), du fait des motifs et justification de l'arrêt rendu (A).

A) MOTIFS ET JUSTIFICATIONS D'UNE REQUALIFICATION

L'arrêt utilise les termes et la motivation qui sont ceux qu'utilisent habituellement la jurisprudence française. Il reprend la définition de la subordination tirée de l'arrêt Société Générale rendu par la Cour de cassation française du 13 novembre 1996²² et très régulièrement reprise depuis²³. la formule habituelle relative à l'indisponibilité de la qualification de contrat de travail issue de l'arrêt Labanne du 19 décembre 2000²⁴. L'arrêt Take Eat Easy s'affirme ainsi conforme à la tradition française et cette jurisprudence s'annonce stable sur les principes²⁵.

Ce classicisme doit être approuvé. L'arrêt rendu est bien conforme à la jurisprudence traditionnelle. Pour intégrer au salariat les travailleurs des plateformes, il n'était pas utile de

²² Soc. 13. nov. 1996, n°94-13187 P, Les Grands arrêts du droit du travail préc., n° 2 ; *Dr. soc.* 1996.67, note J.-J. Dupeyroux ; *JCP E*, 1997. II. 911, note J. Barthélémy.

²³ V. not. Soc. 1er déc. 2005, G7, n° 05-43031 P, D. 2006. Pan. 410, obs. E. Peskine ; 17 mai 2006, n° 05-43.265 ; Civ. 2e, 20 juin 2007, n° 06-17.146 P ; 22 sept. 2010, no 09-41.495 ; 3 nov. 2010, n° 09-4.215.

²⁴ « L'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs », formule est reprise de l'arrêt Labanne du 19 déc. 2000, n° 98-40572 P, *Dr. soc.* 2001. 227, note A. Jeammaud ; *Dr. ouvrier* 2001. 241, note A. de Senga ; *Grands arrêts* op. cit., n° 3.

²⁵ Le visa de l'article L. 8221-6 II du Code du travail au côté de ces principes traditionnels démontre une fois de plus que cet article n'a pas eu d'impact notable sur ces principes : sur ce texte dont la portée demeure essentiellement symbolique, v. not. G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 32^e éd. 2019, n°204.

revenir sur la notion de contrat de travail basée sur la notion de subordination²⁶. Cette notion présente une souplesse, une adaptabilité et une modernité beaucoup plus grande qu'on ne le croit habituellement.

La définition de la subordination, issue de l'arrêt Société Générale du 13 novembre 1996²⁷ et reprise par l'arrêt Take Eat Easy du 28 novembre 2018 est la suivante : « Le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ». Cette définition est très stricte, un peu trop stricte même, puisqu'elle vise un triptyque de conditions cumulatives : un pouvoir de commandement, un contrôle *et* un pouvoir de sanction. Elle est aussi réductrice, puisqu'elle ne laisse aucune place à la situation de faiblesse, de dépendance, du travailleur. Mais cette définition ne doit pas induire en erreur. L'essentiel de la casuistique de la Cour de cassation relative à la qualification de contrat de travail n'est pas dans cette définition, ni dans la *notion* de subordination : elle est dans la *preuve* de cette subordination. C'est à l'occasion de la recherche de cette preuve que la jurisprudence montre son refus de toute position doctrinaire et son réalisme. Viennent alors s'ajouter des éléments qui révèlent l'existence réelle d'un commandement, mais aussi certains éléments qui se contentent de relever la possibilité de ce commandement, notamment grâce à la connaissance ou aux compétences de l'employeur, d'autres qui relèvent la faiblesse économique d'une partie par rapport à l'autre, d'autres encore qui s'intéressent aux modalités de la rémunération, etc.²⁸ Le domaine du salariat apparaît alors comme un halo, présentant certes quelques incertitudes à ses marges, mais dont la teneur, assez ferme et étonnamment constante depuis les années 1930, est un composé d'obéissance –la subordination au sens strict- et de faiblesse - la dépendance -. Une obéissance limitée est volontiers complétée par une forte dépendance pour permettre la qualification de « salarié », comme dans le cas des médecins, indépendants dans l'exercice de leur art, mais salariés lorsqu'ils sont dépendants, par exemple, d'une clinique²⁹. Une obéissance forte permet réciproquement de pallier une faible dépendance, comme dans le cas des employés de maison dotés de nombreux clients-employeurs, mais

²⁶ Il est possible de penser que la jurisprudence serait plus pédagogique si elle reconnaissait expressément l'influence qu'elle accorde à la dépendance économique dans l'opération de qualification, au côté de la subordination (en ce sens, v. E. Dockès, *Notion de contrat de travail*, Droit social 2011, p. 546). Mais cette évolution terminologique ne vise qu'à mieux rendre compte de la jurisprudence, sans en changer substantiellement la teneur. V. aussi la proposition de P. Lokiec de remplacer la « subordination » par le « contrôle » ce qui serait sans doute un peu réducteur (SSL 2018-1841, p. 10).

²⁷ Préc.

²⁸ Pour une étude précise de la casuistique de la qualification du contrat de travail, v. not. E. Dockès, préc.

²⁹ Civ., 25 juill. 1938, DH 1938. 530; Soc. 13 janvier 2000, n°97-17766 P ; Soc. 30 juin 2010, n° 09-67496.

strictement soumis au pouvoir de direction de chacun d'eux³⁰. Cette souplesse est une constante dans la jurisprudence de la Cour de cassation. En 1931, la Cour imposait le critère de la subordination³¹. En 1932 déjà, elle l'assouplissait en utilisant, pour démontrer cette subordination, la situation de dépendance économique des salariés³².

Dans le cas des travailleurs de plateformes, la dépendance est généralement forte, parce que la clientèle passe par la plateforme et que c'est cette plateforme qui, ensuite, organise et répartit le travail. Mais cette dépendance n'est pas totale, aucune exclusivité n'étant exigée des travailleurs.

La soumission est, elle aussi, forte : le plus souvent un véritable cahier des charges doit être respecté par les travailleurs, il peut être modifié par la plateforme et une évaluation des travailleurs est réalisée par les retours des clients, ce qui est un mode de contrôle particulièrement efficace. Mais cette soumission n'est pas non plus totale, puisque les travailleurs ont une grande liberté dans la fixation de leur emploi du temps.

Enfin, la plateforme s'autorise à déconnecter certains travailleurs, notamment ceux qui sont insuffisamment bien évalués ou ceux qui n'ont pas respecté certaines des exigences de la plateforme, ce qui est bien une mesure prise à la suite de comportements considérés comme fautifs, autrement dit une sanction disciplinaire³³.

Ce composé de dépendance, de soumission et de sanctions suffit *largement* à la preuve d'une subordination et donc à la qualification de salarié. Au demeurant, la Cour de cassation n'a pas jugé utile de mentionner tous ces éléments dans l'affaire Take Eat Easy. Elle s'est contentée de viser l'existence d'un système de géolocalisation, qui permet le contrôle, et la présence d'un pouvoir de sanction, ce qui suffisait à ses yeux à prouver la subordination. Après beaucoup d'autres, cet arrêt est significatif de la relative ouverture de la jurisprudence française quant à la qualification de contrat de travail. Et elle augure d'une très large requalification à venir des travailleurs des plateformes et notamment des livreurs et chauffeurs de personnes qui sont nécessairement géolocalisés par l'intermédiaire de leurs téléphones portables, même si cette géolocalisation n'est pas toujours permanente, et qui sont menacés de sanction, la plus grave étant la déconnexion définitive, laquelle équivaut à un licenciement.

³⁰ V. not. Soc. 11 mars 2009, n° 07-43977 P, lequel déduit l'existence d'une subordination des seules fonctions d'employé de maison.

³¹ Civ. 6 juillet 1931, *DP* 1931. 1. 131, note P. PIC ; Les Grands arrêts du droit du travail, *op. cit.*, n°1.

³² V. not. civ. 22 juin 1932 (trois arrêts), 30 juin 1932, et 1er août 1932, *DH*, 1, p. 145, note P. PIC et dans le même sens, not. Civ., 25 juil. 1938, *DH* 1938. 530.

³³ Au sens de l'article L. 1331-1 du code du travail.

Il faut noter que c'est en prenant argument sur la liberté de l'emploi du temps accordée aux travailleurs que la Cour d'Appel de Paris avait refusé la qualification de « salarié ». Il y avait là une vraie incompréhension de ce qu'est le travail salarié. Le salarié est celui qui est soumis à *un* pouvoir de direction. Ce qui ne signifie pas qu'il doit être soumis dans *tous* les aspects de sa relation de travail. Le travail salarié peut comporter une part d'autonomie et de liberté d'organisation. Cette part de liberté est même la norme tant il est difficile d'imaginer un travail productif entièrement contraint qui n'ait pas d'ores et déjà été remplacé par des robots. Et cette liberté partielle des salariés s'exprime fréquemment au travers d'une certaine marge de choix laissée quant aux horaires de travail. Nous ne sommes plus au temps des sonneries d'horloges qui rythment l'entrée et la sortie des ouvriers de l'usine. La flexibilisation du temps de travail est passée par là. Elle a souvent été utilisée par les employeurs pour obtenir une subordination plus grande, une sorte de travail à la demande. Mais elle a aussi, parfois, permis l'ouverture de libertés réelles pour les salariés. La « réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps », visée par les articles L. 3121-56 et L. 3121-58 du Code du travail relatifs aux conventions de forfait n'est pas toujours une chimère. Et elle est même pour beaucoup dans le soutien que certains salariés expriment pour ces conventions de forfaits, y compris celles qui présentent d'importants dangers comme les conventions de forfait en jours. Cette liberté des horaires peut fort bien cohabiter avec de rudes contraintes, sur la nature du travail, sur les conditions d'exercice de ce travail, sur la charge de travail, sur son intensité, etc. Elle n'est nullement exclusive de subordination. La liberté des horaires n'est donc pas une originalité des travailleurs de plateformes, même si elle est particulièrement forte pour ces travailleurs. Et elle n'est pas, ou peut-être n'est plus exclusive du salariat.

Il faut donc s'attendre à un vaste mouvement d'intégration au salariat des travailleurs des plateformes. Même si cette intégration aura des limites.

B) DOMAINE DE REQUALIFICATION

Il ne faut pas déduire de l'arrêt *Take Eat Easy* que tous les travailleurs qui utilisent des plateformes informatiques pour trouver un travail seront automatiquement qualifiés de salariés.

Pour que le contrat entre la plateforme et le travailleur devienne un contrat de travail, encore faut-il qu'il ait pour objet essentiel ou prépondérant le travail. Pour cette raison, il semble que la qualification de travailleur salarié de la plateforme n'aura pas lieu lorsque la prestation de travail n'est qu'un accessoire, de valeur relativement modeste, comparativement à celle des biens et valeurs transmis par l'intermédiaire de la plateforme.

Les vendeurs sur des sites comme Le bon coin, Ebay ou Amazon travaillent, ne serait-ce que parce qu'ils emballent et envoient leurs produits. Mais ce travail n'est que l'accessoire de leur activité commerciale. Et aucune requalification de contrat de travail ne sera possible dès lors que cette activité commerciale n'est pas dirigée, gérée par la plateforme et qu'ils demeurent libres de choisir les marchandises qu'ils proposent à la vente.

La question du travail n'est pas non plus absente des locations temporaires de logement par des sites comme Airbnb, lesquelles emportent généralement une prestation de nettoyage analogue à celles que réalisent les travailleurs de l'hôtellerie. Toutefois, là encore, ni la plateforme, ni le client ne peuvent être considérés comme employeurs de ces travailleurs : la prestation est accessoire à la fourniture de logement. Seul le loueur d'appartement sera qualifié d'employeur, s'il a recours à du personnel.

La situation des chauffeurs est toute différente. Même si le prix du transport qu'ils assurent avec leur véhicule recouvre d'importants frais d'essence et d'entretien du véhicule, leur travail de chauffeur demeure le principal ou du moins une part suffisamment importante de la relation pour qu'elle ne puisse pas être considérée comme l'accessoire de cette relation. La situation est en revanche différente pour des plateformes de location de véhicule sans chauffeur, comme Drivy. Le travail qui demeure, travail d'entretien et de nettoyage du véhicule notamment, n'est plus alors qu'un accessoire de la location du véhicule. On peut donc penser qu'alors encore la qualification de salarié n'aura pas lieu et que le loueur restera un loueur.

Il nous semble donc que seules les plateformes qui ont coordonné des contrats dont l'objet est pour une part essentielle ou principale du travail sont susceptibles d'être qualifiées d'employeur. Ces plateformes de fourniture de travail ne sont pas pour autant toutes des employeurs. Il convient plus précisément de les classer en trois catégories.

- Les premières sont celles qui fournissent un type de travail bien précis, coordonné et organisé par la plateforme. Le service est alors un service organisé par la plateforme, sous son contrôle, et les clients sont ses clients. Dans ces hypothèses, la plateforme doit être qualifiée d'employeur et les travailleurs de salariés. Une plateforme de nettoyage de linge par exemple, à l'instar des plateformes de livraison de repas ou de transport de personne, devrait logiquement être qualifiée d'employeur dès lors qu'elle contrôle les travailleurs et qu'elle leur fournit des recommandations.

- Les deuxièmes sont celles qui ouvrent la possibilité à des travailleurs de proposer des services divers, sur lesquels la plateforme ne prétend avoir aucune expertise. Elle ne coordonne ni le contenu, ni la manière dont ils sont fournis. On pense ici notamment aux nombreux sites

qui proposent de petits travaux dits de bricolage. L'expertise et la compétence sont alors ceux des seuls travailleurs. Ils ne sont pas dirigés par la plateforme, ni par les bénéficiaires de leur travail. Dans ces cas et à ces conditions, les plateformes de « jobbing » pourraient échapper à la qualification d'employeur et les travailleurs de ces plateformes être considérés comme des travailleurs indépendants. Il devrait en aller différemment lorsque la plateforme prétend à une expertise dans le domaine du bricolage et qu'elle exerce un contrôle. La plateforme pourrait alors être considérée comme exerçant une direction sur les travailleurs qui travaillent par son intermédiaire et être qualifiée d'employeur. La qualification d'indépendant ou de salarié des travailleurs dépendra donc, logiquement, de la présence ou de l'absence de contrôle et de direction de ces travailleurs sensément bricoleurs et que l'on retrouve sur des sites comme Frizbi, ManoMano, ou de ces travailleurs sensément artisans proposés par des sites comme ceux des grandes enseignes d'ameublement ou de vente de matériel de bricolage.

- Une dernière catégorie de plateforme, du point de vue du droit du travail, concerne les plateformes qui servent d'intermédiaire entre un travailleur et un bénéficiaire qui dirige dans les faits l'activité de ce travailleur. Ce peut être notamment le cas de sites comme Amazon Mechanical Turk, Onespace ou parfois de certaines des plateformes de petits boulots susvisées. Par l'intermédiaire de ces sites, certains entrepreneurs obtiennent un travail, souvent un petit travail d'exécution, qu'ils encadrent et dirigent. Le travail réalisé est alors bien un travail subordonné. Mais l'employeur, le détenteur du pouvoir de direction, est alors le « client » et non la plateforme. Celle-ci est un simple intermédiaire. Mais elle est un intermédiaire en main d'œuvre. Elle tombera sous le coup de la prohibition du prêt de main d'œuvre à but lucratif, lorsque le travailleur n'a aucun lien contractuel avec le « client »³⁴. Lorsqu'un lien contractuel est créé entre le client et le travailleur, ce lien doit être qualifié de contrat de travail et la plateforme doit être qualifiée d'entreprise de placement. Elle est alors soumise, en droit français, aux conditions des articles L. 5321-1 et suivants du code du travail français, et doit notamment n'exiger aucune rétribution, directe ou indirecte, des personnes à la recherche d'un emploi³⁵.

On le voit, le salariat des plateformes ne regroupera pas tous les travailleurs des plateformes. Mais une part importante de ces travailleurs devraient être qualifiés de salariés, parfois de la plateforme comme cela a été le cas pour l'espèce Take Eat Easy, parfois du client,

³⁴ La prohibition du marchandage et du prêt de main d'œuvre à but lucratif est prévue aux articles L. 8231-1 et L. 8241-1 et s. du Code du travail.

³⁵ Art. L. 5321-3 C. trav.

comme cela devrait être le cas lorsque celui-ci n'est pas un simple consommateur mais qu'il exerce sur le travailleur un véritable pouvoir de direction.

II L'APPLICATION DU DROIT SOCIAL AUX PLATEFORMES

La crainte suscitée par l'application du droit social aux plateformes est pour l'essentiel la reprise de l'éternelle crainte du coût des protections en général et de celles du droit social en particulier : toutes les protections, à part celles dont bénéficient les grandes entreprises, sont suspectes de provoquer des catastrophes économiques³⁶. Il n'est pas question ici de reprendre l'entièreté du débat qui porte sur la compétitivité des entreprises, sur la solvabilité du travail et sur le coût supposé du droit social. Si l'on devait prendre aux sérieux toutes les craintes d'effet pervers des protections, voilà bien longtemps que toute activité aurait dû cesser en France et que les pays Baltes, pays presque entièrement dépourvus de droit du travail, auraient dû devenir de bouillonnants lieux d'activité et de richesse. En France, le plus dur aurait dû être la terrible période du début des années 1980, temps où le droit du travail était bien plus protecteur qu'aujourd'hui et où curieusement les taux de croissance étaient plus haut³⁷ et le taux de chômage plus bas³⁸. Il suffira de rappeler d'un mot que l'application du droit social permet aussi des gains, notamment de productivité des travailleurs, qu'il limite les inégalités qui ravagent les sociétés et qu'il permet la diminution des accumulations improductives. Comme toutes les règles qui limitent les possibles excès du pouvoir, à commencer par celles de la démocratie, les règles du droit social sont coûteuses. Mais l'histoire semble montrer qu'il s'agit de dépenses plutôt bien placées³⁹.

S'agissant des plateformes, on rappellera que le coût des cotisations sociales sur les bas salaires, qui sont ceux principalement en cause s'agissant des travailleurs de plateformes, est aujourd'hui fort bas en France. Eu égard à la part de la masse salariale dans le coût total du service pour le client, l'augmentation liée aux cotisations sociales de ce service devrait être

³⁶ V. not. A. O. Hirschman, préc.

³⁷ 2,5% en 1982 contre une prévision de 1,8 % en 2018.

³⁸ En 1982, le taux de chômage était encore de 6,9% (il oscille entre un peu moins de 8% et presque 11% depuis 1984, avec des sommets au-dessus de 10% à la fin des années 1990 et en 2014-2016 et ce malgré des dizaines de lois de régression sociales, sans effets substantiel sur le chômage. Ce taux a en revanche connu un creux, au début des années 2000, en dessous de 8% avec la pourtant coûteuse réduction du temps de travail. Ce taux est aujourd'hui légèrement supérieur à 9 %. Source : Insee, enquête Emploi, France métropolitaine - Données corrigées des variations saisonnières.

³⁹ V. not. S. Deakin, The contribution of labour law to economic and human development, in *The Idea of Labour Law*, G. Davidov et B. Langille eds, p. 156-175

relativement faible. Trop faible en tout cas pour qu'on puisse penser que cela assèchera la clientèle et fera disparaître les plateformes.

Certaines questions juridiques sont plus difficiles. Il va sans dire que l'application du droit du travail va demander d'importantes adaptations aux plateformes qui embauchent des salariés, notamment quant aux conditions générales valant contrat de travail qu'il conviendra de faire conclure, en quelques clics, aux travailleurs de ces plateformes.

La question la plus difficile touche au maintien souhaitable de la liberté actuellement accordée à la plupart des salariés des plateformes quant à la durée et aux horaires de leur travail. Celle-ci ne pourra plus être complète. Notamment, le respect des durées maximales de travail du Code du travail devra être imposé – pour la plus grande sécurité des travailleurs des services de transports, de leurs passagers et de celle des autres usagers de la route.

Mais il convient de conserver autant que faire se peut cette liberté. Celle-ci devrait pouvoir, en l'état actuel du droit, être assez large, surtout si des conventions collectives sont conclues pour tirer tout le parti possible des flexibilités du temps de travail actuellement permises par le Code du travail français. Ces règles ne permettent pas de tout faire, mais elles permettent beaucoup. Il convient donc d'appeler à l'ouverture rapide de négociation collective sur l'organisation du temps de travail dans les plateformes informatiques.

Il n'est pas interdit de penser que toutes ces flexibilités demeurent complexes. Il faut donc souhaiter, comme l'avait proposé en France le Groupe de recherche pour un autre Code du travail⁴⁰, que les principales règles légales qui limitent la flexibilité du temps de travail – pour encadrer le pouvoir de l'employeur de disposer du salarié – soient écartées lorsqu'il est prouvé que le salarié est seul maître de son calendrier et de la durée de son travail, comme c'est le cas dans pour la plupart des travailleurs des plateformes.

La pleine intégration dans le droit du travail de la plupart des salariés des plateformes demandera quelques adaptations, par les conventions collectives, par les juges et même, à la marge, par le législateur. Ces quelques adaptations n'ont rien d'insurmontable. Elles sont le prix à payer pour une généralisation de l'application du droit du travail, pour la réalisation

⁴⁰ GR-PACT. Ce groupe a notamment rédigé une version alternative complète du code du travail français (E. Dockès coord., *Proposition de code du travail*, Dalloz 2017) lequel contient une section relative aux salariés autonomes dans l'organisation de leur emploi du temps, art. 44-3 et s. Une première version de la partie de ce code relative au temps de travail de ce Code a été publiée par la revue *Droit social* 2016, p. 422 et s. : les articles relatifs au salariés autonomes dans l'organisation de leur emploi du temps y sont reproduits aux articles 17.3 et s. Les propositions de refonte de la partie du Code du travail relatives au temps de travail, proposées par la GR-PACT, ont été présentées sous forme de proposition de loi à l'Assemblée Nationale française, par 24 députés, le 27 avril 2016 (<http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/propositions/pion3700.pdf>)

d'une protection minimale des plus faibles et pour que ne développe pas une sorte de sous-prolétariat composé de travailleurs plus fragiles que les plus fragiles des salariés. L'arrêt de la Cour de cassation française, en ordonnant l'application du droit social à la plupart des travailleurs des plateformes, lesquels sont des travailleurs en situation de faiblesse particulière, a fait œuvre utile. Il faut espérer que son potentiel rayonnement à travers l'Europe et le Monde soit important, afin que cette catégorie de travailleurs puisse, un peu partout dans le monde, bénéficier d'une jurisprudence consciente de la réalité de la situation de ces travailleurs, de la nécessité de leur protection et donc de la nécessité de les qualifier pleinement de salariés.

DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL Y MOVIMIENTOS TRANSNACIONALES DE PERSONAS: PRESENTE Y FUTURO

SOCIAL SECURITY RIGHTS AND TRANSNATIONAL MOVEMENTS OF PEOPLE: PRESENT AND FUTURE

José Luis Monereo Pérez¹

“Los manejos de la opinión pública, en tanto en cuanto están inspirados por intereses claramente definidos, tienen finalidades muy limitadas. Sin embargo, cuando tratan de un tema que despierta verdadero interés, producen unos efectos que escapan al dominio de los propios encargados de manejar la opinión ajena [medios de formación de imagen pública y manipulación de las opiniones en general], y pueden comportar consecuencias que estos no preveían ni pretendían”

Hannah Arendt²

RESUMEN: El marco de referencia actual de toda la problemática de los movimientos transnacionales de personas y sus derechos de Seguridad Social, viene constituido por el fenómeno de la globalización, la coyuntura de la crisis económica y el problema de los asilados y refugiados, hoy mayor por la intensificación y expansión de las guerras y la violencia ejercida por los Estados totalitarios sobre sus propios ciudadanos. En la Unión Europea se produce una fuerte tensión entre la transnacionalización económica y el control de fronteras de las personas migrantes (laborales y refugiados), de manera que la ampliación de la intensificación del mercado interior europeo (transnacionalización de la actividad económica inherente a la construcción de ese mercado interno) se ve acompañada de un mayor incremento del control de las migraciones de nacionales extracomunitarios. Se dispone de un conjunto de normas internacionales que contribuye progresivamente a que las personas extranjeras disfruten de derechos de Seguridad Social. Estas normas internacionales (generales y regionales europeas) de Seguridad Social tienen una eficacia aplicativa general, y a menos que en ellas se especifique lo contrario, tales instrumentos normativos (señaladamente los emanados y adoptados por la Organización Internacional del Trabajo) cubren a todas las personas migrantes. No obstante, la experiencia político-jurídica muestra las dificultades para garantizar su eficacia jurídica real.

PALABRAS CLAVE: Migraciones, inmigración extranjera, persona inmigrante extranjera, refugiados, derecho de asilo, mercado de trabajo, retorno de inmigrantes, ciudadanía, ciudadanía “post-nacional”, derechos de ciudadanía, estatuto jurídico de los derechos de las personas migrantes, política migratoria europea, constitucionalismo democrático-social europeo, inmigración irregular, derecho de Seguridad Social.

SUMARIO: 1. El fenómeno migratorio y las políticas de control e integración de las personas migrantes. 2. Democracia constitucional y derechos de Seguridad Social en el nuevo orden mundial. 3. Los derechos de

Artigo recebido em: 26/03/2019

Artigo aprovado em: 13/05/2019 e 14/05/2019.

¹ Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS). Director de la “Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum”. Miembro del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL). Instituto de Migraciones

² ARENDT, H.: Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal, trad. Carlos Ribalta, Barcelona, Ed. Lumen, 4ª ed., 2003, pág. 409.

RDRST, Brasília, Volume 5, n 1, 2019, p 79-136, Jan-Abr/2019

Seguridad Social de las personas migrantes en el espacio europeo. 4. El derecho de asilo en el Derecho comunitario y en el ordenamiento español. Los derechos de Seguridad Social como elementos integrantes del estatuto jurídico protector de las personas asiladas.

ABSTRACT: The current framework of all the problems of transnational movements of people and their social security rights is constituted by the phenomenon of globalization, the economic crisis and the problem of asylum seekers and refugees, which today is worse because of the intensification and expansion of wars and violence by totalitarian States on their own citizens. In the European Union there is a strong tension between economic transnationalization, and border control of migrants (labour and refugees), so that the intensification of the European internal market (transnationalization of economic activity inherent to construction of the domestic market) is accompanied by a greater increase in migration control of EU nationals. There is a set of international norms that progressively contribute to foreigners to enjoy social security rights. These international (general and European) Social Security standards have a general applicative effectiveness and, unless they specify something else, these regulatory instruments (notably those issued and adopted by the International Labour Organization) cover all migrants. However, the political and legal experience shows the difficulties to ensure their actual legal effect.

KEY WORDS: Migration, foreign immigration, foreign immigrant, Refugees, right of asylum, labour market, return migration, residence of foreigners, citizenship, “post-national” citizenship rights of citizenship, legal status of migrants rights, European migration policy, European social democratic constitutionalism, Irregular immigration, right of Social Security.

SUMMARY: 1. The migration phenomenon and the policies of control and integration of migrants. 2. Constitutional democracy and Social Security rights in the new world order. 3. The Social Security rights of migrants in the European area. 4. The right of asylum in community law and in the Spanish legal system. Social Security rights as integral elements of the protective legal status of the isolated persons.

1 EL FENÓMENO MIGRATORIO Y LAS POLÍTICAS DE CONTROL E INTEGRACIÓN DE LAS PERSONAS MIGRANTES

El marco de referencia actual de toda esta problemática de los movimientos transnacionales de personas y sus derechos de Seguridad Social, viene constituido por el fenómeno de la globalización (en parte “construida” y en parte “dada”), la coyuntura de la crisis económica y el problema de los asilados y refugiados (por simplificar, migración políticamente condicionada y, por tanto, también migración transnacional forzada), hoy mayor por la intensificación y expansión de las guerras y la violencia ejercida por los Estados totalitarios sobre sus propios ciudadanos. Un fenómeno comparable a las migraciones en la Europa del primer tercio del siglo veinte. Las migraciones (en su doble vertiente de inmigración y de emigración) son un fenómeno connatural a las comunidades y sociedades humanas. Las migraciones constituyen un elemento consustancial a la historia de la humanidad, y en particular ha sido y es un elemento esencial de la “identidad europea”. Europa es un continente de inmigración.

La realidad del fenómeno migratorio evidencia su carácter principalmente económico-laboral, de manera que las personas extranjeras que pretenden inmigrar a un Estado en su inmensa mayoría lo hacen para realizar una actividad profesional. Es así que *normalmente la*

Seguridad Social de las personas extranjeras está estrechamente vinculada a la condición de trabajador (y sobre todo como trabajador asalariado). En la crisis mundial del empleo, los trabajadores migrantes son una *población de riesgo*, especialmente vulnerable en términos de conjunto. Los trabajadores inmigrantes se enfrentan a una disminución de las oportunidades de empleo y migración, empeoramiento de las condiciones de vida, de trabajo y de Seguridad Social, y aumento de la xenofobia, el racismo y la discriminación en sus diversas manifestaciones. También ante situaciones de retorno y de expulsión a los países de origen, incluidas las “expulsiones en caliente”, a pesar de su ilegalidad, pues esas “devoluciones” (sic.) en caliente carecen de cobertura jurídica en la mayoría de las legislaciones migratorias de los Estados europeos más avanzados. En tal sentido, las instituciones y organismos internacionales (Naciones Unidas; OIT...) y europeas (Consejo de Europa y Unión Europea) con competencia y responsabilidad en materia de derechos humanos han declarado la ilegalidad de estas prácticas por su contraposición al estándar de derechos humanos. Suele ser práctica habitual las devoluciones sumarias, y también su pretendida justificación para dotarlas de cobertura legal consistente en afirmar que no se trata de verdaderas “devoluciones” o “expulsiones”, sino de simples “rechazos”³.

Por tanto, la crisis está teniendo repercusiones importantes sobre las personas migrantes y puede determinar la tentación de convertir a la Unión Europea en una suerte de “Europa fortaleza”⁴. La elaboración de las políticas migratorias de la Unión Europea y de los

³ Puede consultarse, VV.AA.: “Rechazo en frontera? ¿Frontera sin derechos? Informe Jurídico, elaborado por Margarita Martínez Escamilla, Enrique Gimbernat Ordeig, Esteban Pérez Alonso, Pablo Pérez Tremps, Elisa Pérez Vera, entre otros, Publicado el 13 de abril de 2015. Disponible en Internet. En ese Informe Jurídico se concluye que “el trato a los extranjeros en la frontera sur nos puede dignificar como personas o, por el contrario, aproximarnos a la barbarie. Hoy, con nuestra falta de sensibilidad humana y de rigor jurídico, corremos el riesgo de que la barbarie, más que amenazar las murallas de nueva civilización como antaño, crezca dentro de nosotros y de nuestros miedos para acabar devorándonos” (Ibid., pág. 34).

⁴ Puede consultarse, en una perspectiva histórica, SASSEN, S.: *Inmigrantes y ciudadanos. De las migraciones masivas a la Europa fortaleza*, Madrid, Siglo XXI de España, 2013; *id.*: *Expulsiones. Brutalidad y complejidad en la economía global*, Buenos Aires, Ed. Katz, 2015, donde Sassen construye el concepto de “expulsiones” para poner en descubierto los efectos devastadores de las formas extremas del capitalismo global. La economía global no se expande sin consecuencias: creciente desigualdad y desempleo, cada vez más poblaciones desplazadas o encarceladas, destrucción de la tierra y del agua. Se trata de dislocaciones socioeconómicas que no pueden ser explicadas con las herramientas tradicionales de la sociología, la ciencia política y el Derecho, en los habituales términos de “pobreza” e “injusticia”. Esas dislocaciones se comprenden con mayor precisión si se conceptualizan como tipos de expulsiones. En este sentido, afirmar, en las últimas dos décadas se ha presenciado un fuerte crecimiento de la cantidad de personas y empresas expulsadas de los órdenes sociales y económicos centrales de nuestro tiempo. Expulsiones que no son espontáneas, sino producidas con instrumentos que incluyen desde políticas elementales hasta instituciones, técnicas y complejos sistemas que requieren mucho conocimiento especializado y formatos institucionales intrincados. Por otra parte, para Sassen la creciente inestabilidad y la pobreza extrema en muchas partes del África subsahariana, y la proliferación de mini-conflictos en el Medio Oriente y África del Este, han empujado el fenómeno a una nueva dimensión. Hace notar que las causas no son tanto la búsqueda de una vida mejor, sino “conflictos criminales”, guerras, el acopio masivo de tierras para plantaciones, la destrucción de sus hábitats a través de la contaminación de la tierra y el agua, las sequías,

países que forman parte de la misma se orienta decididamente hacia un enfoque selectivo y jerarquizado respecto del reconocimiento de los derechos de ciudadanía (comprendidos, evidentemente, los derechos de Seguridad Social); y especialmente en la coyuntura de crisis económica se impulsan y promueven medidas más restrictivas de admisión y de expulsión y retorno incentivado de las personas inmigrantes (migraciones frustradas y de retorno desde los países de destino a los países de origen). Una Europa que utiliza una racionalidad económica instrumental respecto de las personas migrantes en su conjunto y que no ha sabido impedir la expansión de un mercado de trabajo informal donde se explota a ciudadanos de terceros países en situación irregular y se les priva de los derechos de Seguridad Social. Todos los años varios cientos de miles de personas son objeto de tráfico ilegal hacia el interior de la Unión Europea. Sería una catástrofe apartar el pensar de esa realidad y ponerlo fuera del mundo y de la historia. Ante esa realidad no se debe poner un “velo de ignorancia”, pues la construcción del extranjero tiende ponerse en contraposición con la ciudadanía. De manera que cuando ya se vislumbraba una cierta superación entre extranjería versus ciudadanía a través de una “ciudadanía postnacional” (que alcanzó a ser calificada, en algún caso, como “ciudadanía cosmopolita”), se vuelve a retomar su contraposición (neo)liberal para recuperar la idea fuerza de la ciudadanía “nacional” y excluyente como dotación de derechos, negándolos a los que carecen de ella (los otros, los extranjeros) o atribuyéndoles a lo sumo una suerte de “ciudadanía restringida” resultante de un proceso de fragmentación social. Es más, esa ciudadanía restringida, vinculada a la condición de trabajador migrante (de cualquier tipo) se tiende a abordar desde la lógica del “enemigo interior” dentro de la trayectoria actual (no políticamente irreversible, como resulta patente) desde el Estado Social hacia el Estado de Seguridad (que se ha configurado como “Estado penal” o, más exactamente, “punitivo”) y que subsume al extranjero marginado y perseguido en la categoría descalificadora de “colectivos peligrosos”⁵, los cuales sólo pueden disfrutar de una ciudadanía vigilada a través

desertificación, el resurgimiento de la minería para obtener los metales que necesitamos para nuestra revolución electrónica. Familias y comunidades enteras están siendo expulsadas de su territorio de origen. Cada vez quedan menos "hogares" a los que volver. Estos flujos de personas desesperadas son una indicación de procesos emergentes más propensos a aumentar que a disminuir. Estos flujos bien pueden ser los inicios de nuevas historias y geografías hechas por hombres, mujeres y niños en la huida desesperada de condiciones insostenibles. Para ellos no hay hogar al que volver, su hogar se ha convertido en una plantación, en una zona de guerra, una ciudad privada, en un desierto o en una llanura inundada. Así que una forma de encapsular y de comprender las causas de este nuevo y emergente fenómeno migratorio es la expresión significativa de “la pérdida masiva del hábitat”. Véase también, y en particular sobre la “geografía cambiante del capitalismo” y la “destrucción creativa del territorio”, HARVEY, D.: El enigma del capital y la crisis del capitalismo, trad. Juanmari Madariaga, Madrid, Ed. Akal, 2012, espec., págs. 119 y sigs., y 155 y sigs.

⁵ PAUGAM, S.: Las formas elementales de la pobreza, Madrid, Alianza editorial, 2007; WACQUANT, L.: Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social, Barcelona, Ed. Gedisa, 2010; íd.: Las

de técnicas de control social y de una ciudadanía limitada (limitada también en “lo social”). Es, ésta, una respuesta “defensiva” y represiva a la crisis de gobernabilidad y de “desbordamiento” político e institucional de los procesos migratorios actuales, vinculada, a su vez, a la crisis del “Estado Social Nacional” y a su desmantelamiento en el marco de la puesta en práctica de la ideología neoliberal. La imposición de barreras casi insuperables a los distintos tipos de personas migrantes (inmigrantes económicos, refugiados...) rompe el criterio emancipador de la integración social a través de la garantía jurídica efectiva de los derechos humanos para todos y cuestiona la eficacia del sistema universal de los derechos humanos construido a partir de la segunda postguerra mundial, el cual, sin duda, necesita en la actualidad no sólo ser eficaz en lo que garantiza, sino también renovado en lo que es preciso enriquecer en una perspectiva verdaderamente universalista y no bajo la centralidad del espacio geopolítico occidental⁶. Y ello partiendo de que todos los derechos humanos, tanto los económicos, sociales y culturales como los civiles y políticos, son interdependientes e inseparables entre sí y con el derecho humano al desarrollo y ante las nuevas formas de opresión e injusticia que se están produciendo y expandiendo (que padecen y sufren los pueblos y colectivos específicos más vulnerables, como es el caso de las personas migrantes y señaladamente los trabajadores indocumentados, los buscadores de asilo...) y en el contexto de la “sociedad del riesgo global”⁷. Los derechos humanos son fundamentales porque cristalizan valores como la libertad, la igualdad y la solidaridad (fraternidad laizada). Su falta de respeto tendrá que enfrentarse a una crisis de legitimidad por incumplimiento o insatisfacción en la práctica de esos valores del orden democrático. Estos valores clásicos no pueden ser desvalorizados como valores antiguos, cuando no anticuados. En un mundo líquido⁸ y donde las innovaciones tecnológicas y geopolíticas transforman la realidad incesantemente esta reafirmación de valores debería de ser una de las pocas certezas respecto a la dirección que han de tomar los sistemas democráticos.

cárceles de la miseria, Buenos Aires, Ed. Manantial, 2000, donde advierte del advenimiento del Estado penitenciario que tiende a desplazar al Estado Social; MONEREO PÉREZ, J.L.: "Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George", en Documentación Laboral, núm. 83 (2008), págs. 11-109; íd.: Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, págs. 551 y sigs.

⁶ Un estudio completo y totalizador de ese estándar mundial, en VV.AA.: El Sistema Universal de los Derechos Humanos, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014.

⁷ En este sentido, MONEREO PÉREZ, J.L.: “El derecho al desarrollo”, en VV.AA.: El Sistema Universal de los Derechos Humanos, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014, págs. 951 y sigs. Para la conceptualización de la sociedad del riesgo global, véase BECK, U.: La sociedad del riesgo global, Madrid, Siglo XXI, 2002, y su precedente constructivo de la noción de “sociedad del riesgo”, del mismo autor en, La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad, Barcelona, Ed. Paidós, 1998.

⁸ Véase BAUMAN: Modernidad líquida, México DF-Buenos Aires, 11ª reimpresión, 2009. Aunque, cabría matizar, que en el ámbito social y cultural no siempre todo lo sólido se desvanece en el aire.

En el marco de la Unión Europea se produce una tensión entre la transnacionalización económica y el reconocimiento formal de los derechos fundamentales de las personas, por un lado, y, por otro, el control de fronteras de las personas migrantes (laborales y refugiados), de manera que la ampliación de la intensificación del mercado interior europeo (transnacionalización de la actividad económica inherente a la construcción de ese mercado interno) se ve acompañada de un mayor incremento del control “institucional” de las migraciones de nacionales extracomunitarios. Un exponente de ello han sido las actuales restricciones contundentes que se están produciendo en el espacio Schengen (la libertad de desplazamiento de personas constituye, sin duda, un pilar indispensable de la integración europea)⁹, con las limitaciones de entrada a propósito de los refugiados que llegan a las fronteras europeas. En este sentido se han introducido nuevos controles internos fronterizos por decisión unilateral de los Estados al margen de las instancias políticas de la Unión Europea y bajo un prisma político-ideológico; suspensión selectiva de Schengen que no se corresponde tanto con una afluencia masiva de refugiados en los respectivos países como con la puesta en práctica de políticas presididas por una opción restrictiva respecto al fenómeno migratorio y el cuestionamiento mismo de la garantía de la libertad de movimientos de personas en el espacio europeo establecida en el propio sistema de los tratados fundacionales (Medidas de excepción a la libre circulación que contemplan los acuerdos de Schengen ha sido adoptadas, en principio con carácter temporal –pero la Unión Europea ha permitido que puedan extenderse hasta dos años (sic.)-, por Alemania, Francia, Austria, Suecia, Noruega, Dinamarca, aunque hay que matizar que Alemania ha dado una mayor apertura a sus fronteras aplicando el derecho de asilo consagrado en su Constitución, pero al mismo tiempo endureciendo las medidas de expulsión de los “inmigrantes laborales irregulares”).

En los últimos años se está asistiendo ante a una *renacionalización* de las cuestiones migratorias y de los controles de fronteras internas a cada país europeo. La desfiguración de la cultura cosmopolita –europea en particular- puede ser determinante a la hora de entender buena parte del desconcierto y las contradicciones actuales. En todo caso, hay que también

⁹ Como se sabe, la libre circulación de personas constituye una de las cuatro libertades fundamentales del mercado interior europeo. Junto con los Tratados de la UE, el principal instrumento normativo de Derecho comunitario para regular la libre circulación es la Directiva 2004/38/CE, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. En nuestro país, la regulación se encuentra, básicamente, en el RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Modificada por RD 987/2015, de 30 de octubre, señaladamente introduciendo un nuevo art. 2.bis, relativo a la entrada y residencia de otros familiares del ciudadano de un Estado miembro de la UE o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

tomar en consideración las garantías jurisdiccionales, como es el caso de la STS, Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de diciembre de 2015, que reconoce el derecho de asilo a una ciudadana siria a quien tanto el Ministerio del Interior como la Audiencia Nacional se lo habían negado sin prestar atención a dos informes, uno de ellos de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para la ayuda al Refugiado y otro de una ONG, Asociación Comisión Católica Española de Migración. El movimiento de refugiados que huye de la guerra civil en Siria requiere de protección internacional. El estatuto de refugiado previsto por la Convención de Ginebra de 1951 resulta plenamente aplicable a los ciudadanos que realicen labores humanitarias o de defensa de los derechos humanos, así como también a aquellas personas pertenecientes a grupos o comunidades minoritarios, con temor a ser perseguidos por razones políticas, ideológicas o religiosas. Entiende el Tribunal Supremo que las personas que por estas razones puedan ser percibidas como individuos asociados a una de las partes en conflicto, deben entenderse incurso en los motivos que fundamentan la concesión del estatuto de refugiado conforme a lo dispuesto en la Convención de Ginebra de 1951, cuando no estén inmersos en causas de exclusión. El caso concreto que motiva la sentencia se refiere a una mujer siria, Alaa A., que pidió asilo en España y cuyos argumentos no fueron atendidos inicialmente por el Ministerio del Interior, que rechazó su petición, ni tampoco por la Audiencia Nacional, que no aceptó su recurso en abril de 2015. Ambas instancias desvalorizaron "sin justificación alguna", dice el Supremo, el informe emitido por ACNUR en mayo de 2014, informe que, tras estudiar el caso, estimó que Alaa está incluida en un grupo de riesgo debido a su adscripción religiosa. A ese escrito se sumó el de la Asociación Comisión Católica Española de Migración, recuerda también el Supremo, "que pone de relieve que la solicitante de asilo ha expuesto de forma precisa y detallada las actividades de voluntariado social de los más desfavorecidos en su ciudad antes del estallido de la guerra". El mismo informe recordaba cómo la peticionaria de asilo denunció luego vulneraciones de los derechos humanos cometidas por el Gobierno sirio, con la finalidad de divulgarlas a través de organizaciones de derechos humanos.

La instalación en la contradicción y en la paradoja se refleja en muchos aspectos en las iniciativas europeas. Paradigmáticamente resulta el texto de la Comunicación de la Comisión relativa al "Plan de Acción de la UE en materia de retorno" (Bruselas, 9.9.2015. COM(2015) 453 final.). En ella, entre otras cosas, se parte del dato de que el retorno a sus países de origen de los migrantes irregulares sin derecho a residir en la UE, con respeto pleno del principio de *no devolución*, es parte esencial de los esfuerzos globales de la UE para afrontar la migración

y, en particular, para reducir la migración irregular. La *Agenda Europea de Migración*¹, adoptada por la Comisión Europea el 13 de mayo de 2015, pone de manifiesto que uno de los incentivos a la migración irregular es la certeza de que el sistema de la UE para el retorno de los migrantes irregulares no es suficientemente eficaz. Y seguidamente, se indica que “*debe reforzarse la eficacia del sistema de la UE para el retorno de los migrantes irregulares*”. Esto es esencial para mantener la confianza pública en el sistema de asilo de la UE y para ayudar a las personas necesitadas de protección internacional. El aumento de la tasa de retorno de los migrantes irregulares debe ir de la mano de los esfuerzos renovados de la UE para proteger a las personas que lo necesitan, también mediante su reubicación y reasentamiento. Para indicar, también inmediatamente después, que la ejecución de las acciones públicas tendrá que ser necesariamente *conforme con las normas internacionales en materia de derechos humanos*, en particular la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, así como el principio de no devolución, garantizado en la legislación vigente de la UE. La Directiva sobre el retorno de la UE instaura garantías jurídicas específicas para la protección efectiva de los derechos de los retornados en todas las fases del proceso de retorno¹⁰. En lo que atañe a los datos personales, deberá prestarse especial atención a la plena aplicación de las disposiciones vigentes. Para culminar en el objetivo básico de que: “Es preciso asignar recursos adecuados para acrecentar la eficacia de la política de la UE en materia de retorno, en respuesta a la petición del Consejo Europeo de 25 y 26 de junio de 2015. Heredero del Fondo Europeo para el Retorno (2008-2013), el Fondo de Asilo, Migración e Integración (FAMI) respaldará sustancialmente las actividades de retorno de los países miembros, que tienen previsto destinar al retorno más de 800 millones EUR en sus programas nacionales para el período 2014-2020. Se apunta que el retorno voluntario de los migrantes irregulares a sus países de origen sigue siendo la opción preferible siempre que sea posible. Las medidas de retorno voluntario y las complementarias de reintegración ayudan a consolidar la posición de los retornados en sus países de origen y disuaden, por tanto, de una nueva experiencia de migración irregular. En general se considera más rentable que el retorno forzoso. El retorno *voluntario* también puede ayudar a superar las reticencias de determinados terceros países a cooperar en el retorno de sus nacionales. La

¹⁰ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, DO L 348/98 de 24.12.2008.

proporción de los retornos voluntarios sobre el total de retornos ha aumentado de forma gradual en la UE en estos últimos años. Para incrementar aún más la tasa de retorno voluntario, la Comisión financia *programas de retorno voluntario asistido* a través del FAMI, en cooperación con socios gubernamentales y no gubernamentales, como la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Apoya a la Red Europea de Instrumentos de Reintegración (ERIN), instrumento que presta apoyo a la reintegración y ofrece asistencia social y laboral a los retornados. Más allá de las posibilidades financieras del FAMI, la financiación de un retorno y una reintegración sostenibles constituirá una nítida prioridad de los programas de financiación de la UE en los ámbitos de la cooperación al desarrollo y la política de vecindad. En particular, el Fondo Fiduciario que se instituirá en la Cumbre UE-África sobre migración de La Valeta (11-12 de noviembre de 2015) deberá proporcionar una financiación sustancial para el retorno y la reintegración de los migrantes en sus países de origen.

Por otra parte, se subraya que el éxito de los programas de retorno voluntario también depende de la *credibilidad* de la perspectiva del retorno forzoso. Los migrantes que a menudo pagan los ahorros de toda su vida a los traficantes para que les trasladen a Europa pueden no estar dispuestos a aceptar el retorno voluntario asistido, “a menos que entiendan que serán retornados de todos modos (sic.). Cuando los migrantes no retornen voluntariamente, el retorno deberá ser forzoso”. En este contexto, la aplicación sistemática y exhaustiva de las normas de la UE en materia de retorno es esencial para aumentar la eficacia del sistema. La Directiva relativa al retorno de la UE impone la obligación legal de los países miembros de dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que permanezca ilegalmente en su territorio y, en caso necesario, de tomar medidas para hacer que se cumpla. Asimismo, establece garantías para *proteger los derechos de los retornados*, y permitir que el retorno se lleve a cabo de forma humana y proporcionada.

La Comisión Europea viene fomentando y orientando el desarrollo de un *sistema integrado de gestión del retorno* mediante la conexión de todas las redes y programas financiados por la UE en materia de retorno y readmisión. Se aprovecharán las sinergias entre el enfoque europeo integrado del retorno a terceros países (EURINT), ERIN y la red de funcionarios de enlace europeos (EURLO).

Por otra parte, la UE pretende mejorar la cooperación en materia de readmisión con los países de origen y tránsito. El refuerzo de la cooperación en materia de retorno y readmisión con los principales países de origen y tránsito de los migrantes irregulares es

esencial para aumentar las tasas de retorno y prevenir la migración irregular. Los países africanos, de donde procede un gran número de los migrantes que llegan a la UE o permanecen de manera irregular en ella, constituyen una prioridad. Las tasas de retorno a los países africanos son inferiores al 30 %, muy por debajo de la tasa de retorno general de la UE, un 40 % que es ya insuficiente. La *readmisión de los propios nacionales es una obligación con arreglo al Derecho internacional consuetudinario*. En relación con los países de África, el Caribe y el Pacífico (ACP), esta obligación se establece en el artículo 13 del Acuerdo de Cotonú. La Agenda Europea de Migración ya subrayó la necesidad de una actitud más firme para que los terceros países cumplan sus obligaciones de readmisión de sus nacionales¹¹. El Consejo Europeo de 25 y 26 de junio de 2015 reclamó que se movilizan todos los instrumentos para aumentar la cooperación en materia de readmisión. La Comisión tratará de garantizar, con carácter prioritario, que los compromisos de readmisión se apliquen eficazmente y sin demora. En paralelo, se centrará en la rápida conclusión de las negociaciones en curso y, en caso necesario, en el inicio de negociaciones sobre nuevos acuerdos de readmisión con los principales países de origen. La UE debe, además, entablar diálogos políticos de alto nivel en materia de readmisión con los países pertinentes y mejorar sustancialmente la cooperación operativa. Para alcanzar estos objetivos, la UE debe establecer la presión adecuada sobre los países socios.

Los procesos migratorios actuales –que tienden a agravarse visiblemente cada vez más planteando la cuestión social migratoria del tercer milenio- en los países del sur del Mediterráneo implican para millones de personas que viven en países vecinos de la Unión Europea la esperanza de una vida mejor, así como de un mayor respeto de los derechos humanos, el pluralismo, el Estado de Derecho y la justicia social. Los desplazados que huyen de sus países de origen buscan una vida digna, o simplemente sobrevivir. Estas transformaciones históricas refuerzan la necesidad de que los países de acogida y en particular la Unión Europea dispongan de una política común y coordinada en materia de inmigración y asilo, al mismo tiempo que intensificar la cooperación de la Unión Europea con los terceros países. El problema de las migraciones –de esas “oleadas” de movimientos migratorios- debe resolverse en la fuente, es decir, propiciando una política de desarrollo sostenible y de paz en los países de origen. En un mundo globalizado (con plena liberalización de capitales, finanzas

¹¹ De conformidad con el artículo 13 del Acuerdo de Cotonú, los países ACP se comprometen a aceptar el retorno y la readmisión de sus nacionales que residan ilegalmente en el territorio de un Estado miembro de la UE, a petición de ese Estado miembro y sin otras formalidades. La UE tiene acuerdos de readmisión con Rusia, Ucrania, Moldavia, Georgia, Armenia, Azerbaiyán, Turquía y los países de los Balcanes Occidentales, así como con Hong Kong, Macao, Sri Lanka, Pakistán y Cabo Verde.

y mercancías) y con gran capacidad de generar riqueza y recursos de todo tipo, es inadmisibles que millones de seres humanos estén sumidos en la miseria y en permanente riesgo de morir de hambre o de enfermedad curables. Esas personas se ven obligadas a emigrar de su país de origen y a menudo ser objeto de un trato degradante en los países de destino (que cada vez menos de “acogida” en sentido humanista y humanitario), mercantilizados, o incluso al extremo de ser degradados a una situación de esclavitud por mafias dedicadas al tráfico ilegal de personas; y ser privados de sus derechos como tales. Es en este contexto donde adquiere de nuevo sentido la reflexión de Hannah Arendt sobre *el derecho a tener derechos*¹², por parte de aquellas personas que se encuentren injustamente privadas de ellos o de su ejercicio efectivo. Esta realidad crítica es la que subyace cuando hablamos de la “cuestión social” de las migraciones.

Es bien sabido que la inmigración internacional y el proceso de globalización de la economía mundial son fenómenos visiblemente conexos e interrelacionados. Aunque los problemas migratorios no son nuevos; lo que se ha planteado es un nuevo tipo de migraciones (entre migraciones masivas económicas y de asilo político). La globalización es una realidad multidimensional; un hecho económico-social y cultural que determina el movimiento de capitales, de culturas y de personas. Ahora bien, mientras la libertad de circulación de capitales, bienes y servicios se ha ampliado, impulsado y acelerado con la globalización neoliberal, la libertad de circulación de las personas –señaladamente la circulación por motivos laborales o económicos- es sometida a numerosas restricciones tanto a nivel estatal como a escala supranacional, como es el caso de la Unión Europea respecto a los ciudadanos de terceros países. Por otra parte, el desplazamiento de personas conduce hacia un flujo migratorio en dirección a los países donde existe un crecimiento económico y un mercado de trabajo expansivo. Pero hay más: mientras se incrementan los flujos migratorios hacia países en expansión, los países de acogida o destino de las personas migrantes, no garantizan –en términos generales- el disfrute efectivo de sus derechos fundamentales, entre los cuales se encuentran los *derechos de Seguridad Social y más ampliamente los derechos de protección social pública*.

¹² ARENDT, H.: Los orígenes del totalitarismo, 2 vols., trad. Guillermo Solana, Barcelona, Ed. Planeta-De Agostini, 1994, cap. IX, págs. 343 y sigs. Para Hannah Arendt existe un “derecho a tener derechos”: “Llegamos –afirma- a ser conscientes de la existencia de un derecho a tener derechos (y esto significa vivir dentro de un marco donde uno es juzgado por las acciones y las opiniones propias) y de un derecho a pertenecer a algún tipo de comunidad organizada, sólo cuando emergiendo millones de personas que habían perdido y que no podían recobrar estos derechos por obra de la nueva política global” (ibid., vol. I, pág. 375).

La globalización es una fase de intensificación del proceso de internacionalización y mundialización de la “economía-mundo”¹³ que convierte las migraciones de personas en un fenómeno estructural y persistente –aunque, como resulta obvio, pueden apreciarse fases diacrónicas y oscilantes-. Ya no se trata sólo de “oleadas” –que también las hay, como es patente en las migraciones de refugiados de los conflictos y persecuciones que se producen actualmente-, sino de flujos permanentes de desplazamientos transnacionales de personas trabajadoras.

Esta reconfiguración del proceso de mundialización ha determinado más que en otras fases del desarrollo histórico una manifiesta falta de adaptación entre los mercados internacionalizados y las migraciones internacionales y las formas políticas y jurídicas de regulación de los mismos y del desplazamiento de personas, las cuales continúan estando ubicada principalmente bajo el orden político clásico del “Estado nacional” (que a partir de la segunda postguerra mundial se configuró en los países más desarrollados como “Estado nacional social”). Las aporías y contradicciones son apreciables porque el fenómeno de la globalización agudiza las tensiones latentes entre la forma Estado-nación y la gestión de los flujos migratorios y el estatuto de los derechos de las personas migrantes fuertemente residenciado, sobre todo en cuanto a su eficacia real, en el interior los Estados nacionales. No es de extrañar que la respuesta de los Estados haya sido impotente y decididamente inadecuada respecto al control de los flujos migratorios (la llamada “presión migratoria”, ya en sí ideológicamente significativa), y se asista a un escenario de desbordamiento político-institucional. En este sentido, los Estados se mueven entre dos lógicas en tensión –porque no son siempre conciliables o armonizables-: la derivada del juego del principio de soberanía y la vinculada a los principios de cooperación y solidaridad internacional o transnacional. Dado que la intensificación del proceso de globalización –en cualquiera de sus formas- tendrá como consecuencia el incremento de la movilidad transnacional de personas, resulta obvio que las políticas de control de los flujos migratorios y las políticas encaminadas a la garantía efectiva de sus derechos han de tener un marco regulador –en el plano político, institucional y estrictamente jurídico- que vaya más allá (que sobrepase) la forma política del “*Estado nacional social*”. De este modo “lo político” en la migración de personas tal como se nos ofrece a escala transnacional hace aconsejable que *los niveles de decisión* política y jurídica sean no sólo nacionales sino principalmente transnacionales. Sería, pues, necesario crear

¹³ Sobre la noción de “economía-mundo” es pionera, magistral y de persistencia referencia, la construcción de BRAUDEL, F.: *Civilización material, economía y capitalismo*. 3. *El tiempo del mundo*, Madrid, Alianza Editorial, 1984, capítulo 1: “Las divisiones del Espacio y del tiempo”, págs. 5 a 64.

instituciones internacionales eficientes para el buen gobierno democrático de las migraciones internacionales a fin de afrontar la nueva cuestión social de las migraciones internacionales. Una cuestión social, desde luego, distinta a la “obrero” derivada del conflicto entre el capital y el trabajo, pero situada en el más amplio y difuso problema de la exclusión, marginación y explotación del ser humano.

Por lo demás, la coyuntura actual de crisis económica ha incidido decisivamente sobre la inmigración económica (y también, matizadamente, sobre la migración de refugio y asilo). Pero persisten los efectos de una crisis incluso cuando sus causas han remitido o están remitiendo (fenómeno conocido como “histéresis”). En realidad, la crisis económica se traduce en una crisis de empleo, con la destrucción sistemática de puestos de trabajo en todos los niveles y ámbitos productivos y de servicios. Precisamente las personas inmigrantes son uno de los colectivos que más están padeciendo la elevada tasa de desempleo o subempleo en gran parte de los Estados de acogida (señaladamente en los países miembros de la Unión). En este contexto es manifiesta la complejidad y elevada conflictividad del fenómeno de los flujos migratorios y de los posibles modelo de regulación, afectando potencialmente al sistema democrático. Y es que en el marco de la Unión Europea se vislumbra una reorientación de las políticas migratorias nuevamente restrictivo no sólo de los umbrales migratorios sino ante todo de los derechos socio-laborales (y señaladamente, los de Seguridad Social y protección social pública). Prácticamente todos los países europeos de referencia han endurecido sus políticas migratorias. E incluso en la Unión Europea todavía predomina un enfoque defensivo basado en una lógica de seguridad respecto de la ordenación de los flujos migratorios y en una restricción significativa de las medidas de integración. Y precisamente ello se realiza cuando más que nunca se hace necesario instrumentar una política común europea de inmigración no basada exclusiva ni principalmente en una estrategia defensiva.

Por otra parte, para la población inmigrante que logra entrar —o evitar la salida forzada del país de acogida a través de las “políticas de retorno” voluntario o forzoso (v.gr., Directiva de retorno, que apuesta por la expulsión de los inmigrantes “excedentes”)—, solo les queda ubicarse mayormente en los *mercados secundarios de trabajo*, donde domina la precarización laboral y el subempleo de los inmigrantes; una discriminación objetivamente negativa que se traduce derivativa y correlativamente en un *detrimento de los derechos de Seguridad Social*. No cabe duda de que existe el riesgo de “involución” en los tímidos y modestos pasos alcanzados hacia las políticas de “normalización” y de “integración” social y jurídica (es decir, a través de los derechos fundamentales) puestas en práctica en las dos últimas décadas.

Hay motivos de preocupación cuando se están reformando a través de leyes de excepción (paradójicamente “normalizadas”) los marcos reguladores (y replanteando la regulación legal, a menudo sin respetar los condicionamientos establecidos en los textos constitucionales e internacionales que garantizan los derechos humanos de las personas inmigrantes), se restringen derechos de protección social pública de las personas inmigrantes y se tiende a “criminalizar” la inmigración irregular (reubicada mayormente en la economía sumergida o informal, cuyo espacio se ha acrecentado aprovechando la cobertura que ofrece el relajamiento en la exigibilidad de las reglas de orden público laboral en el contexto de la crisis económica).

Frente a esta tendencia cabe reclamar la experiencia de cómo ya no sólo formalmente en los grandes textos internacionales y nacionales la atribución de algunos derechos ya no dependen (o al menos no deberían de hacerlo ya) de la pertenencia a un determinado Estado nacional. Pero también es cierto que el *universalismo* de los derechos es más una aspiración social y político-jurídica que una realidad viva, porque continúan en gran medida estando subordinados al decisionismo político de los Estado-nación y a otras formas de unidad política definida (v.gr., la Unión Europea). La tensión entre el universalismo de los derechos y el particularismo de la pertenencia a la comunidad política nacional se ha venido resolviendo en la práctica a favor de las condiciones impuestas en el Estado nacional, tan sólo con ciertos límites establecidos por la comunidad internacional. Y de lo que se trataría es de resituar la lógica del sistema democrático colocando a la persona en el centro del sistema, confiriéndole todos los derechos que le permitan el despliegue de su personalidad, y cuyo reconocimiento no dependa de la pertenencia del individuo a un determinado Estado nacional. Esto debería formar parte de la esfera de “lo indecible” por el poder político, porque –en una perspectiva antropológica y jurídica- los derechos tienen que ser derechos de la persona, del ser humano en cuanto tal. En tal sentido, habría que postular una ciudadanía post-nacional, ampliando los confines tradicionales de un concepto de ciudadanía “nacionalizada” sin que sea una condición necesaria hacer desaparecer la ciudadanía vinculada a la pertenencia del Estado nacional, sino completándola e integrándola, pues no parece factible la creación de una suerte de “Estado mundial” que traiga aparejada la desaparición completa de la soberanía estatal y de la nacionalidad vinculada a la forma Estado-nación. En el momento histórico actual habrá que convenir en la existencia de una pluralidad de Estados nacionales y en la necesidad de perfeccionar de modo realista un orden internacional que garantice a todas las personas un estándar mínimo de derechos, esto es, un conjunto de derechos de titularidad universal y cuyo

ejercicio pueda realizarse frente a todos. Y en verdad queda mucho camino que andar como muestra la realidad de la desigualdad de atribución de derechos otorgada a las personas migrantes en el interior del espacio estatal y europeo.

2 DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL NUEVO ORDEN MUNDIAL

En este sentido, en la tradición del constitucionalismo democrático-social (y su forma política del Estado Social de Derecho) debería superarse el enfoque de las políticas migratorias de control de los flujos centrado en la dimensión económica (lógica mercantil) y transitar hacia las políticas de integración socio-económica, jurídica y cultural, dando lugar a la configuración de un estatuto jurídico social encaminado a garantizar la integración plena de la población migrante (de todo tipo) que reside en los países de acogida. Y atendiendo a que estamos ante desplazamientos transnacionales de personas ello debe conducir a una intensificación de los procesos de “comunitarización” o “europeización” de las políticas migratorias, como condición para que sean realmente puestas en práctica de modo eficiente.

En este orden de ideas, tiene que establecerse una nueva relación entre inmigración y ciudadanía transitando desde la ciudadanía tradicional a la de persona residente, esto es, una “ciudadanía inclusiva”, que pasa por la garantía de los derechos fundamentales y en particular, por lo que ahora más interesa, por la *garantía de los derechos de Seguridad Social de la persona migrante*. Y esa garantía debe partir del respeto al principio de igualdad real de trato en la atribución de tales derechos, y, lógicamente, contrarrestando las tendencias recientes a la reducción de los estándares que trabajosamente han venido alcanzándose. Una “ciudadanía inclusiva” tiene que sustentarse en el pleno reconocimiento de todos los derechos fundamentales. Y en esta lógica inclusiva, los derechos sociales son el pilar básico de la ciudadanía social. Es más, su garantía es condición indispensable de la democracia constitucional. Es así que la inmigración transforma la ciudadanía y los derechos de ciudadanía desvinculándola de la condición de nacionalidad como requisito de la titularidad de los derechos fundamentales. La inmigración internacional plantea una fuerte tensión entre territorio y ciudadanía (la cual no debería reservarse ni equipararse a la “nacionalidad”), en otras palabras, la inmigración internacional como realidad permanente supone una ruptura con la concepción liberal de la ciudadanía y su percepción del fenómeno migratorio. Las personas –y por tanto los migrantes- deben ser sujetos universales de los derechos fundamentales; y

deben de serlo más allá de la regularidad de su situación administrativa en el país receptor o de acogida. En tal sentido, para que la noción no tenga una dimensión excluyente es preciso que sea replanteada como ciudadanía plural y multicultural, realzando su dimensión positiva incluyente frente a su dimensión negativa excluyente¹⁴. En todo caso, hay que tener mucho cuidado cuando se pretende unidireccionalmente “liquidar” sin más una noción político-jurídica central de la modernidad ilustrada y democrática como ha sido la ciudadanía. Lo que sí es estrictamente necesario es redefinirla en términos inclusivos y universalistas.

Por otra parte, cada vez resulta más visible que hay diversos títulos de atribución de los derechos, como es la condición de residente extranjero o la de trabajador inmigrante en particular. Los derechos humanos son derechos de inclusión y en esa lógica de la integración a través de los derechos, la Seguridad Social es un factor de integración de las personas migrantes cualquiera que sea su condición. En este sentido, las grandes declaraciones y textos internacionales de derechos humanos vinculan los derechos a la persona para hacerlos más fuertes y eficaces. Por eso es necesario transferir el vínculo de la ciudadanía desde el ámbito tradicional de la nacionalidad hacia la persona del inmigrante (aunque, transitoria o provisionalmente, se reclame la noción de residencia para contribuir a alcanzar esa transición). La igualdad de derechos es la condición previa –o presupuesta- de una democracia constitucional. Ahora bien: un modelo de auténtica integración social exige la defensa de los derechos fundamentales (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales), no siendo suficiente el reconocimiento meramente formal. Se hace necesaria una actitud “pro-activa” de los poderes públicos para propiciar una efectiva y plena integración de las personas inmigrantes, favoreciendo la convivencia multicultural y la cohesión social entre los inmigrantes y la población autóctona.

Por lo demás, la misma complejidad de la realidad social de la inmigración (la inmigración como “hecho social total”¹⁵) determina una complejidad de las políticas del

¹⁴ Puede consultarse, KYMLICKA, W.: Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad, Barcelona, Ed. Paidós, 2007, espec., págs. 41 y sigs.

¹⁵ Aunque esta concepción arranca del pensamiento de Durkheim, fue Marcel Mauss la que la utilizó más productivamente, considerando que un hecho social implica siempre una multiplicidad de dimensiones: dimensiones económica, religiosas, culturales, jurídicas, de valores..., y no puede reducirse a una sola de estas dimensiones para ser plenamente comprendido. De ahí que Mauss trate de aprender la realidad social concreta bajo el cuádruple punto de vista de vista fisiológico, psicológico, cultural y sociológico. Véase Obras, Tomos I-III, Barcelona, Ed. Seix Barral, 1970-1972. La obra maestra de Marcel Mauss es *Essay sur le don* (1925), en la que elabora la noción de “hecho social total”. Véase MAUSS, M.: *Ensayo sobre el Don. Forma y función del intercambio en las sociedades arcaicas*, traducción y estudio preliminar a cargo de Fernando Giobellina Brumana, Buenos Aires, Ed. Katz Editores, 2009. Y la obra que en la sección sobre Weber. El “hecho social” (a secas) es un concepto básico en la sociología y la antropología. Fue acuñado por Émile Durkheim en su libro “Las reglas del método sociológico” (1895). Refiere a todo comportamiento o idea

Derecho migratorio: un derecho no sólo cambiante, sino también a menudo contradictorio y oscilante. Presidido por la contingencia, la mutabilidad que expresa las dificultades de captación normativa del fenómeno y el diseño del modelo normativo de regulación tanto a nivel internacional como de los sistemas nacionales. De hecho, actualmente se asiste a nivel mundial y del espacio geopolítico de la UE a un intenso debate sobre un necesario nuevo modelo migratorio para el futuro inmediato, dado el agotamiento y desbordamiento del actual modelo regulativo imperante o dominante. Han mutado los flujos migratorios y se discute el diseño de las políticas migratorias que oscilan entre los modelos represivos y de integración. Y con ello, lo que subyace también es la concepción sobre la democracia y el auténtico alcance del régimen democrático en el tercer milenio. En tal sentido la lógica del principio democrático (al menos en la tradición del constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho) impondría la consagración de un estatuto jurídico de los derechos fundamentales de todas las personas basado en la igualdad de derechos en la diversidad: homogeneidad social (Hermann Heller)¹⁶ y no uniformidad social y cultural. Pero una política migratoria debe basarse en una regulación internacional de las migraciones internacionales y una política de cooperación entre los Estados desarrollados y los Estados subdesarrollados o en vías de desarrollo, en su caso. Es necesaria la cooperación activa entre todos los países involucrados en los procesos migratorios. Y esa colaboración tiene que partir de la búsqueda del *co-desarrollo* y la garantía efectiva de los derechos de las personas tanto en los países de origen como en los países de acogida; tanto en la inmigración de “ida” como de “vuelta” o “retorno”. Ello exige en el plano de la política jurídica la ratificación generalizada de la “Convención Internacional para la Protección de todos los Trabajadores Migrantes y de sus familias”, aprobado en el marco de la ONU, el 18 de diciembre de 1990. Esta Convención, así como otras normas internacionales (señaladamente las promulgadas en el marco de la OIT; Convenio OIT, núm. 97 (1949), Convenio OIT, núm. 143 (1975), Convenio

presente en un grupo social, sea respetado o no, y sea compartido o no. Define el hecho social como las maneras de obrar, sentir y vivir exteriores al individuo, que ejercen un poder coercitivo sobre su conducta orientándola en todo su desarrollo. Durkheim manifiesta en su concepción del hecho social cómo los caracteres culturales moldean a los sujetos y les predisponen a comportarse y pensar de una determinada manera, en concreto en función de los elementos culturales que el sujeto haya ido interiorizando a lo largo de su proceso de socialización, un proceso que durara toda la vida biológica y social. Se obtiene de esta clara relación el significado del hecho social por su claro condicionamiento de rasgos y actitudes culturales que influyen en el individuo tanto de forma consciente como de forma inconsciente y que le predisponen a actuar pensar de una determinada manera. Véase DURKHEIM, E.: Las reglas del método sociológico, Buenos Aires, Ed. La Pleyade, 1975.

¹⁶ HELLER, H.: “Democracia, política y Homogeneidad social” en Escritos Políticos, Estudio preliminar de A. López Pina, Madrid, Alianza Universidad, 1983; íd.: Teoría del Estado, Edición y Estudio Preliminar «La teoría político-jurídica de Hermann Heller», a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2004.

OIT, núm. 157 (1982)...) parten de una reformulación de los derechos y de la ciudadanía para hacerlos recaer en la persona evitando que la ciudadanía nacional se constituya en un factor exclusión y no de integración social. Se puede hablar de una ciudadanía cosmopolita o ciudadanía de la persona más allá del principio de la nacionalidad de origen. Por ello mismo los derechos sociales, como derechos de desmercantilización que incluye a todos los derechos de Seguridad Social tienen que ser reconocidos y garantizados a todas las personas atendiendo a su situación social o laboral. Lo cual permite la atribución de todos los derechos sociolaborales a los extranjeros en las mismas condiciones que los nacionales del país de destino, de residencia o de trabajo.

El fundamento jurídico es nítido: Conforme al art. 22 de la DUDH, “*Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad*”. El PIDESC materializa este derecho proclamado, en el sentido del garantismo jurídico-político, estableciendo que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el *derecho de toda persona a la Seguridad Social, incluso al seguro social*” (art. 9). Esta disposición se completa con otros preceptos que contemplan aspectos parciales de este derecho, como el art. 12 (“derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”), art. 10 (protección a la familia, protección de las madres a través de prestaciones adecuadas de seguridad social). En la Observación general del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Nº 19, se precisa que “la formulación del art. 9 del Pacto indica que las medidas que se utilicen [por los Estados] para proporcionar las prestaciones de Seguridad Social no pueden definirse de manera restrictiva y, en todo caso, deben garantizar a toda persona un disfrute mínimo de este derecho humano”. A todo ello cabe añadir la “*Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias*”, adoptada, con rango de Tratado de la ONU, el 18 de diciembre de 1990 (entró en vigor el 1 de julio de 2003, después de ser ratificado por al menos veinte Estados conforme a lo dispuesto en el art. 87 de la Convención). Y ya resulta llamativo –y merecedor de la crítica más severa- el hecho de que entre los Estados que han ratificado la Convención no se encuentra –por el momento- ninguno perteneciente a la Unión Europea y a América del Norte, principales países beneficiarios (en su condiciones de receptores) de la mano de obra las personas migrantes. Los países que han ratificado la Convención, por el momento, son

principalmente Estados de origen de los flujos migratorios. La Convención es un instrumento fundamental de las Naciones Unidas que garantiza un conjunto de derechos sociales de Seguridad Social (v.gr., artículos 28, 43, 45,54, 64, etc.). Por lo demás, la Convención dispone que con el fin de observar su aplicación efectiva se crea un Comité de Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familias (art. 72). La no ratificación por las grandes potencias mundiales y, en general, por los Estados desarrollados receptores de personas migrantes supone una ruptura de las reglas de juego en la gobernanza internacional de las migraciones.

En esa lógica se insertan –no sin insuficiencias evidentes- los Convenios y Tratados internacionales (suscritos también por España) en materia de Seguridad Social, que imponen la garantía de disfrute de todas las personas inmigrantes a las prestaciones de Seguridad Social, consagrando el principio de igualdad de trato (Señaladamente, los Convenios OIT, núm. 19, 29, 48, 97, 102, 105, 118, 128, 143 y 157, y asimismo los Tratados bilaterales y multilaterales en materia de Seguridad Social celebrados entre los países de acogida y los países emisores de flujos migratorios). Hay que tener en cuenta que el requisito de la nacionalidad está siendo sometido a un replanteamiento/revisión profunda tanto en la racionalidad interna de las normas internacionales en materia de Seguridad Social, como a nivel nacional, tendiéndose a superar tradicionales concepciones –a menudo situadas en una lógica de “proteccionismo interno”- que limitan el principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social y su aplicación a los trabajadores extracomunitarios que residen en países de acogida (especialmente en Estados miembros de la Unión Europea). Pero ha de superarse también la excepción al principio de igualdad de trato en razón a los trabajadores de países terceros que no residen legalmente en el territorio del país de acogida. Se ha de evitar la tentación de crear un Derecho de Seguridad Social especial y debilitado para los trabajadores inmigrantes irregulares, lo cual no sólo es injusto en términos sociales, sino también condenado al fracaso político-social. Ahora bien: existe un divorcio entre las grandes Declaraciones jurídico-formales y textos internacionales y los derechos positivos de los Estados; una fractura en cierta medida calculada institucionalmente para crear un estatuto jurídico propio del trabajador irregular. Téngase en cuenta la Recomendación OIT, núm. 202 (2012), sobre “Pisos” (o niveles) de protección social, la cual afirma “que el derecho a la Seguridad Social es un derecho humano”, por un lado, y por otro, la necesidad de establecer “Estrategias nacionales para extender la Seguridad Social”.

Por el contrario, este conjunto de normas internacionales *contribuye progresivamente a que los trabajadores extranjeros disfruten de derechos de Seguridad Social* (y en general de protección social pública). Aunque todavía se está muy lejos en la práctica de garantizar el principio de igualdad de trato con los nacionales de los países de acogida. Ciertamente, para los trabajadores regulares el avance ha sido muy significativo en la consecución del principio de igualdad de trabajo en el disfrute de los derechos de Seguridad Social. No así en el caso de los trabajadores irregulares o “ilegales” (sic. Las personas no son ilegales en sí)¹⁷, donde su posición jurídico-social es particularmente crítica (dejando a salvo –y con limitaciones- el derecho a la asistencia sanitaria y la reciprocidad de trato establecida a través de convenios bilaterales o multilaterales en materia de Seguridad Social). Los inmigrantes en situación irregular son objeto de privación de derechos de Seguridad Social, como el derecho a una asistencia sanitaria integral (limitada por el RD.-Ley 16/2012, de 20 de abril, que rompió el principio de universalidad del derecho humano a la salud y privó a los inmigrantes indocumentados de una asistencia sanitaria integral)¹⁸ y la protección por desempleo¹⁹. Para ellos debe garantizárseles una protección integral de Seguridad Social como personas que trabajan en el país receptor. En tales casos, la Seguridad Social se vincula tanto a las personas que trabajan y en situación de necesidad. Todo esto sin perjuicio de la necesaria colaboración

¹⁷ Con razón se ha señalado que el que los inmigrantes sean tratados como seres humanos “ilegales” supone una devaluación de la ciudadanía y un retroceso en los procesos de integración. Cfr. SASSEN, S.: *Inmigrantes y ciudadanos. De las migraciones masivas a la Europa fortaleza*, Madrid, Siglo XXI España, 2013, pág. 13.

¹⁸ Véase RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: “Recortes, salud e inmigración: la controversia de la última reforma sanitaria”, Comunicación en VIII Congreso Migraciones Internacionales en España, García Castaño, F.J., Megías Megías, A. y Ortega Torres, J. (Eds.), Granada, Universidad de Granada/Instituto de Migraciones, 2015, págs. 246-247., realzando que la garantía del derecho a la cobertura sanitaria completa exige tras la reforma del art. 3ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, operada por el RD. 16/2012, que los extranjeros sean titulares de una autorización para residir en territorio español, sin ser suficiente el empadronamiento, que venía siendo la una condición formal exigida desde la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sucesivamente modificada. Puede consultarse también, RUBIO VELASCO, F.: “Aspectos puntuales de la inmigración irregular en el Sistema Nacional de Salud”, en VV.AA.: *Buenas Prácticas jurídico procesales para reducir el Gasto Social (III)*, Murcia, Ed. Laborum, 2015, págs. 95 y sigs.

¹⁹ Véase TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: “La construcción del nuevo paradigma del derecho a la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares”, en *Revista Aranzadi Social*, núm. 21 (2009); FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Los ‘renglones torcidos’ de la política jurídica de protección por desempleo del trabajador extranjero inmigrante”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 31 (2012); LÓPEZ INSUA, B.M.: “El desempleo de los trabajadores emigrantes comunitarios: emigración y retorno”, Comunicación en VIII Congreso Migraciones Internacionales en España, García Castaño, F.J., Megías Megías, A. y Ortega Torres, J. (Eds.), Granada, Universidad de Granada/Instituto de Migraciones, 2015, 318-319; MONEREO PÉREZ, J.L.: “El Sistema Español de Protección por Desempleo: eficiencia, equidad y nuevos enfoques”, Ponencia general en XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AEISS). *La protección por desempleo en España*, Madrid, 22 y 23 de octubre de 2015, Ed. Laborum, Murcia, 2015. En una perspectiva de conjunto, MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: “Las personas extranjeras inmigrantes y sus derechos sociales ante las transversales novedades jurídicas nacionales y comunitarias de 2011 y 2012: sentido y alcance desde el constitucionalismo democrático-social”, núm. 157 (2013), págs. 17-62.

entre los países de origen y de acogida. Para los trabajadores irregulares la justicia social y el principio de seguridad jurídica imponen una adaptación eficiente del marco normativo e institucional regulador que evitase que se vulnerase en la práctica el principio de igualdad de trato. El texto constitucional –en conexión sistemática con el canon interpretativo del art. 10.2 CE– garantiza a la persona un núcleo irreductible de derechos como ámbito inviolable de la dignidad humana²⁰.

En nuestro ordenamiento interno se otorga validez instrumental al contrato suscrito por un trabajador en situación de irregularidad administrativa y se le reconocen el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social con excepción de la exclusión constitutiva de las prestaciones por desempleo para las cuales el art. 41 CE garantiza para toda persona que trabaja²¹. En efecto, se establece que la carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo. Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no

²⁰ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: Derechos de Seguridad Social y movimientos transnacionales de personas, Ponencia General en VIII Congreso Migraciones Internacionales en España, García Castaño, F.J., Megías Megías, A. y Ortega Torres, J. (Eds.), Granada, Universidad de Granada/Instituto de Migraciones, 2015, *passim*.

²¹ En otro orden de ideas, resulta preocupante y carente de fundamentos sólidos desde el punto de vista constitucional y de la “justicia social” la expulsión de la acción protectora de los trabajadores inmigrantes irregulares (art. 36. 5 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; LOEXIS). Objeto de una exclusión legal constitutiva que no es coherente con el art. 41 CE, ni con la lógica general que informa al propio art. 36 de la LOEXIS, pues es una excepción al principio de equiparación general que establece dicho precepto. Priman aquí las razones económico-financieras sobre la finalidad social. Para los extranjeros extracomunitarios que residan legalmente en nuestro país el principio es de igualdad de trato en virtud de la Ley Orgánica 4/2000 (artículos 10.1 y 14 –“Derecho a la Seguridad Social y a los Servicios Sociales”– LOEXIS). Hay que señalar que el Tribunal Supremo ha venido manteniendo la legalidad de la exclusión matizada de la prestación por desempleo del trabajador extranjero en situación irregular: el Tribunal Supremo rechaza que el extranjero en situación irregular tenga derecho a la prestación por desempleo, tanto por aplicación de la normativa vigente al momento del hecho causante, bajo el RD 864/2001, como con la del RD 2393/04 posterior. Entiende que el extranjero que tiene residencia en territorio nacional, aunque carezca de autorización para trabajar, puede acceder a las prestaciones de Seguridad Social, en pie de igualdad con los trabajadores nacionales, mientras que si carece de la primera solo tendrá derecho a las prestaciones que puedan corresponderle, siendo éstas las sociales básicas, sin perjuicio de la posible responsabilidad de daños y perjuicios del empresario por dar ocupación al trabajador extranjero irregular, según se desprende de la normativa aplicable y en tanto que no existen Convenios Internacionales que impongan tal derecho (STS de 18 de marzo de 2008, Rec. 800/07). Ello no obstante, una reforma coherente con el principio de igualdad de trato y con la lógica que informa el art. 41 CE tendría que suprimir dicha exclusión constitutiva de los inmigrantes irregulares con independencia de irregularidad de su situación administrativa. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: “El Sistema Español de Protección por Desempleo: eficiencia, equidad y nuevos enfoques”, Ponencia general en XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS). La protección por desempleo en España, Madrid, 22 y 23 de octubre de 2015.

modificará la situación administrativa del extranjero (art. 36.5 de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Art. 36 redactado por el apartado treinta y nueve del artículo único de la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la misma). Ello implica que, salvo la excepción de las prestaciones por desempleo, el trabajador en situación administrativa irregular en España tiene acceso –en condiciones de igualdad de trato con los españoles y con los extranjeros en situación de regularidad- a las prestaciones contributivas y asistenciales de la Seguridad Social, pero también a las prestaciones asistenciales (incluyendo las Rentas Mínimas de Inserción) y servicios sociales a cargo de las Comunidades Autónomas. Aparte de todo ello no debe olvidarse que no son pocos los textos internacionales que reconocen el derecho a la Seguridad Social de toda persona como proyección de la dignidad humana (Así, art. 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 9 del Pacto Internacional de Derecho Económicos y Sociales; los artículos 12-14 de la Carta Social Europea Revisada de 1996)²².

Por otro lado, subsisten problemas de efectividad respecto a los trabajadores “regulares” (o “documentados”, en la terminología de la OIT) en lo relativo a la *portabilidad* de las prestaciones de Seguridad Social vinculados al cumplimiento de los requisitos del Estado receptor o de destino, y a la persistencia de formas directas o indirectas de discriminación y de injusticia social. Estas restricciones o limitaciones relativizan en la práctica político-jurídica la configuración en ámbito internacional del derecho a la Seguridad Social como un derecho humano fundamental y, por tanto, de carácter universal. Siendo así que son formalmente titulares del mismo todas las personas con independencia de su nacionalidad (al margen, pues, de la condición de nacionalidad; paradigmáticamente, art. 22 de la DUDH y artículos 99, 10.1 y 12 del PIDESC; cfr. Convenio OIT, núm. 102, “Norma mínima de Seguridad Social”).

Son tres los principios fundamentales que caracterizan a la Seguridad Social en el *estándar universalista* de la OIT y en gran medida en los modelos nacionales más avanzados de protección social pública:

a) Respecto al objeto, rige el principio de globalidad o totalidad, toda vez que el objeto de la Seguridad Social tiende a proteger las situaciones de necesidades de los individuos con independencia de la distinta naturaleza de los acontecimientos causantes de las mismas.

b) En cuanto al campo de aplicación de la Seguridad Social, entra en escena el principio

²² Puede consultarse, al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L.: “El derecho a la Seguridad Social”, en VV.AA.: El Sistema Universal de los Derechos Humanos, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014.

de universalidad subjetiva, en coherencia con la tendencia a proteger a toda la población, reconociendo igual derecho a la protección a todo individuo residente sin limitaciones o discriminaciones de clase o nacionalidad. De ahí que, en coherencia y en términos de principio, los extranjeros y los nacionales del país de acogida deben compartir los mismos derechos y deberes dentro del mismo sistema nacional de Seguridad Social. Esa equiparación se construye con base a dos grandes principios del Derecho internacional de la Seguridad Social que atienden el carácter nacional, territorializado y diverso en su configuración y estructura de los Sistemas de Seguridad Social, a saber: el principio de igualdad de trabajo y el principio de conservación de los derechos adquiridos o expectativas de disfrute futuro de los mismos por parte de las personas extranjeras (o nacionales del país de acogida). Su puesta en práctica –esto es, su aplicación efectiva- exige la instauración no sólo de instrumentos jurídicos internacionales (normas internacionales generales y convenios o tratados bilaterales y multilaterales), sino también de mecanismos eficaces de cooperación internacional entre los Estados implicados en los flujos migratorios. Esa colaboración es una garantía de eficacia de los derechos internacionales de Seguridad Social. Lógicamente, la situación es distinta para los trabajadores que gozan de la ciudadanía laboral comunitaria (trabajadores nacionales de países miembros de la Unión Europea), sujetos a un régimen especial y específico distinto al de extranjería en sentido estricto; un régimen protector que parte de la consagración y respeto del principio de igualdad y no discriminación en materia de titularidad y disfrute de los derechos de Seguridad Social (Reglamento (UE) 492/2011, de 5 de abril, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión). Y lo hace en coherencia con la atribución del derecho fundamental de libre circulación en el espacio europeo. Más allá de ello, la diversidad de sistemas nacionales de Seguridad Social en Europa ha propiciado tan sólo la instauración –como exponente de una decisión de política del Derecho- de sistemas de coordinación comunitaria de las prestaciones de Seguridad Social (Reglamento (UE) 883/2004, de 29 de abril, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social), renunciando, por el momento, a utilizar la técnica de armonización de las legislaciones nacionales reguladoras de prestaciones de Seguridad Social.

La OIT obliga a los Estados a adoptar y ampliar medidas de protección social pública – Seguridad Social y protección de los trabajadores- que sean sostenibles y estén adaptadas a las circunstancias nacionales, con inclusión de “la ampliación de la Seguridad Social a todas las personas, incluidas medidas para proporcionar ingresos básicos a quienes necesiten esa protección, y la adaptación de su alcance y cobertura para responder a las nuevas necesidades e incertidumbres generadas por la rapidez de los cambios tecnológicos, sociales, demográficos y

económicos” (Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008, p. 10). En este sentido, deben crearse las condiciones de una migración regular, que no afecte negativamente al disfrute efectivo de los derechos de Seguridad Social de las personas que se desplazan o circulan para trabajar. Tiene que superarse –o al menos relativizarse a estos efectos- la distinción entre la migración regular e irregular como condicionante absoluto del disfrute de los derechos de Seguridad Social. En este sentido no pueden extrapolarse las “técnicas de control” de los flujos migratorios con las “técnicas de garantía” del derecho social fundamental a la Seguridad Social.

c) En lo que concierne a las prestaciones públicas a dispensar, rige formalmente el principio de igualdad, ya que la Seguridad Social se orienta a la protección en condiciones de igualdad de todos los miembros de la población protegida. Es de destacar la tendencia a conceder como mínimo una renta de sustitución o compensación establecida para todos en un tipo uniforme, equiparable a la noción de "mínimo nacional" (expresión "*nationalminimum*" que es debida al Informe Beveridge)²³. Ese mínimo de protección dispensada debe permitir la atención a las necesidades de la vida digna y estará inevitablemente sometido (y condicionado por) a la ponderación de las condiciones económicas existentes, ya que el marco económico condiciona las políticas de seguridad social. Se impone el compromiso del sistema político democrático de garantizar derechos y formular y aplicar políticas nacionales para garantizar la igualdad de trato en el acceso a todas las prestaciones de Seguridad Social. Para la OIT el contenido esencial del derecho fundamental a la Seguridad Social lo compone un conjunto integrado de prestaciones básicas que hacen reconocible este derecho social: asistencia sanitaria básica de carácter universal; prestaciones familiares; prestaciones de asistencia social y un sistema de pensiones básicas universales para la vejez, invalidez y supervivencia (cfr. Convenio OIT, núm. 102). Se trata en la práctica de que las personas migrantes disfruten efectivamente de todas las prestaciones de Seguridad Social, superando los problemas jurídicos e institucionales de la *exportabilidad* de algunas prestaciones (Es el caso, hartó problemático, de la asistencia sanitaria, pero que como prestación técnica de servicios podría ser objeto de reciprocidad de trato y de vías de reembolso y compensación de gastos) y la superación de la diversidad de requisitos de acceso a las prestaciones derivadas de modelos y “culturas” de Seguridad Social a través de instrumentos internacionales o de mecanismos de coordinación homogeneizadora de sistemas

²³ Informe de WILLIAM BEVERIDGE: Seguro social y servicios afines, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.

nacionales más idóneos que los actualmente disponibles a escala universal y europea en particular²⁴.

La Seguridad Social, *como derecho social fundamental* que es, apunta a proteger la libertad real o fáctica de todas las personas (los instrumentos internacionales fundamentales se dirigen, en principio, a todas las personas), toda vez que la libertad jurídica puede perder todo su valor efectivo si la persona no dispone de los presupuestos fácticos para poder ejercerla (las condiciones materiales y espirituales en tanto presupuestos de la autodeterminación y ejercicio de libertades jurídicas). De ahí que el objeto típico de los derechos sociales es el mínimo existencial según el grado de civilización y desarrollo alcanzado en cada momento histórico por una determinada sociedad. De este modo, el derecho a la Seguridad Social, como derecho de prestación pública, involucra, entre otras cosas, un *problema de distribución justa* a través de una actuación positiva del Estado o poder público. Por ello mismo, el derecho a la Seguridad se expresa en el derecho a acciones positivas que imponen al Estado (en su calidad de sujeto responsable del deber de protección social) la persecución de determinados objetivos y la obligación jurídica de satisfacer las prestaciones sociales que concretan y materializan el derecho a la Seguridad Social como derecho de estructura jurídica compleja. Son derechos del individuo frente al Estado respecto a prestaciones sociales.

Con todo, estas normas internacionales (generales y regionales europeas) de Seguridad Social tienen una eficacia aplicativa general, y a menos que se especifique lo contrario, los instrumentos normativos (señaladamente los emanados y adoptados por la OIT) cubren a las personas migrantes (entendiendo por trabajador migrante, la persona que emigra o ha emigrado de un país a otro para ocupar un empleo, incluyendo a refugiados y desplazados; o, como expresa la Convención de la ONU de 1990, “se entenderá por “trabajador migratorio” todo trabajador que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”; art. 2.1) sin distinción de nacionalidad, permiso de trabajo, estancia (permanentes o temporales) y con independencia de su situación migratoria regular o irregular. Estos instrumentos que garantizan en el plano jurídico la Seguridad Social como un derecho humano fundamental no invaden la soberanía de los Estados en relación a su poder de regular el acceso a su territorio y su mercado de trabajo, pero sí limitan y condicionan sus políticas y sistemas jurídicos a través de la exigencia de respecto a los derechos

²⁴Los ciudadanos europeos que viajen dentro del Espacio Económico Europeo pueden utilizar la Tarjeta Sanitaria Europea. Esta tarjeta facilita el acceso a la asistencia sanitaria médica durante una estancia temporal en otro país de la Unión tanto por motivos personales como profesionales.

fundamentales de los trabajadores migrantes (Señaladamente, en lo que aquí más interesa, los derechos de Seguridad Social).

3 LOS DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PERSONAS MIGRANTES EN EL ESPACIO EUROPEO

En el espacio europeo las dos Cartas Europeas de Derechos Fundamentales (la Carta Social Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) se insertan en la lógica garantista de los derechos de Seguridad Social. La Carta de la Unión Europea, establece que “la Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales”. Por otra parte, se dispone que “toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de Seguridad Social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales. Y, por último, se establece que “con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales” (art. 34.2 CDFUE)²⁵. Así pues, en gran medida, el ejercicio de estos derechos de Seguridad Social depende de “las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales”. Su aplicación efectiva atiende, por el momento, a lo predispuesto en los sistemas nacionales de Seguridad Social (las regulación sustancial de las prestaciones de Seguridad Social continúa estando “nacionalizada”, sin que existe un “zócalo mínimo” –o umbral mínimo- de armonización legislativa comunitaria en esta materia). La coordinación intracomunitaria es la técnica legislativa instrumental (forma de “gobernanza legislativa suave”, pero fuerte en la dimensión de política del Derecho) que permite evitar (o al menos atenuar) los impedimentos a la aplicación de las distintas legislaciones nacionales de Seguridad Social a los trabajadores en el espacio de la Unión Europea.

²⁵ Puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: “El derecho a la Seguridad Social y a la ayuda social”, en VV.AA.: La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Granada, Ed. Comares, 2007, págs. 893 y sigs.

Pero los preceptos sin duda centrales al más alto nivel en materia de Seguridad Social en Europa se insertan en el sistema normativo interno de la Carta Social Europea Revisada de 1996. Se trata ante todo del art. 12, que consagra el “*Derecho a la Seguridad Social*”, siendo de realzar que se le confiere un contenido mínimo esencial (y legal) y un mandato imperativo a los Estados signatarios, pues impone inmediatamente que “para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social, las Partes se comprometen: 1 a establecer o mantener un régimen de Seguridad Social; 2 a mantener el régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social; 3 a esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social; 4 a adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, sin perjuicio de las condiciones establecidas en esos acuerdos, encaminadas a conseguir: a la igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las Partes y los de las demás Partes en lo relativo a los derechos de Seguridad Social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de Seguridad Social, sean cuales fueren los *desplazamientos que las personas protegidas* pudieran efectuar entre los territorios de las Partes; b la concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de seguridad social, por medios tales como la acumulación de los períodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las Partes”.

Las políticas migratorias de la Unión Europea están dirigidas inicialmente a controlar las fronteras restringiendo el acceso de los nacionales de terceros países al territorio de europeo. Pero una vez que las personas extracomunitarias entran en el espacio europeo se genera una dinámica hacia una más intensa integración, aunque ciertamente hay actualmente una peligrosa tendencia a dismantelar o limitar los derechos de los extranjeros residentes. Tan sólo hay algunos eslabones de la construcción de esa *ciudadanía “post-nacional europea”* o cosmopolita (sobreañadida a la nacional, y que en puridad cuestionaría la idea de la ciudadanía como título exclusivo de dotación de derechos) en el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales a la persona a nivel del Derecho Internacional de los derechos humanos y en el marco del Derecho de la Unión Europea el título de atribución de derechos basado en la *residencia y en la realización de una actividad profesional* en el espacio económico europeo. Ello cuestiona la idea de ciudadanía como título de dotación exclusiva de derechos. Paradigmática resultan algunas Directivas sociales comunitarias, como señaladamente:

a) Directiva 2003/109/CE, del Consejo de 24 de noviembre de 2003, sobre el estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Esta Directiva, especialmente, se sitúa en una lógica de integración a través de los derechos, atribuyendo éstos no con base a la condición de ciudadanía –ni siquiera comunitaria- sino a la *residencia* de larga duración. La cual ha sido modificada por la Directiva 2011/51/UE, de 11 de mayo, con el fin de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional.

Para estos residentes de larga duración se reconocen los derechos de Seguridad Social sobre la base del principio de igualdad de trato inherente a la libre circulación de trabajadores (de la cual también gozan o disfrutaban en virtud de ese estatuto de *derechos de ciudadanía/integración europea*).

b) El Reglamento (UE) nº 1231/2010, de 24 de noviembre, por el que se amplía la aplicación de los reglamentos de coordinación a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos, vigente desde enero de 2011, amplía las normas modernizadas de coordinación de la Seguridad Social en la UE a los ciudadanos de terceros países que residan legalmente en la UE y en situación transfronteriza, los cuales, por razón de su nacionalidad, no estaban cubiertos por los Reglamentos anteriores. La idea fuerza que lo preside es la mejora de la integración de los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros concediéndoles un conjunto de derechos uniformes que se asemejen todo lo posible a los que disfrutaban los ciudadanos de la Unión (Exposición de Motivos). En tal sentido en el art. 1 del Reglamento (UE) nº 1231/2010, se establece que “El Reglamento (CE) nº 883/2004 y el Reglamento (CE) nº 987/2009 se aplicarán a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén aun cubiertos por los mismos, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, siempre que estén residiendo legalmente en el territorio de un Estado miembro y siempre que su situación no está circunscrita, en todos sus aspectos, al interior de un solo Estado miembro”.

c) En esa dirección de política del Derecho se inserta la Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un *permiso único* que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro. La Directiva tiene un doble objeto: 1) establecer un procedimiento único de solicitud para la expedición de un permiso único que autorice a los nacionales de terceros países a residir con

el fin de trabajar en el territorio de un Estado miembro de estas personas y de facilitar el control de su estatuto (Se entiende por “permiso único, “el permiso de residencia expedido por las autoridades de un Estado miembro por el que se autoriza a un nacional de un tercer país a residir igualmente en su territorio con el fin de trabajar”; art.2.c) de la Directiva), y 2) establecer un *conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente* en un Estado miembro, basado en la igualdad de trato con los nacionales de dicho Estado miembro” (art.1.1). Esta regulación no supone privatización de ciertas competencias inherentes a la soberanía nacional, en el sentido de que dicha Directiva se entiende sin perjuicio de las competencias de los Estados miembros para regular el acceso de nacionales de terceros países a sus mercados laborales (art.1.2). Es de hacer notar que la obtención del “permiso único” determina la atribución de un *estatuto jurídico de derechos, es decir, “derechos asociados al permiso único”*. Entre ellos, señaladamente, los derechos de Seguridad Social.

d) En una lógica de integración se sitúa el Reglamento (UE) n° 516/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo que crea el Fondo de Asilo, Migración e Integración (FAMI), que cofinancia parte de las subvenciones que se convocan y que pretenden contribuir a la gestión eficiente de los flujos migratorios y a una política de inmigración común, que respete plenamente los derechos y principios consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Por otra parte, de acuerdo con el art. 2 del Reglamento (UE) n° 1304/2103, del Parlamento y del Consejo de 17 de diciembre de 2013, relativo al Fondo Social Europeo (FSE), entre las misiones del mismo se encuentran la promoción de niveles elevados de empleo y de su calidad, la mejora del acceso al mercado laboral, el fomento de la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores, apoyar la transición de la educación al empleo entre los jóvenes, luchar contra la pobreza, auspiciar la inclusión social y fomentar la igualdad de género, la no discriminación y la igualdad de oportunidades, contribuyendo a la cohesión económica, social y territorial. El Reglamento de Ejecución (UE) 1011/2014, de la Comisión de 22 de septiembre de 2014, establece normas detalladas para la aplicación del Reglamento (UE) 1303/2013 en lo que respecta a los modelos para la presentación de determinada información a la Comisión y normas detalladas sobre los intercambios de información entre beneficiarios y autoridades de gestión, autoridades de certificación, autoridades de autoría y organismos intermedios. Este conjunto normativo europeo se proyecta bajo la idea-fuerza de eliminar los obstáculos que pueden impedir a los nacionales de terceros países en situación regularizada el pleno uso y disfrute de sus derechos y que pueden

incidir de manera directa en su régimen jurídico. Para ello se toma en consideración tanto las cuestiones de ciudadanía como las relacionadas con la diversidad cultural y religiosa, la participación y los derechos políticos de los inmigrantes, todo ello en un marco global y coherente a largo plazo que tenga en cuenta las distintas condiciones locales y las necesidades específicas de grupos particulares, teniendo como objetivo último aumentar la cohesión social en los distintos países. Lo que permite incluir, por ejemplo, programas de acogida integral para la atención de las necesidades básicas y de apoyo a la inserción de personas inmigrantes nacionales de terceros países y programas de empleo. Siendo el objeto último de estos programas el fomento de la plena participación de la población inmigrante procedente de terceros países en la sociedad y en la economía española en condiciones de igualdad. Para el caso de España, véase la Resolución de 3 de junio de 2015, de la Dirección General de Migraciones, por la que se convocan subvenciones para el desarrollo de programas dirigidos a personas inmigrantes nacionales de terceros países (en situación regularizada).

e) En parte, se sitúa en esa dirección de la integración a través de los derechos, la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar. El objetivo de la esta Directiva es fijar las condiciones en las cuales se ejerce el derecho a la reagrupación familiar de que disponen los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros (art. 1). Se entiende por (a) *nacional de un tercer país*, cualquier persona que no sea ciudadana de la Unión; y por (b) *refugiado*, cualquier nacional de un tercer país o apátrida que goce de un estatuto de refugiado en los términos de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967 (art. 2). La situación de los refugiados requiere una atención especial, debido a las razones que les obligaron a huir de su país y que les impiden llevar en el mismo una vida de familia. A este respecto, conviene prever condiciones más favorables para el ejercicio de su derecho a la reagrupación familiar. Mientras que para los nacionales de un tercer país sin más se imponen las facultades previstas en el art. 7 de la Directiva²⁶, respecto a los refugiados “los Estados

²⁶ Artículo 7. 1. “Al presentarse la solicitud de reagrupación familiar, el Estado miembro de que se trate podrá requerir al solicitante que aporte la prueba de que el reagrupante dispone de: a) una vivienda considerada normal para una familia de tamaño comparable en la misma región y que cumpla las normas generales de seguridad y salubridad vigentes en el Estado miembro de que se trate; b) un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos normalmente asegurados para los propios nacionales en el Estado miembro de que se trate, para sí mismo y los miembros de su familia; c) recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia, sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro de que se trate. Los Estados miembros evaluarán dichos recursos en función de su naturaleza y de su regularidad y podrán tener en cuenta la cuantía de los salarios y las pensiones mínimos, así como el número de miembros de la familia”.

miembros no exigirán al refugiado o a los miembros de su familia, respecto de las solicitudes relativas a los miembros de la familia mencionados en el apartado 1 del art. 4, que presente la prueba de que el refugiado cumple los requisitos establecidos en el art. 7”, aunque “los Estados miembros podrán exigir que el refugiado reúna los requisitos mencionados en el apartado 1 del art. 7 cuando la solicitud de reagrupación familiar no se haya presentado en el plazo de tres meses a partir de la concesión del estatuto de refugiado”.

f) En la lógica de la integración, la Directiva 2011/95/UE, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición)²⁷. En la regulación normativa del contenido del Estatuto protector de los refugiados y asimilados se garantizan los derechos de Seguridad Social. Así, conforme al art. 26.4 de la Directiva a las personas beneficiarias de la protección internacional “se les aplicará la legislación nacional en materia de remuneración, *acceso a los sistemas de Seguridad Social* correspondientes a las actividades por cuenta propia o ajena y otras condiciones de trabajo”.

En el polo apuesto a la lógica de integración se encuentra, por un lado, la ineffectividad práctica de las normativas relativas a los refugiados y al derecho de asilo, y por otro, la política europea de control de seguridad de los flujos migratorios y de retorno y “expulsión” de los inmigrantes extracomunitarios.

Por lo demás, en el marco de la Unión Europea se ha neutralizado prácticamente en llamado “asilo por razones humanitarias”²⁸. Muchos solicitantes de asilo quedan en una

²⁷ La Directiva 2013/32/UE, establece los procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional. Por su parte, la Directiva 2013/33/UE, de 26 de junio, regula las condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional.

²⁸ Ello no obstante, la Disposición Transitoria Segunda Normativa aplicable a las personas autorizadas a residir en España por razones humanitarias de la vigente Ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria establece que: “Las personas que hubieran obtenido una autorización para permanecer en España por razones humanitarias conforme a lo previsto en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, y en los términos de lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 31 de su Reglamento de aplicación, aprobado por el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, podrán beneficiarse del derecho a la protección subsidiaria previsto en esta Ley”.

Paradigmáticamente, en España, con la reforma de la Ley 5/1984 por la Ley 7/1994 (la Ley 5/1984 fue derogada por la Disposición Derogatoria Única Derogación normativa de la citada Ley 12/2009), supuso, en su momento, la desaparición como tal de la figura del asilo por razones humanitarias y la reconducción de estas situaciones a la normativa de Extranjería. En efecto, conforme al art. 17 de la Ley 5/1984, modificada: “por razones humanitarias o de interés público podrá autorizarse, en el marco de la legislación general de extranjería, la permanencia en España del interesado cuya solicitud haya sido inadmitida a trámite o denegada, en particular cuando se trate de personas que como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas a abandonar su país y que no cumplan los requisitos a que se refiere el

situación entre paréntesis sin derechos a la espera de su reconocimiento que a menudo no llega nunca, porque la tendencia en los gobiernos –visible en la coyuntura actual en los países europeos- no es otra que endurecer las condiciones de reconocimiento y la restricción, en caso de hacerlo, de los derechos que se le atribuyen. El solicitante de asilo se ve obligado trabajar en la economía sumergida sufriendo privaciones y precariedad laboral: no puede conseguir empleo en la economía legal, con empleos regulares. El extranjero que es acogido recibe un trato frecuentemente indigno no inferior o incluso superior a los inmigrantes económicos (o inmigrantes laborales), y sólo tienen acceso a un núcleo muy limitado de derechos de ciudadanía (ciudadanía limitada o restringida). Con ello se contradice la esencia del derecho de asilo como instrumento para la protección internacional efectiva de los derechos fundamentales.

La legislación de la UE respecto al retorno se enmarca en lo principal en la lucha contra la inmigración irregular y en la gestión integrada de los flujos de las personas inmigrantes en situación irregular. Se quiere impedir que se produzcan regulaciones masivas o generalizadas.

La situación de estos colectivos se hace, pues, especialmente vulnerable. La “inmigración indocumentada” no deja de aumentar generando serios conflictos y problemas de marginación e integran. Estas personas en situación administrativa irregular son objeto de máxima explotación laboral convirtiéndose en un ejército de reserva de mano de obra barata que, además, tiene la virtualidad de presionar al empeoramiento de las condiciones de trabajo de los trabajadores regulares de la economía formal. Tal es la entidad de la cuestión social de los migrantes irregulares que la OIT ha acometido una amplia acción de defensa de tales colectivos en el marco de la lucha por el trabajo decente. Es de realizar, señaladamente, la aprobación de la Recomendación OIT, núm. 204, de 1 de junio de 2015, sobre la transición de la economía informal a la economía formal. En esta Recomendación se constata la alta incidencia de la economía informal, en todos sus aspectos, representa un importante obstáculo para los derechos de los trabajadores, con inclusión de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, así como para la protección social, las condiciones de trabajo decente, el desarrollo inclusivo y el Estado de derecho, y tiene consecuencias negativas para el desarrollo de empresas sostenibles, los ingresos públicos y el ámbito de actuación de los gobiernos, en particular por lo que se refiere a las políticas económicas, sociales y

número 1 del artículo tercero de esta Ley”. Para esta situación anterior, véase ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “El derecho de asilo”, en Cabeza Pereiro, J. y Mendoza Navas, N. (Coords.), Albacete, Ed. Bomarzo, 2008, págs. 325-326.

ambientales, así como para la solidez de las instituciones y la competencia leal en los mercados nacionales e internacionales;

Se ha de reconocer que la mayoría de las personas que se incorporan a la economía informal no lo hacen por elección, sino como consecuencia de la falta de oportunidades en la economía formal y por carecer de otros medios de sustento. Su situación es la propia del trabajo “indecente” o “indigno”, con la consiguiente denegación de los derechos en el trabajo y los derechos de Seguridad Social. En el caso de los “inmigrantes indocumentados” o irregulares, aunque formalmente sí se les reconozca derechos generales como personas (incluidos ciertos derechos de Seguridad Social), ven cuestionados en la práctica sus derechos económicos, sociales y políticos. Además de su situación de inseguridad reciben el rechazo social y son víctimas de las políticas de “tolerancia cero” con las medidas represivas del Estado de Seguridad que se viene implantando en los países desarrollados de acogida²⁹. Es visible cómo en el mismo espacio europeo se está restringiendo y poniendo en cuestión la libertad de circulación de trabajadores. Y cada vez más se endurecen los requisitos para ser inmigrante regularizado (con las pertinentes “autorizaciones” o “permisos” administrativos) y cuando acceden a esa condición en la práctica no alcanzan más que una ciudadanía restringida, es decir, una ciudadanía *incompleta* sin plenos derechos y, por tanto, más vulnerables para ser objeto de explotación y a ser, así, mano de obra barata. En materia de protección social pública reciben más medidas asistenciales que las propias de la Seguridad Social contributiva. A ello se suman las políticas de retorno supuestamente “voluntario” de los inmigrantes “regularizados” en los períodos de crisis económica. Pero también las políticas interesadas de algunos países que favorecen o se ven obligados la “exportación” (sic.) de trabajadores. Entre ellos y los países de acogida suelen celebrarse acuerdos en materia de Seguridad Social. En el fondo, ello supone una transgresión del principio ancilar de que el trabajo no es una mercancía objeto de comercio como se consagraba en la Declaración de Filadelfia, 1944, la Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su

29 El desmantelamiento progresivo del Estado Social en el marco de la desregulación sociolaboral imprimida por las políticas neoliberales necesita y exige la instauración de la forma política de “Estado penal” o Estado de seguridad. Véase WACQUANT, L.: Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social, Barcelona, Ed. Gedisa, 2010. Para su proyección en las políticas migratorias, puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras”, en Revista de derecho migratorio y extranjería, n.º. 34 (2013), págs. 11-67.; Íd.: Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, págs. 551 y sigs. (“La criminalización de los débiles. El advenimiento del “Estado penal” o “Estado de seguridad” y las políticas migratorias represivas.

seguimiento, 1998, y la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008 (Véase el Preámbulo de la Recomendación OIT, núm. 204, sobre la transición de la economía informal a la economía formal, adoptada por la Conferencia en su 104.a reunión, el 12 de junio de 2015 en Ginebra). El objetivo de Recomendación OIT, núm. 204 es facilitar a los miembros de la OIT orientaciones para: *a)* facilitar la transición de los trabajadores y las unidades económicas desde la economía informal a la economía formal, respetando los derechos fundamentales de los trabajadores y garantizando oportunidades de seguridad de los ingresos, medios de sustento y emprendimiento; *b)* promover la creación, preservación y sustentabilidad de empresas y de empleos decentes en la economía formal, así como la coherencia de las políticas macroeconómicas, de empleo, de protección social y otras políticas sociales, y, en fin, *c)* prevenir la informalización de los empleos de la economía formal. Y hacerlo, entre otros “principios rectores”, mediante el logro del trabajo decente para todos, a través del respeto de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, en la legislación y en la práctica; y asimismo materializándolos jurídicamente en normas internacionales del trabajo actualizadas que proporcionan orientaciones en ámbitos de políticas específicos (la promoción de estrategias de desarrollo sostenible, erradicación de la pobreza y crecimiento inclusivo, y la generación de empleos decentes en la economía formal; el establecimiento de pisos de protección social, cuando no existan³⁰, y la extensión de la cobertura de la Seguridad Social, etcétera).

³⁰ OIT: Pisos de protección social para la justicia social y una globalización equitativa, Cuarto punto del orden del día Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, OT, 2011. En este Documento se indica que: El Convenio núm. 102 no requiere la cobertura universal, ni tampoco un conjunto completo de prestaciones de seguridad social esenciales (es decir, pisos de protección social nacionales) para garantizar una protección básica a lo largo de todo el ciclo de vida. Tampoco ofrece a los países orientaciones para establecer un orden de prioridad y una secuencia de las prestaciones que han de otorgarse, que tengan en cuenta las necesidades más urgentes en materia de protección y los recursos disponibles en el país (Punto 38). En vista de que las normas actualizadas de la OIT relativas a la seguridad social ofrecen posibilidades limitadas de lograr que el derecho a la seguridad social se convierta en una realidad para todos, se necesita una nueva recomendación. Debería elaborarse con el fin de hacer efectivo, en la legislación y en la práctica, el principio de la plena cobertura de la seguridad social para todos aquellos que necesiten esa protección, tan pronto como sea posible. Más importante aún, el objetivo sería, en primer lugar, proteger a aquellos que en la actualidad están desprotegidos, los pobres y los más vulnerables, incluidas las personas que trabajan en el sector informal de la economía y sus familias, a fin de asegurarse de que reciben efectivamente prestaciones de seguridad social esenciales a lo largo del ciclo de vida. El instrumento también debería respaldar una estrategia de desarrollo moderna basada en la búsqueda simultánea del desarrollo económico y social a través de la reducción de la pobreza, la desigualdad y la enfermedad, y ayudar a los Estados Miembros de la OIT a organizar, lo más rápidamente posible, la seguridad social básica para todos aquellos que la necesitan, a fin de suprimir los déficit de cobertura que aún persisten (punto 39). Se realza aquí la íntima vinculación entre los niveles de desarrollo económico y los movimientos migratorios y que un enfoque global de las migraciones no puede nunca desconocer. Véase la Recomendación, núm. 202), relativa a los pisos nacionales de protección social (adoptada en Adopción: Ginebra, 101ª reunión CIT (14 junio 2012) y el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, aprobado por el Consejo Europeo de 15 de octubre de 2008, Documento núm. 131/189/08 ASIM 68 (Véase también Comunicación de la Comisión, sobre el Método de seguimiento para supervisar la aplicación del Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, Bruselas, 10.6.2009

(1º) La política europea de retorno se inscribe en la lucha contra la inmigración irregular. Este es el enfoque que preside la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, la cual pretende facilitar el retorno voluntario de los inmigrantes y llegado el caso, la expulsión forzosa de los inmigrantes irregulares sino se produce el retorno voluntario. Subyace esa idea matriz de la expulsión forzosa de las personas migrantes por encima de la retórica del retorno voluntario alentado o incentivado por los poderes públicos.

De ahí el sentido político jurídico deducible de las normas que se han venido dictando desde la Decisión nº 575/2007/CE de 23 de mayo de 2007, que creo el Fondo Europeo para el Retorno para el periodo 2008-2013³¹. Se trata, en el fondo, de normas de alentamiento público del retorno de las personas migrantes hacia los países afectados por los desplazamientos migratorios, pero desde una perspectiva instrumental ignorando en lo principal la perspectiva de los derechos, esto es, del retorno como derecho subjetivo social de la persona migrante.

Para los ciudadanos europeos se parte del derecho de libre circulación de trabajadores como derecho matriz que comprende dentro de su contenido esencial un haz de derechos entre los que se incluye el derecho a la Seguridad Social no en el sentido de armonización (que

COM(2009) 266 final). En el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo se alcanzó cinco compromisos básicos, que continuaron desarrollándose y traduciéndose en medidas concretas, a saber: – organizar la inmigración legal teniendo en cuenta las prioridades, las necesidades y la capacidad de acogida determinadas por cada Estado miembro, y favorecer la integración; – combatir la inmigración irregular, garantizando, entre otras cosas, el retorno a su país de origen o a un país de tránsito de los extranjeros en situación irregular; – fortalecer la eficacia de los controles en las fronteras; – construir una Europa de asilo; – crear una colaboración global con los países de origen y de tránsito que favorezca las sinergias entre la migración y el desarrollo.

³¹ Véase GALLEGO LOSADA, R.: “La inmigración de retorno desde España. ¿Una respuesta a la crisis? Análisis jurídico y económico”, en Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 105 (2013), págs. 95 y sigs., en particular págs. 100-101. De referencia, los ensayos de CHARRO BAENA, P.: “El retorno voluntario de extranjeros extracomunitarios: Configuración general y medidas adoptadas en el contexto de crisis económica: La capitalización del desempleo”, en Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 105 (2013), págs. 69 y sigs.; CHARRO BAENA, P. y BENLLOCH SANZ, P. (Dir. Coord.): La política migratoria en materia de retorno de extranjeros extracomunitarios. Migración y retorno. Aproximación conceptual e histórica, Murcia, Ed. Laborum, 2013, donde Charro Baena distingue diversos tipos de retorno: retorno ordinario y voluntario, retorno asistido, retorno incentivo y el retorno en el marco de los programas de migración temporal y circular; y, por otra parte, apunta a que uno de los motivos del fracaso de las políticas de retorno es que, tanto desde los países de acogida o adopción como desde los de origen, no contemplan el retorno desde su configuración de derecho fundamental. En los países de acogida, el retorno se visualiza como un fenómeno que coadyuva a paliar las dramáticas cuotas de desempleo. Desde los países de origen, se insta la reinserción económica y productiva del retornado y su familia; al retornado en situación de vulnerabilidad tan solo se le brindan, en términos generales, ayudas y atención de emergencia. Ambas están abocadas al fracaso porque contempla al retornado como protagonista único de su propio desarrollo; de ahí que proliferen los programas o medidas que promueven el retorno productivo (págs.15-34). Para la problemática de la “devolución” de los extranjeros, véase las atinadas observaciones hechos por DE LA VILLA GIL, L.: “La devolución de los extranjeros y la prohibición de entrada en España a tenor de la legislación orgánica y de la doctrina del Tribunal Constitucional”, en Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 105 (2013), en Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 105 (2013), págs. 313 y sigs.

actualmente no está disponible en esta materia), sino en el sentido de la coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social. Las instituciones de la UE desde los Reglamentos de coordinación que se aprobaron en 1971 y 1972 consideran que la coordinación de los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros de la UE es estrictamente necesaria para apoyar la libre circulación de personas en el espacio territorial de la Unión. Se ha producido una modernización de todo el sistema legislativo a partir del Reglamento (CE) nº 883/2004. Pero, por el momento, se ha rehusado establecer normas mínimas sustantivas armonizadoras o de aproximación de las legislaciones nacionales en materia de prestaciones. Pese a que cada vez resulta más problemática la inexistencia de una ordenación de normas mínimas europeas que vaya más allá de la simple coordinación entre legislaciones nacionales muy diferentes. Baste pensar, por ejemplo en los arduos problemas que están planteándose respecto al desempleo. De ahí que actualmente se esté debatiendo seriamente sobre la posibilidad de establecer una Directiva sobre prestación comunitaria de desempleo (A la par que sobre la posibilidad de instaurar una renta mínima garantizada europea como prestación de Seguridad Social Asistencial).

Los conflictos que se suscitan al respecto son cada vez más abundantes (Por ejemplo, STJUE de 5 de febrero de 2015, asunto C-655/13, sobre los problemas planteados por los trabajadores fronterizos en paro total o parcial y la materialización de su derecho a que se le concedan determinadas prestaciones de desempleo). Prueba de ello son las iniciativas en curso (y todo hay que decirlo, de deseable instauración más allá de los problemas que presenta su materialización jurídica en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea) sobre la creación de una prestación comunitaria de desempleo para todos los países miembros de la Unión. Una propuesta de establecer un “Seguro de desempleo básico europeo” (Estabilizadores Automáticos). El esquema europeo abarcaría parcialmente el desempleo cíclico a través de una prestación básica; los Estados Miembros podrían completar o no, o extender el seguro de acuerdo con sus circunstancias nacionales. Esta prestación básica representaría una red de seguridad europea para los Estados miembros³². No es irrelevante que distintos partidos

³² En el Consejo EPSCO informal de julio de 2014 se celebró un Taller, dentro del marco del Plenario de Objetivos de Pobreza y Revisión de Estrategia 2020, sobre: Estabilizadores automáticos para la UME: ¿Hacia un sistema común de prestaciones por desempleo? Entre las principales opciones manejadas hasta la fecha sobre estabilizadores fiscales automáticos a nivel de la Unión Monetaria se ha barajado una tercer opción consistente en disponer un seguro de desempleo básico a nivel europeo potencialmente siempre abierto. Se parte de la premisa de que el desempleo alcanza niveles insostenibles, existe una desigualdad creciente, y podría ser útil una estrategia que cree en la Unión Europea un mecanismo de seguro frente al riesgo de un desempleo excesivo. Los sistemas en cada Estado miembro son muy diferentes (y difíciles de armonizar), tener estabilizadores automáticos a nivel europeo podría contribuir a reducir los shocks existentes. Un sistema europeo de seguro de

políticos, en nuestro país, hayan asumido en sus programas iniciativas para una Europa Social que, entre otras cosas, establezca un “seguro europeo de desempleo que complemente los sistemas nacionales” de protección por desempleo para hacer frente a las consecuencias de la alta tasa de paro cíclico en la Unión, especialmente en países de la Europa del Sur (incluida España)³³.

El sistema de coordinación comunitaria encuentra su fundamento jurídico en los artículos 48, 153, 156 y 352 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), y en el principio básico del que se parte es el de la eliminación de los obstáculos a la libre circulación de personas entre los Estados miembros. Con esta finalidad instrumental, se adoptan medidas en materia de Seguridad Social que impidan o eviten que los ciudadanos de la UE (o asimilados a ellos) que trabajen y residan en un Estado miembro distinto al suyo de origen pierdan una parte o la totalidad de sus derechos de Seguridad Social. Perspectiva, la adoptada, ciertamente instrumental.

En el año 2004 se aprobó el Reglamento de coordinación (Reglamento (CE) nº 883/2004) para sustituir y ampliar el Reglamento (CEE) nº 1408/71, el cual sería completado para su ejecución con el Reglamento de aplicación (Reglamento (CE) nº 987/2009).

El sistema comunitario de coordinación parte de una premisa y se basa en cuatro principios fundamentales del sistema comunitario de coordinación. En cuanto a la premisa: No existe un sistema europeo común o único de Seguridad Social aplicable a todos los Estados miembros de la UE. En este sentido se trata de una materia sustantiva de la rama social del Derecho “nacionalizada”. Cada Estado miembro continúa siendo libre para diseñar su modelo y sistema de Seguridad Social de forma independiente, y en relación con el principio de libre circulación de personas y trabajadores el Reglamento de coordinación sirve

desempleo puede ser una herramienta clave que responda a los shocks existentes. Un sistema de seguro supranacional permitiría mitigar los shocks que se provocan en otros países. Los Estados miembros podrían compartir una parte de los costes del seguro comunitario. Iría vinculado al desempleo cíclico no a deficiencias estructurales del mercado laboral. Sería una forma de compartir los riesgos financieros de crisis cíclicas. Habría que mejorar los servicios públicos de empleo y las políticas activas de mercado de trabajo. Es un mecanismo mejor que un instrumento fiscal discrecional. El camino, se afirma, no va ser fácil pero es una buena iniciativa y es importante iniciar un debate sobre la introducción de estabilizadores automáticos comunes, como una prestación de desempleo a nivel europeo. Es una apuesta de política fuerte de la Comisión Europea (está en el Programa Juncker). Se es consciente de las dificultades para su implantación (exigiría, señaladamente, una cierta armonización de legislaciones nacionales), pero actualmente se está estudiando y debatiendo sobre este asunto. Agradezco sinceramente a Carlos García de Cortázar la valiosa información y documentación que me ha proporcionado sobre esta materia que él mismo expondrá en su ponencia para este Congreso de la Aesss.

³³Es el caso del Partido Socialista Obrero Español y del Partido Socialista Francés al frente del Gobierno. A la par que se formula la propuesta y el establecimiento de un “salario mínimo europeo”. También defiende una renta mínima de inserción (a largo plazo una renta básica universal) las agrupaciones políticas de Podemos e Izquierda Unida. Ojo: Todo este párrafo viene de mi Ponencia General sobre el Desempleo.

para determinar en qué sistema nacional ha de estar asegurado o protegido un ciudadano de la UE en caso de tratarse de dos o más países. En general, la prestación de la cobertura de Seguridad Social corresponde al país de empleo o, en ausencia de empleo, al país de residencia. De este modo, el Reglamento de coordinación sustituyó ya originariamente (con el Reglamento (CEE) nº 1408/71) a todos los acuerdos preexistentes en materia de Seguridad Social entre Estados miembros que abarcaban el mismo ámbito. Por tanto, el sistema comunitario de coordinación de los sistemas nacionales tiene una típica *finalidad instrumental*, pues pretende garantizar y facilitar la libre circulación de trabajadores en los desplazamientos entre distintos países con diversos sistemas nacionales de Seguridad Social.

Como es sabido, el Reglamento de coordinación se basa en los cuatro principios fundamentales siguientes:

1º. *Igualdad de trato*. Los trabajadores por cuenta ajena o propia de otros Estados miembros de la UE deben tener los mismos derechos que los ciudadanos del país de acogida. Para cumplir el principio de igualdad de trato deben darse tres condiciones: equivalencia de hechos, totalización de períodos y conservación de derechos. No se trata, pues, de un principio de igualdad de trato incondicionado. El principio de totalización de los períodos cotizados significa que el Estado miembro competente, en el momento de decidir si un trabajador cumple los requisitos establecidos en relación a la duración del período de seguro o de empleo, debe tener en cuenta los períodos de seguro y de empleo completados de acuerdo con la legislación aplicable de otro Estado miembro.

El principio de igualdad de trato es el núcleo de la coordinación comunitaria de los Sistemas de Seguridad Social y supera cualitativamente los criterios de reciprocidad típicos de los convenios internacionales de carácter bilateral. Se trata de garantizar a la persona migrante el mismo trato que el que reciben los nacionales del territorio en que se trabaja, concediéndosele los mismos derechos y deberes, y prohibiendo toda clase de discriminación por razón de la nacionalidad, tanto con carácter directo como indirecto. Sin embargo, debe precisarse que en muchos aspectos ese principio acaba teniendo una amplia dosis de formalismo jurídico, toda vez que en la práctica no ha permitido la eliminación de las discriminaciones y desigualdades de trato injustificables que sufren las personas migrantes³⁴.

³⁴ ARRIETA IDIAKEZ, F.J. (Coord.): La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2014, pág. 186., con apoyo en CARRASCOSA BERMEJO, 2004, pág. 84.

2°. *Totalización de periodos de seguro en el espacio europeo.* Este principio es aplicable, paradigmáticamente, en los casos en que la legislación nacional exija que un trabajador haya estado asegurado o empleado durante un periodo determinado antes de tener derecho a determinadas prestaciones. El principio de totalización de los periodos cotizados significa que el Estado miembro competente, a la hora de decidir si un trabajador cumple los requisitos establecidos con respecto a la duración del período de seguro o de empleo, debe tener en cuenta los períodos de seguro y de empleo completados de acuerdo con la legislación de otro Estado miembro. A través de este principio de asimilación se pretende proteger al trabajador migrante mediante la equiparando de las situaciones o hechos análogos que se hayan producido en el marco de un Sistema legal diverso, creándose de este modo la ficción jurídica de que todos ellos se produjeran en el territorio del Estado cuya legislación nacional de Seguridad Social resulta de aplicación. A tal fin, se instauran los instrumentos de la totalización de periodos y la cláusula *prorrata temporis*.

La totalización es una técnica jurídica de asimilación que tiene la finalidad evitar la pérdida de los derechos adquiridos (consolidados) o en curso de adquisición en otro país por el trabajador migrante. Se contabilizan, así, los períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia, o de residencia como si los mismos se hubieran cumplido con base en el Sistema cuya legislación se está aplicando. Sin embargo, es preciso entender que el Derecho interno bajo el cual fueron cubiertos dichos periodos es el único que tiene atribuida la competencia para definirlos, admitirlos y acreditarlos, impidiendo así que pueda ponerse en cuestión su naturaleza en el contexto de la legislación que los totaliza³⁵.

3°. *La acumulación de prestaciones.* Con este principio se intenta evitar que una persona pueda obtener ventajas indebidas por ejercer el derecho a la libre circulación. El hecho de cotizar a los sistemas de Seguridad Social obligatorios en dos o más Estados miembros durante el mismo periodo de seguro *no* da derecho a percibir varias prestaciones del mismo tipo. La finalidad de este principio reside en evitar la acumulación de prestaciones cuando éstas tienen la misma naturaleza y hacen referencia al mismo período de seguro obligatorio. Aunque el Reglamento no concreta lo que ha de considerarse por prestaciones de la misma naturaleza, la jurisprudencia del TJUE ha interpretado que ha de entenderse que las

³⁵Véase ARRIETA IDIAKEZ, F.J. : “La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea”, en *La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-E. Aranzadi, 2014, pág. 187; CARRASCO BERMEJO, D.: “Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales”, en *VV.AA.: Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2012; *íd.*: *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 2004.

prestaciones de Seguridad Social son de la misma naturaleza cuando su objeto y finalidad, así como su base de cálculo y sus requisitos de concesión sean sustancialmente idénticos (SSTJUE de 11 de agosto de 1995, asunto Schmitz, C-98/94; de 12 de febrero de 1998, asunto Cordelle, C-366/96; y de 28 de mayo de 2014, asunto Wiering, C-347/12). Atendiendo a esta hermenéutica interpretativa, a *sensu contrario*, debe considerarse que sí procedería la acumulación de prestaciones en el caso de que tengan diversa naturaleza o hagan referencia a períodos de seguro diferentes.

4°. *Exportabilidad de las prestaciones*. Este principio significa que las prestaciones de Seguridad Social pueden percibirse en todo el territorio de la UE y prohíbe que los Estados reserven el pago de prestaciones a las personas que residan en ellos; sin embargo, no se aplica a todas las prestaciones de Seguridad Social. Paradigmáticamente, existen normas especiales en caso de desempleo. Este principio de exportación de las prestaciones implica que se eliminan las cláusulas de residencia relativas a las prestaciones en metálico, evitando así que el cambio de residencia de la persona beneficiaria a otro Estado miembro suponga la reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación de la cuantía de la prestación que le haya sido reconocida. Por tanto, el trabajador conserva sus derechos a pesar del cambio de residencia. Sin embargo, es necesario subrayar que el Reglamento 883/2004 solo hace mención a las prestaciones económicas, sin tomar en consideración las que puedan satisfacerse en especie. En efecto, cuando se trate de una prestación en metálico se actuará en virtud del principio de colaboración administrativa, siendo el país de residencia el que abonará tal prestación pública. Ahora bien, en el caso de las prestaciones en especie resulta difícil que de forma directa las realice efectivamente Estado competente, por lo que en la práctica se suele aplicar la legislación correspondiente del Estado de residencia³⁶.

El sistema de coordinación comunitaria afecta a las prestaciones esenciales de la Seguridad Social (prestaciones de enfermedad, de maternidad y de paternidad asimiladas; prestaciones de vejez, de supervivencia y de invalidez; prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional; subsidios de defunción; prestaciones de prejubilación; prestaciones de desempleo; prestaciones familiares; y prestaciones pecuniarias especiales no contributivas, no exportables en virtud del art. 70 del Reglamento de coordinación).

Ahora bien: existe una peligrosa tendencia hacia la devaluación del derecho de libre circulación y residencia en el ámbito de la UE para quienes carecen de trabajo, al admitirse la

³⁶ ARRIETA IDIAKEZ, F.J.: “La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea”, cit., págs. 188-189.

exclusión de nacionales de un Estado miembro sin actividad económica que residan en el territorio de otro Estado miembro de las prestaciones especiales en metálico *no* contributivas en virtud del Reglamento (CE) nº. 883/2004 (Esa doctrina, en STJUE de 11 de noviembre de 2014, Asunto C-333/13).

4 EL DERECHO DE ASILO EN EL DERECHO COMUNITARIO Y EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. LOS DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL COMO ELEMENTOS INTEGRANTES DEL ESTATUTO JURÍDICO PROTECTOR DE LAS PERSONAS ASILADAS

En la coyuntura actual, como aquí se viene indicando, no sólo resulta relevante el “inmigrante económico”, sino también la “condición de asilado”. El derecho de asilo tuvo una implantación tardía tanto en el Derecho internacional (Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951)³⁷ y en el Derecho Europeo (ni siquiera lo recogió la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, del Consejo de Europa; y se ha tenido que esperar al art. 18 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). El objetivo de crear un sistema común europeo de asilo es un objetivo ambicioso y nada fácil cristalización. Aunque deslindados el binomio entre inmigración (sobre todo la considerada “irregular”) y asilo determina una actitud de recelo en varios de los Estados occidentales, porque la necesidad de asilo ya no surge de una situación extraordinaria sino como una consecuencia permanentemente activa, resultado de un sistema global profundamente desigual. Dicha situación conduce a configurar un derecho de asilo de dos velocidades: una jurídica, sofisticada y minoritaria, de los Estados occidentales preocupados principalmente por la gestión de los flujos migratorios, y otra política, masiva y minoritaria, la de los Estados del “Sur”, desbordada por los movimientos transnacionales y difíciles de controlar, los denominados flujos masivos de refugiados. Éstos constituyen el problema central de las crisis humanitarias actuales, sin embargo no parece que sean los destinatarios del Derecho Internacional de los Refugiados, creándose, así, una situación paradójica. Ciertamente, constituye uno de los grandes retos de la UE lograr que las políticas de control de inmigrantes no cuestionen la garantía fundamental del derecho de asilo a las personas que tengan la

³⁷ El art. 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, establece que “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”.

condición de refugiados conforme a las normas de Derecho Internacional³⁸. Con arreglo al art. 18 (“Derecho de asilo”) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE): “Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”. La coyuntura política actual (unido al hecho innegable de la vinculación “política” entre asilo e inmigración irregular en la práctica política) han determinado una creciente “comunitarización” de la política y del derecho de asilo y su ejercicio efectivo dentro del espacio comunitario. En el Protocolo Adicional a la Convención de 1951, adoptado en 1967, se incluyen entre los derechos a los que los refugiados pueden acceder al mismo nivel que los nacionales del Estado de acogida, los “derechos y prestaciones laborales y *sociales*” (lo que, es obvio, incluye los derechos y prestaciones de Seguridad Social) (art. 24).

Cabe señalar que se ha desarrollado una política europea de asilo que arranca con el Tratado de Ámsterdam de 1997, y que ello ha producido un extenso elenco de normas comunitarias que han sido incorporadas al ordenamiento jurídico interno mediante los oportunos cambios legislativos que, en algunos casos, son de gran entidad. El Tratado de Ámsterdam configuró una competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados miembros en las cuestiones del derecho de asilo. Esta competencia ha sido refrendada en el Tratado de Lisboa, lo que posibilita el desarrollo normativo común e integral. A ello se añade el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, refrendado por el Consejo Europeo en el año 2008. En todo caso, una política común de asilo se enfrenta a un dilema trágico: o hacer una interpretación amplia de la Convención de Ginebra de 1951 en el sentido más favorable a la garantía de los derechos humanos; o, al contrario, realizar una interpretación restrictiva como “punto de encuentro” reduccionista de los intereses en contraste en el seno de la UE.

En la dirección de la integración a través de los derechos de los refugiados, se sitúa la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar. El objetivo de la esta Directiva es fijar las condiciones en las cuales se ejerce el derecho a la reagrupación familiar de que disponen los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros (art. 1). Se entiende por (a) *nacional de un tercer país*, cualquier persona que no sea ciudadana de la Unión; y por (b) *refugiado*, cualquier nacional de un tercer país o apátrida que goce de un estatuto de refugiado en los

³⁸ Véase JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C.: “Derecho de asilo”, en VV.AA.: La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2012, pág. 417 y bibliografía citada pág. 430.

términos de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967 (art. 2). La situación de los refugiados requiere una atención especial, debido a las razones que les obligaron a huir de su país y que les impiden llevar en el mismo una vida de familia. A este respecto, conviene prever condiciones más favorables para el ejercicio de su derecho a la reagrupación familiar. Mientras que para los nacionales de un tercer país sin más se imponen las facultades previstas en el art. 7 de la Directiva³⁹, respecto a los refugiados “los Estados miembros no exigirán al refugiado o a los miembros de su familia, respecto de las solicitudes relativas a los miembros de la familia mencionados en el apartado 1 del art. 4, que presente la prueba de que el refugiado cumple los requisitos establecidos en el art. 7”, aunque “los Estados miembros podrán exigir que el refugiado reúna los requisitos mencionados en el apartado 1 del art. 7 cuando la solicitud de reagrupación familiar no se haya presentado en el plazo de tres meses a partir de la concesión del estatuto de refugiado”.

La normativa internacional general y europea *asocia ex lege* la condición de refugiado a la atribución de un estatuto de derechos en gran medida dependiente de la decisión soberana de los Estados, los cuales deciden si conceden o no asilo a los extranjeros que lo solicitan y las condiciones concretas en virtud de las cuales se les otorga la protección, salvo con la excepción del derecho a no ser devuelto a un país donde la vida o la integridad del refugiado corran peligros, éste sólo podrá disfrutar si el estado decide otorgarle protección de no ser así, el refugiado se verá obligado a solicitar asilo en otro Estado. Se trata, como es sabido, del fenómeno del refugio “en órbita”. Este fenómeno, la denominada “crisis del asilo” y el hecho de que los Estados miembros de la UE con legislaciones más favorables al respecto terminasen concentrando gran parte de las peticiones de asilo, mueven a los países europeos a buscar soluciones comunes mediante la regulación jurídica e institucional común del asilo (Art. I.A.2) de la Convención sobre el estatuto de los refugiados (adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951)⁴⁰. Nuestra constitución reconoce el derecho de asilo por remisión a la

³⁹ Artículo 7. 1. “Al presentarse la solicitud de reagrupación familiar, el Estado miembro de que se trate podrá requerir al solicitante que aporte la prueba de que el reagrupante dispone de: a) una vivienda considerada normal para una familia de tamaño comparable en la misma región y que cumpla las normas generales de seguridad y salubridad vigentes en el Estado miembro de que se trate; b) un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos normalmente asegurados para los propios nacionales en el Estado miembro de que se trate, para sí mismo y los miembros de su familia; c) recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia, sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro de que se trate. Los Estados miembros evaluarán dichos recursos en función de su naturaleza y de su regularidad y podrán tener en cuenta la cuantía de los salarios y las pensiones mínimos, así como el número de miembros de la familia”.

⁴⁰Véase PÉREZ GONZÁLEZ, C.: “La inmigración y el asilo en la UE”, en Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales, Palomar Olmeda, A. (Coord.), Cizur Menor (Navarra), Thomson

normativa internacional (art. 13.4 CE). El art. 13.4 CE garantiza el derecho de asilo indicando que “la ley establecerá *los términos* en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”. Éste derecho de asilo no queda desconstitucionalizado, sino que se remite en las condiciones de ejercicio a la ley infraconstitucional de desarrollo de las previsiones constitucionales.

Dentro de los fenómenos migratorios esta problemática de los refugiados ha tenido por razones obvias un tratamiento especial. Teniendo en cuenta que el derecho de asilo es una de las vertientes más relevantes y problemáticas de la política migratoria. Así la Directiva 2011/95/UE, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición)⁴¹. Se parte de que una *política común* en el ámbito del asilo, incluido un sistema europeo común de asilo, es uno de los elementos constitutivos del objetivo de la Unión Europea de establecer progresivamente un espacio de libertad, seguridad y justicia abierto a los que, impulsados por las circunstancias, busquen legítimamente protección en la Unión (véase Exposición de Motivos). El objetivo de la Directiva es el establecimiento de normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (art. 1). Adviértase que una de las condiciones para el reconocimiento del estatuto de refugiado en el sentido del art. 1, Sección A, de la Convención de Ginebra, es la existencia de un *nexo causal* entre los motivos de persecución, a saber, raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a un determinado grupo social y los actos de persecución o la ausencia de protección contra tales actos. En el contenido del Estatuto protector de los refugiados y asimilados se garantizan expresamente los derechos de Seguridad Social. Así, conforme al art. 26.4 de la Directiva a las personas beneficiarias de la protección internacional “se les aplicará la legislación nacional en materia de remuneración, *acceso a los sistemas de Seguridad Social* correspondientes a las actividades por cuenta propia o ajena y otras condiciones de trabajo”.

Reuters-Ed. Aranzadi, 3ª ed., 2007, pág. 90, y en la misma obra colectiva, PALOMAR OLMEDA, A.: “El derecho de asilo”, págs. 607 sigs.

⁴¹ La Directiva 2013/32/UE, establece los procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional. Por su parte, la Directiva 2013/33/UE, de 26 de junio, regula las condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional.

Igualmente con arreglo al art. 29 de la Directiva (“*Protección social*”), los Estados miembros velarán por que los beneficiarios de protección internacional reciban, en el Estado miembro que les haya concedido tal protección, la *asistencia social necesaria*, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado miembro. No obstante lo dispuesto en esta norma general, los Estados miembros podrán limitar la asistencia social concedida a los beneficiarios del estatuto de protección subsidiaria a las prestaciones básicas, que, en dicho caso, se ofrecerán en el mismo nivel y según los mismos requisitos que a sus propios nacionales. En materia específica de asistencia sanitaria se establece que los Estados miembros velarán por que los beneficiarios de protección internacional tengan acceso a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los nacionales del Estado miembro que les haya concedido tal protección (art. 30.1 de la Directiva). Los países miembros prestarán la asistencia sanitaria adecuada incluido, si fuera necesario, el tratamiento de los trastornos psíquicos, a los beneficiarios de protección internacional que tengan necesidades especiales, como las mujeres embarazadas, las personas discapacitadas, las personas que hayan sufrido tortura, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual o los menores que hayan sido víctimas de cualquier forma de maltrato, negligencia, explotación, tortura, trato cruel, inhumano o degradante o de conflictos armados, en las mismas condiciones que rigen para los nacionales del Estado miembro que les haya concedido la protección (art. 30.2 de la Directiva). Como se indica en el Preámbulo de la Directiva, se trata de prevenir las penalidades sociales, procede disponer en el ámbito de la protección social, para los beneficiarios de protección internacional, la concesión no discriminatoria de las prestaciones sociales y los medios de subsistencia adecuados. Respecto a la asistencia social, se deben determinar en virtud del Derecho interno las modalidades y los detalles en lo tocante a la concesión de las prestaciones básicas a los beneficiarios del estatuto de protección subsidiaria. La posibilidad de limitar dicha asistencia a las prestaciones básicas debe entenderse en el sentido de que este concepto comprende al menos el apoyo para unos ingresos mínimos, la asistencia en caso de enfermedad y embarazo y la asistencia parental, en la medida en que dichas prestaciones se concedan a los nacionales en virtud del Derecho interno.

Ahora bien, existe aquí una separación entre la teoría y la práctica, porque en la actualidad la “crisis de los refugiados” se está saldando con una inaplicación sistemática de la política común de Asilo –todavía incompleta- por parte de los Estados miembros ante la indecisión e inoperancia de las instituciones políticas de la UE, pese al incumplimiento de la normativa internacional y de la misma normativa comunitaria. Y recuérdese que en el plano

del Derecho internacional público se dispone de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951, completada por el Protocolo de Nueva York, de 31 de enero de 1967, afirmando el Principio de no devolución y garantizando que ninguna persona sea repatriada a un país en el que sufra persecución. Precisamente, la Convención de Ginebra y el Protocolo constituyen la piedra angular del régimen jurídico internacional de protección de los refugiados. La construcción del sistema europeo común de Asilo se basa en ese estándar internacional. También hay que tener en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989 (Véase el mismo Preámbulo de la Directiva 2011/95/UE, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida).

El asilo ha permitido que nacionales de un país que se hallan en peligro o persecución injustificada reciban la protección necesaria y políticas de integración del Estado de acogida. Se trata de que el Estado proteja a los extranjeros perseguidos en otros Estados y cuya vida o libertad se encuentren efectivamente en peligro⁴². Este ha sido uno de los objetivos impulsados después de la segunda guerra mundial por la Convención del Estatuto del Refugiado de 28 de junio de 1951 (completada por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 31 de enero de 1967). Ahora bien, en dicha Convención el asilo se configura como un derecho fuertemente condicionado por el principio de soberanía nacional sobre el propio territorio del Estado de acogida. En nuestro texto constitucional se establece que “la ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España” (art. 13.4 CE; que ha vincularse necesariamente con el canon hermenéutico establecido en el art. 10.2 de la misma Carta Magna⁴³). Es una garantía débil porque el derecho de asilo es remitido a los términos establecidos por el legislador, el cual goza de un relativo margen de discrecionalidad. Eso sí respetando el marco general de las normas internacionales generales y comunitarias. Y es de significar que en el marco de la

⁴² Véase, por ejemplo, SSTS de 24 de junio de 2013, Rec.4441/2012, y 4 de julio de 2013, Rec. 434/2012; SAN de 25 de julio de 2013, Rec. 226/2012, SAN de 25 de julio de 2013, Rec. 411/2012, recogidas en “Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, núm. 34 (2103).

⁴³ Incluido el art. 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, a cuyo tenor: “1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. 2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”.

Unión Europea se ha pretendido construir un Sistema Europeo de Asilo, como elemento del sistema de valores que deberían regir el espacio geopolítico europeo.

Los migrantes refugiados solicitantes de asilo se convierten en nómadas forzosos en la práctica política, aunque pretenden establecerse y ser acogidos en el Estado al cual emigran como tales. Los refugiados y solicitantes de asilo de la coyuntura actual son equiparables a los desplazamientos masivos que dieron lugar a la aprobación de la “Convención sobre el Estatuto de los Refugiados” en el marco de la ONU en 1951. Los Estados son, en principio, libres de aceptar discrecionalmente el reconocimiento del asilo como espacio decisorio que forma parte de la soberanía interna que ostenta, pero están obligados jurídicamente a respetar el principio fundamental de no devolución. Este principio de no devolución de una persona a su país de origen donde se halla en peligro es uno de los pilares del Estatuto protector (los Estados receptores de la solicitud pueden conceder o no el asilo con carácter discrecional a un extranjero que pide su amparo, y sin embargo no pueden devolverlo al Estado en el que sufre persecución *ex art.* 33 del Convenio de Ginebra de 1951, que como parte del estatuto mínimo protector de la persona refugiada garantiza el principio de no devolución o de no expulsión del refugiado)⁴⁴, pero cada vez más se transgrede por los países receptores no sin cierta impunidad. El extranjero refugiado busca asilo en un Estado de acogida que respeta sus valores y no va a encontrarse perseguido por sus ideas o condición con peligro normal para su vida o integridad física.

Pero el gran déficit de la normativa internacional es que no existe un derecho subjetivo del extranjero que busca asilo a obtenerlo en el país de posible acogida. El estatuto del refugiado no le atribuye un derecho subjetivo perfecto a que se le otorgue asilo a pesar de que pueda estar en peligro su vida, integridad física y sus derechos y libertades fundamentales (véase Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de 1967; y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, creado por la Asamblea General de la ONU, en virtud de la Resolución 319 (IV), de 3 de diciembre de 1949)⁴⁵. En la Unión Europea el marco

⁴⁴ Puede consultarse DEL VALLE GÁLVEZ, A.: “Asilo y refugio en la Unión Europea: evolución y tendencias”, en VV.AA.: La Unión Europea ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia, vol. II, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2009, pág. 1313; SANTOLAYA MACHETTI, P.: El derecho de asilo en la Constitución española, Valladolid, Lex Nova, 2001; GORTÁZAR TOTAECHE, C.: Derecho de asilo y no rechazo del refugiado, Madrid, Ed. Dykinson, 1997; SARDINA CÁMARA, P.: “Aspectos relevantes sobre la nueva Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria”, en Revista de Derecho migratorio y extranjería, núm. 23 (2010); ORTEGA JIMÉNEZ, A. y ALARCÓN MORENO, J.: “Luces y sombras de la nueva Ley de Asilo”, en Iuris. Actualidad y práctica del Derecho, núm. 145 (2010).

⁴⁵ Nuestra vigente Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, se remite como es obligado a dicho estándar internacional. Así, el art. 2 define legalmente lo que se entiende

legislativo continúa siendo insuficiente, pese a los innegables avances que se han producido. Se dispone de la aludida Directiva 2011/95/UE, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de la protección internacional, a un estatuto uniforme para los *refugiados* o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, a la que se añade la Directiva 2013/32/UE, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional⁴⁶, Directiva 2013/33/UE, sobre normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, Reglamento 603/2013/UE, relativo a EURODAC, Reglamento 604/2013/UE, sobre determinación del Estado miembro responsable de examinar la solicitud (Dublín III)... Este conjunto normativo es el que regula la política europea de asilo. En el mismo se parte de la consideración de que una política común en el ámbito del asilo, que incluya un Sistema Europeo Común de Asilo, forma parte constitutiva del objetivo de la Unión Europea de

como derecho de asilo: “El derecho de asilo es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el art. 3 de esta Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967”. Por su parte, el Artículo 3 La condición de refugiado: “La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9”. Por último, el Artículo 4, define el derecho a la protección subsidiaria indicando que “El derecho a la protección subsidiaria es el dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley, y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de esta Ley”.

La condición de asilado y de sujeto protegido a través de la protección subsidiaria determina el otorgamiento de un estatuto jurídico-protector. Efectivamente, el art. 5 Derechos garantizados indica que con el asilo y la protección subsidiaria: “La protección concedida con el derecho de asilo y la protección subsidiaria consiste en la no devolución ni expulsión de las personas a quienes se les haya reconocido, así como en la adopción de las medidas contempladas en el artículo 36 de esta Ley y en las normas que lo desarrollen, en la normativa de la Unión Europea y en los Convenios internacionales ratificados por España”.

La Resolución de 12 de noviembre de 2015, de la Dirección General de Migraciones, hace pública las subvenciones y ayudas concedidas en el tercer trimestre de 2015 con destino a las áreas de asilo y refugio, inmigrantes vulnerables y para la atención sociosanitaria en los centros de estancia temporal de inmigrantes de Ceuta y Melilla; integración de inmigrantes y programas de retorno voluntario.

⁴⁶ Conforme a su art. 3, relativo al Ámbito de aplicación “1. La presente Directiva se aplicará a todas las solicitudes de protección internacional presentadas en el territorio, con inclusión de la frontera, en las aguas territoriales o en las zonas de tránsito de los Estados miembros, y a la retirada de la protección internacional. 2. La presente Directiva no se aplicará a las solicitudes de asilo diplomático o territorial presentadas en las representaciones de los Estados miembros. 3. Los Estados miembros podrán decidir aplicar la presente Directiva en los procedimientos relativos a cualquier tipo de solicitudes de protección que caigan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2011/95/UE”.

establecer progresivamente un espacio de libertad, seguridad y justicia abierto a los que, impulsados por las circunstancias, busquen legítimamente protección en la Unión. Una política de esta naturaleza debe regirse por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, también en el aspecto de los costes económico-financieros de la gestión.

De entre estas normas destacan, por afectar al núcleo de todo sistema de asilo, la Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida; la Directiva 2005/85/CE, del Consejo, de 1 de diciembre, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado; y el Capítulo V de la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho de reagrupación familiar relativo a los refugiados. De la naturaleza misma de las normas mínimas se desprende que los países miembros tienen competencia para introducir o mantener disposiciones más favorables para las personas de terceros países o apátridas que pidan protección internacional a un Estado miembro, siempre que tales normas sean compatibles con lo dispuesto en las Directivas comunitarias que con la presente Ley se transponen. La transposición de esta legislación de la Unión Europea implica la total acogida en nuestro ordenamiento de la denominada Primera Fase del Sistema Europeo Común de Asilo, tal y como se recoge en las Conclusiones de Tampere de 1999 y se ratifica en el Programa de La Haya de 2004, pues contiene las bases para la constitución de un completo régimen de protección internacional garante de los derechos fundamentales, partiendo de la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967, sobre el estatuto de los refugiados como piedra angular del régimen jurídico internacional de protección de las personas refugiadas. Se pretende establecer instrumentos que sirvan para una eficaz garantía de la protección internacional de las personas a quienes les es de aplicación y asimismo de reforzar sus instituciones: el derecho de asilo y la protección subsidiaria, en un marco de transparencia de las decisiones que se adoptan. (Véase la Exposición de Motivos de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, modificada en 2014)⁴⁷.

⁴⁷ Téngase en cuenta, la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición)

De acuerdo con lo previsto en el art. 13.4 CE, de la referida Ley, ésta tiene por objeto establecer los términos en que las personas nacionales de países no comunitarios y las apátridas podrán gozar en España de la protección internacional constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria, así como el contenido de dicha protección internacional. (Art. 1 Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria). El derecho de asilo es la protección dispensada a los nacionales *no* comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el art. 3 de la Ley 12/2009 y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967 (Art. 2. Derecho de asilo). En este sentido, la condición jurídica de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9 (Art. 3. Condición de Refugiado)⁴⁸.

Importan realzar que la protección concedida con el derecho de asilo y la protección subsidiaria consiste en la no devolución ni expulsión de las personas a quienes se les haya

(aplicable desde el 21 de diciembre de 2013). Igualmente, la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (refundición) (aplicable desde el 21 de julio de 2015). El Reglamento (CE) n° 2725/2000 del Consejo, de 11 de diciembre de 2000, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín. Por su parte, el Reglamento (UE) n° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n° 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia (refundición) (aplicable desde el 20 de julio de 2015).

⁴⁸ En el art. 4 (“La protección subsidiaria”), se regula la llamada protección subsidiaria, señalando que el derecho a la protección subsidiaria es el dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el art. 10 de la Ley reguladora, y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de esta Ley reguladora.

reconocido, así como en la adopción de las medidas contempladas en el artículo 36 de esta Ley y en las normas que lo desarrollen, en la normativa de la Unión Europea y en los Convenios internacionales ratificados por España (Art. 5. Derechos garantizados con el asilo y la protección subsidiaria). En lo relativo a los efectos jurídicos de la concesión del derecho de asilo o de protección subsidiaria, se establece en primer lugar que la concesión del derecho de asilo o de la protección subsidiaria implicará el reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración, así como en la normativa de la Unión Europea, y, en todo caso:

a) la protección contra la devolución en los términos establecidos en los tratados internacionales firmados por España;

b) el acceso a la información sobre los derechos y obligaciones relacionados con el contenido de la protección internacional concedida, en una lengua que le sea comprensible a la persona beneficiaria de dicha protección;

c) la autorización de residencia y trabajo permanente, en los términos que establece la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social;

d) la expedición de documentos de identidad y viaje a quienes les sea reconocida la condición de refugiado, y, cuando sea necesario, para quienes se beneficien de la protección subsidiaria;

e) el acceso a los servicios públicos de empleo;

f) el acceso a la educación, a la *asistencia sanitaria*, a la vivienda, a la *asistencia social* y *servicios sociales*, a los derechos reconocidos por la legislación aplicable a las personas víctimas de violencia de *género*, en su caso, a la *seguridad social* y a los programas de integración, en las mismas condiciones que los españoles;

g) el acceso, en las mismas condiciones que los españoles, a la formación continua u ocupacional y al trabajo en prácticas, así como a los procedimientos de reconocimiento de diplomas y certificados académicos y profesionales y otras pruebas de calificaciones oficiales expedidas en el extranjero;

h) la libertad de circulación;

i) el acceso a los programas de integración con carácter general o específico que se establezcan;

j) el acceso a los programas de ayuda al retorno voluntario que puedan establecerse;

k) el mantenimiento de la unidad familiar en los términos previstos en la Ley reguladora y acceso a los programas de apoyo que a tal efecto puedan establecerse.

En segundo lugar, se dispone que con el fin de facilitar la integración de las personas con estatuto de protección internacional, se establecerán (mandato imperativo) los programas necesarios, procurando la igualdad de oportunidades y la no discriminación en su acceso a los servicios generales.

Por otra parte, las personas con estatuto jurídico de protección internacional podrán seguir beneficiándose de todos o algunos de los programas o prestaciones de que hubieran disfrutado con anterioridad a la concesión del estatuto en aquellos casos en que circunstancias especiales así lo requieran, con sometimiento al régimen previsto para tales programas y prestaciones por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Por último, se prevé que en casos específicos, debido a dificultades sociales o económicas, las Administraciones Públicas podrán poner en marcha servicios complementarios a los sistemas públicos de acceso al empleo, a la vivienda y a los servicios educativos generales, así como servicios especializados de interpretación y traducción de documentos, ayudas permanentes para ancianos y personas con discapacidad y ayudas económicas de emergencia. (Art. 36. Efectos de la concesión del derecho de asilo o de protección subsidiaria).

En este sentido, los asilados o las personas a las que se reconozcan la protección subsidiaria gozan del principio de igualdad de trato con los nacionales y disfrutan de los *derechos de Seguridad Social* “en las mismas condiciones que los españoles”. En la legislación española se produce una equiparación entre el estatuto de los refugiados y el estatuto derivado de la “protección subsidiaria”.

En España la regulación básica de las migraciones se contiene específicamente en Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración, sucesivamente modificada, y en la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, sobre el Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior, que regula, pues, los derechos sociales de los emigrantes españoles.

La referida Ley 40/2006, de 14 de diciembre, considera que en cumplimiento del art. 42 CE, se hace preciso establecer una política integral de emigración y de retorno para salvaguardar los derechos económicos y sociales de los emigrantes, de los exiliados y de los descendientes de ambos, y para facilitar la integración social y laboral de los retornados. En la actualidad los movimientos migratorios, teniendo en cuenta, por un lado, el ejercicio del derecho a la libre circulación en el contexto de Unión Europea, y por otro, la globalización de

la economía, han alcanzado una dimensión y una significación distinta. En los países desarrollados, en los que el Estado satisface las necesidades básicas de su ciudadanía, el desplazamiento a otro país responde a motivaciones de distinta índole que persiguen ampliar las expectativas personales y profesionales o mejorar la calidad de vida, como es el caso de los funcionarios públicos y trabajadores al servicio de la Administración española en el exterior, los cooperantes y los trabajadores y profesionales de las empresas españolas destinados temporalmente al extranjero. Por ello, el ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto engloba a todos los españoles en el exterior, tanto a los emigrantes y exiliados, como a los desplazados y a los familiares de ambos. España debe considerar a su comunidad emigrante como un auténtico capital social: su compromiso con su tierra de origen la convierte en un recurso fundamental para la proyección de España en el exterior. Se trata de recoger, entre otros aspectos, el compromiso de avanzar en la conservación de los derechos en la materia y de perfeccionar los mecanismos de protección existentes, sobre todo para las personas mayores, incorporando la asistencia sanitaria en sentido amplio (sanitaria, geriátrica, medicamentos, etc.). En este sentido, se trata también de tener en cuenta la diferente organización tanto del aseguramiento como de la prestación de cuidados sanitarios en los países donde residen. Por ello se introduce la prestación por razón de necesidad, como un nuevo concepto que engloba la pensión asistencial por ancianidad, regulada en su normativa específica, junto con la asistencia sanitaria, dado que a la vista de la evolución actual de estas pensiones se precisa modificar su regulación, para su mejor adaptación a las necesidades reales de sus potenciales beneficiarios (Véase Exposición de Motivos). En dicha Ley –en coherencia con las previsiones de la normativa de la OIT- se establece el marco jurídico y los instrumentos básicos para garantizar a la ciudadanía española en el exterior el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales, en términos de igualdad con los españoles residentes en el territorio nacional, así como reforzar los vínculos sociales, culturales, económicos y lingüísticos con España y con sus respectivas nacionalidades y comunidades de origen (art. 1.1). Entre los objetivos fundamentales se indica que se pretende “Regular los derechos y deberes de los españoles residentes en el exterior garantizando su ejercicio mediante el compromiso de los poderes públicos de promover las condiciones para hacerlos reales y efectivos, en condiciones de igualdad con los residentes en España” [art. 3.1.a)]. Precisamente, el capítulo II, del Título I, se ocupa de la garantía de los “Derechos sociales y prestaciones”. En este marco se garantizan los derechos de Seguridad Social, indicando que el Estado adoptará las medidas necesarias para que la acción protectora de la Seguridad Social

se extienda a los españoles que se trasladen al exterior por causas de trabajo y a los familiares de los mismos en los términos establecidos en la legislación aplicable. A tal fin, el Estado proveerá cuanto fuese necesario para garantizar a los trabajadores españoles en el exterior, en materia de Seguridad Social, la igualdad o asimilación con los nacionales del país de recepción, el mantenimiento de derechos adquiridos y la conservación de derechos en curso de adquisición, mediante la celebración de Tratados y Acuerdos con los Estados receptores, la ratificación de Convenios Internacionales y la adhesión a Convenios multilaterales (Principio de igualdad de trato). Por otra parte, el Estado velará por la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social de los españoles residentes en el exterior a través de Convenios, Tratados o Acuerdos de Seguridad Social en materia de Seguridad Social y asimismo el Estado deberá establecer fórmulas que permitan a los trabajadores que residan en el exterior y a los que decidan retornar, el abono de las cotizaciones voluntarias al Sistema de Seguridad Social. Finalmente, la Administración General del Estado arbitrará las fórmulas más beneficiosas para el reconocimiento a los trabajadores españoles en el exterior de las prestaciones económicas, derivadas de las cotizaciones a la Seguridad Social, y en especial a las pensiones derivadas del extinto Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez. (Principio de conservación de los derechos consolidados y derechos en curso de adquisición). (Artículo 18. “Derechos en materia de la Seguridad Social”).

Y por lo que se refiere específicamente al *derecho a la protección de la salud*, se establece que los españoles residentes en el exterior tendrán derecho a la protección a la salud en los términos en que reglamentariamente se establezca que, en todo caso, tendrá por finalidad la equiparación con las prestaciones del Sistema Nacional de Salud. Además, el Estado promoverá una atención integral de la salud, atendiendo con carácter prioritario a los mayores y dependientes, que carezcan de recursos suficientes. El contenido y alcance de esta atención se desarrollará reglamentariamente y tenderá a su equiparación con la que se proporciona a los mayores y dependientes que viven en España. Por último, y a tal efecto, el Estado podrá suscribir convenios preferentemente con las entidades públicas aseguradoras o prestadoras de cuidados de salud de los países donde sea necesario garantizar la efectividad del derecho a la protección de la salud⁴⁹. En su caso, podrá suscribir también convenios con

⁴⁹ En el mismo capítulo se regulan otros aspectos de la protección social pública. Así:

-Servicios Sociales para mayores y dependientes. Artículo 20 Servicios Sociales para mayores y dependientes. 1. A fin de promover el bienestar de los españoles mayores que residen en el exterior, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para potenciar la red de servicios sociales, fomentando, asimismo, la realización de actividades encaminadas a la consecución de su bienestar integral. 2. Los poderes públicos prestarán especial apoyo en particular económico a aquellos centros y asociaciones de españoles en el exterior y

entidades aseguradoras o prestadoras privadas, teniendo en especial consideración a las entidades o instituciones españolas en el exterior con capacidad para prestar la atención sanitaria. (Artículo 17. “Derecho a la protección de la salud”).⁵⁰

retornados en el Estado español que cuenten con infraestructuras adecuadas para la atención de personas mayores o en situación de dependencia. Se incentivarán las redes que generen un mejor aprovechamiento de los recursos públicos. 3. Los poderes públicos, en el marco de la regulación de la atención a la dependencia, desarrollarán medidas específicas, especialmente de carácter asistencial, sanitario y farmacéutico, encaminadas a la consecución del bienestar integral de la ciudadanía española en el exterior en situación de necesidad, en aras de alcanzar la gradual asimilación a las prestaciones vigentes del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, conforme a lo que disponga la legislación vigente.

-Acciones de información sociolaboral y de formación profesional. Artículo 21 Acciones de información sociolaboral y orientación y participación en programas de formación profesional ocupacional. 1. La Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas promoverán el desarrollo de acciones de información, orientación y asesoramiento en el exterior, a través de la red de consulados, embajadas, centros estatales y autonómicos en el mundo, asociaciones y medios de comunicación encaminadas a facilitar la inserción sociolaboral de los españoles residentes en el exterior, a través de los correspondientes programas de ayudas o de convenios con entidades públicas o privadas. 2. Los servicios públicos de empleo fomentarán la participación de los españoles residentes en el exterior y de los retornados en programas de formación profesional, a fin de facilitar su incorporación al mercado laboral o de mejorar su capacitación profesional. 3. La Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas podrán promover acciones concretas o establecer acuerdos con organismos públicos o privados de los respectivos países para facilitar, la incorporación al mercado laboral de los jóvenes y de las mujeres con especiales dificultades de inserción laboral, así como personas con discapacidad.

-Derechos en materia de empleo y ocupación. . Artículo 22 Derechos en materia de empleo y ocupación. 1. El Estado promoverá, a través del Sistema Nacional de Empleo, el acceso a la información que permita a los españoles demandantes de empleo residentes en el exterior y a los retornados, la búsqueda de empleo y la mejora de sus posibilidades de ocupación sin perjuicio de la información que, a los mismos efectos, sea suministrada por las agencias autonómicas de empleo y ocupación. 2. El Estado velará por las condiciones del desplazamiento de profesionales y trabajadores españoles por empresas radicadas en el exterior y facilitará la contratación de trabajadores españoles residentes en el exterior. 3. El Gobierno podrá establecer visados de búsqueda de empleo dirigidos a los hijos o nietos de españoles de origen, conforme a la legislación específica de aplicación. Dichos visados tendrán un tratamiento preferencial.

⁵⁰ Véase al respecto VICENTE PALACIO, A. y TRUJILLO PONS, F.: “Protección social de los trabajadores migrantes. Grado de adecuación de la normativa española a los Convenios OIT nº 97 (1949) y nº 157 (1982) y concordantes en materia de Seguridad Social”, en Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 117 (2015), págs. 107 y sigs., para los cuales “la normativa española en materia de seguridad social, en general, presenta un alto grado de adecuación a la normativa señalada (de la OIT) y de hecho y, en este sentido, hay que señalar que no existe ninguna referencia a incumplimiento de este Convenio por parte de España en el Informe 2013 de la Comisión de Expertos en la aplicación de Convenios y Recomendaciones elaborado en virtud de lo dispuesto en el art. 22 de la Constitución de la OIT” (pág. 115). Sin perjuicio de ello entienden que hay algunas cuestiones susceptibles de ser mejoradas. Así, en términos generales, “sería recomendable, en lo que se refiere a la Seguridad Social contributiva que España continuara en la suscripción de los Convenios Internacionales bilaterales y multilaterales para asegurar la totalización de las cotizaciones y el principio de exportabilidad de prestaciones”. Por otra parte, “sería conveniente que España ratificara el Convenio OIT nº 118 (1962), sobre la igualdad de trato en materia de seguridad social”. En particular, respecto “los emigrantes han quedado excluidos de la prestación asistencial por desempleo quienes retornan de países procedentes del EEE o con los que existe convenio de protección por desempleo. Incluso en aquellos casos en los que pueden tener acceso por proceder de los países fuera del EEE o con los que no existe convenio de protección por desempleo, el requisito de cotización previa de 12 meses es muy elevado, la exigencia de un periodo de cotización de 12 meses es quizá muy elevada si se la compara con la protección dispensada en este nivel asistencial a otros colectivos. Igualmente no parece muy acorde con la facilitación del retorno restringir la Renta Activa de Inserción a los mayores de 45 años pues ya resulta bastante estricto el resto de los requisitos. En esta misma línea también resulta muy cuestionable que buena parte del colectivo de emigrantes retornados queden en la práctica, y como consecuencia de la exclusión del subsidio asistencial para emigrantes retornados, de la posibilidad de acceso al subsidio asistencial de prejubilación para mayores de 55 años... Por lo que respecta a los inmigrantes, sin duda el aspecto más cuestionable va referido a los extranjeros en situación irregular que no tienen asegurado el derecho a las

Por su parte, la protección no contributiva, se regula en el art. 19 (“Prestaciones por razones de necesidad”), a cuyo tenor la Administración General del Estado, en los términos en que reglamentariamente se establezca, garantizará el derecho a percibir una prestación a los españoles residentes en el exterior que habiéndose trasladado al exterior por razones laborales, económicas o cualesquiera otras y habiendo cumplido 65 años de edad o estando incapacitados para el trabajo, se encuentren en una situación de necesidad por carecer de rentas o ingresos suficientes para cubrir sus necesidades básicas, de acuerdo a la realidad socioeconómica del país de residencia. Estas prestaciones podrán ser compatibles con las ayudas que otorguen las Comunidades Autónomas para la ayuda al retorno de acuerdo con la legislación aplicable. El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales fijará anualmente la base de cálculo de la prestación por razón de necesidad, que sólo podrá revisarse cuando las oscilaciones del tipo de cambio entre el euro y la respectiva moneda local supere el 15 por ciento. El Estado velará por la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social de los españoles residentes en el exterior, a través de los pertinentes Convenios, Tratados o Acuerdos en dicha materia. Asimismo, el Estado deberá establecer fórmulas que permitan a los trabajadores que residan en el exterior y a los que se decidan a retornar, el abono de las cotizaciones voluntarias al Sistema de Seguridad Social. 3. La Administración General del Estado regulará los mecanismos que permitan incorporar a la prestación, la asistencia integral de la salud y los servicios sociales para mejorar la calidad de vida de los mayores o incapacitados para el trabajo. Por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales se establecerá reglamentariamente el procedimiento de financiación, sin que pueda ser repercutida sobre la citada prestación la totalidad del coste de dicha asistencia. (Véase R.D. 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados).

Hay que señalar, por último, que en la presente coyuntura todo apunta a que la ordenación jurídica relativa a la emigración de españoles que se contempla en la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en exterior, no se adapta a la realidad migratoria del momento presente. Ciertamente, por contraposición al tipo de emigrante en el que estaba pensando el legislador constituyente, y al que se acomoda la citada

prestaciones económicas más que en supuestos muy limitados lo que los deja en situación de especial desprotección. Sería conveniente que el legislador abordara una reforma legal que clarificara estas situaciones desde la perspectiva de la responsabilidad en materia de prestaciones, clarificando la aplicabilidad del régimen general previsto en el art. 126 LGSS también en estos supuestos y extendiendo este régimen también a la asistencia sanitaria, sin perjuicio de la oportunidad de retornar a un sistema de asistencia sanitaria autónomo de la condición de trabajador y no condicionado necesariamente a la legalidad de la residencia”(págs. 133-134).

ley reguladora, surge en la coyuntura actual un nuevo perfil que exige una regulación cualitativamente distinta y más adecuada a las exigencias del fenómeno de la emigración. Es posible pensar que en nuestra época dichas exigencias de protección social “se concreten no tanto en el reconocimiento del derecho a pensiones y ayudas de carácter no contributivo, como en recibir una completa información acerca de las posibilidades de cotización en el Estado de destino, de la exportabilidad de prestaciones de Seguridad Social, de la existencia de convenios bilaterales entre ambos Estados, o de información general sobre las condiciones de vida y trabajo del país al que se desplazan”⁵¹.

Sirva como reflexión final respecto al tratamiento de la Seguridad Social de los migrantes las siguientes indicaciones:

1ª. Se dispone de normas internacionales de garantía de los derechos de Seguridad Social, pero ineficientes por falta de mecanismos adecuados que aseguren su cumplimiento efectivo.

2º. Existe una tendencia hacia la renacionalización progresiva de la política migratoria, resultado del debilitamiento de la construcción política europea y de la reafirmación de las soberanías nacionales.

3ª. La condicionalidad es una práctica extendida. Los derechos de Seguridad Social consagrados en las legislaciones de los países miembros (la UE no contempla por el momento una regulación sustantiva de los derechos y prestaciones de Seguridad Social; ni siquiera se dispone, en relación a ello, un “zócalo” mínimo de derechos de Seguridad Social) no se atribuyen a la persona “sin adjetivos”, sino que se limita subjetivamente por razón de la nacionalidad y por la situación administrativa de “regularidad” o “irregularidad” de la persona. Produciéndose un trato desigual para las personas en situación administrativa irregular. Los países europeos (y en general los países desarrollados) no han ratificado la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores

⁵¹ CHARRO BAENA, P. y BENLLOCH SANZ, P.: “Adecuación del estatuto de la ciudadanía española en el exterior a la luz de la nueva realidad emigratoria española”, Comunicación en VIII Congreso Migraciones Internacionales en España. Resúmenes de Ponencias y Comunicaciones, García Castaño, F.J., Megías Megías, A. y Ortega Torres, J. (Eds.), Granada, Universidad de Granada/Instituto de Migraciones, 2015, pág. 318. En una perspectiva más amplia, véase también ARRIETA IDIAKEZ, F.J. (Coord.): La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Ed. Aranzadi, 2015.

migratorios y de sus familiares, Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990⁵².

⁵²Recuérdese que conforme al art. 27 de la referida Convención ONU 1990: “1. Los trabajadores migratorios y sus familiares gozarán en el Estado de empleo, con respecto a la seguridad social, del mismo trato que los nacionales en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables. Las autoridades competentes del Estado de origen y del Estado de empleo podrán tomar en cualquier momento las disposiciones necesarias para determinar las modalidades de aplicación de esta norma. 2. Cuando la legislación aplicable no permita que los trabajadores migratorios o sus familiares gocen de alguna prestación, el Estado de que se trate, sobre la base del trato otorgado a los nacionales que estuvieren en situación similar, considerará la posibilidad de reembolsarles el monto de las contribuciones que hubieren aportado en relación con esas prestaciones.

Por su parte, con arreglo al art. 28: “Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo.

A NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO E A LEI 13.467/2017

COLLECTIVE BARGAINING AND THE LAW 13.467/2017

Luiz Eduardo Gunther¹
Rodrigo Thomazinho Comar²
Carina Pescarolo³

RESUMO: Trata, o presente artigo, do estudo do instituto da negociação coletiva trabalhista por meio de um breve histórico e de sua conceituação, passando por sua contextualização, importância e utilidade em relação ao Decreto-Lei 5.424, de 1º de maio de 1943. O estudo aborda, ainda, os efeitos causados pela inovação legislativa trazida pela Lei 13.467, de 11 de novembro de 2017, denominada “reforma trabalhista”, comparativo que se dá não só pela análise da modificação dos artigos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), mas também pelas novas formas a serem adotadas frente à reformulação das bases teóricas e principiológicas introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro e pela investigação acerca das perspectivas doutrinárias sobre as modificações implementadas.

PALAVRAS-CHAVE: negociação coletiva trabalhista; reforma trabalhista; Lei 13.467/2017.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Contextualização e significado do instituto da negociação coletiva de trabalho. 2.1 Breve histórico. 2.2 Aspectos gerais e conceituação da negociação coletiva. 3 A negociação coletiva no âmbito da consolidação das leis do trabalho antes do advento da Lei 13.467/2017. 4 Efeitos da Lei 13.467/2017 sobre a negociação coletiva. 5. Considerações finais. 6. Referências.

ABSTRACT: This article studies the labor collective bargaining, analyzing its history and its conceptualization through its contextualization, importance and usefulness in relation to Decree-Law 5.424, May 1, 1943. This study addresses the effects of legislative innovation brought by Law 13.467/ 2017, entitled "Labor Reform" and a comparison not only by the analysis of the amendment of the Articles of Consolidation of Labor Laws (CLL), but also by the new forms to be adopted in view of the reformulation of the theoretical and theoretical bases introduced in the Brazilian legal system, as well as the investigation of the doctrinal perspectives on those modifications.

KEYWORDS: collective bargaining; labor reform; Law 13.467/2017.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Contextualization and meaning of the institute of collective bargaining. 2.1

Artigo recebido em: 14/04/2019

Artigo aprovado em: 14/05/2019 e 26/05/2019.

¹Pós-Doutor em Direito pela PUC-PR (2015). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2003). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Graduado em Direito e em História pela Universidade Federal do Paraná (1977). Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região.

² Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Graduado pela Universidade Estadual de Londrina. Membro do Grupo de Pesquisa Reforma trabalhista: os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Email: rodrigoadvoc@hotmail.com.

³ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Positivo. Graduada pela Universidade Estadual do Norte Pioneiro. Membro do Grupo de Pesquisa Reforma trabalhista: os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Email: carinapescarolo@gmail.com

RDRST, Brasília, Volume 5, n 1, 2019, p137-153, Jan-Abr/2019

Brief history. 2.2 General aspects and conceptualization of collective bargaining. 3 Collective bargaining in the context of the consolidation of the labor laws before the advent of Law 13467/2017. 4 Effects of Law 13467/2017 on collective bargaining. 5. Final considerations. 6. References.

1 INTRODUÇÃO

O estudo tem por objetivo a análise da negociação coletiva, sua importância e seus efeitos para o ramo – individual e coletivo – do Direito do Trabalho frente às modificações implementadas pela Lei 13.467, de 11 de novembro de 2017, que introduziu diversas e profundas mudanças nas relações existentes não só entre patrões e empregados, mas também entre entidades sindicais e as formas com que esses atores negociam e estabelecem direitos e obrigações.

Dessa forma, a análise busca comparar a forma de negociação coletiva criada pelo Decreto-Lei 5.424, de 1º de maio de 1943, e aquele firmado pela novel legislação a partir da abordagem das modificações ocorridas e também da ampliação dos limites até então existentes, permitindo que o negociado prevaleça sobre o legislado.

Assim, é necessário apresentar a conceituação e a contextualização do referido instituto desde sua criação e perfazendo sua importância histórica e social na elaboração das normas coletivas, que visavam a adaptação da lei, geral e abstrata, às particularidades e peculiaridades existentes.

Em relação à reforma promovida pela Lei 13.467/2017, o estudo procura demonstrar as modificações ocorridas e seus efeitos, o que se deu com a verificação das alterações legislativas e sua aplicabilidade na relação do Direito Coletivo, e, quando aplicável, aos contratos individuais de trabalho.

Com as referidas descrições, procurará o presente trabalho demonstrar em que medida as modificações trazidas afetaram o instituto da negociação coletiva e seus instrumentos (acordos e convenções coletivas de trabalho).

Levando em conta pesquisa bibliográfica e legislativa, objetiva-se demonstrar, por meio da abordagem dessas novas formas, os efeitos das práticas a serem adotadas a partir das modificações traçadas pela alteração legislativa e qual seu impacto e perspectivas relativamente aos atores desta relação (trabalhadores, empregadores e entes sindicais) na elaboração de novas políticas de estabelecimento de direitos e de deveres e também no desenvolvimento do contrato de trabalho em razão da mudança de paradigmas e práticas já estabelecidas.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO E SIGNIFICADO DO INSTITUTO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

Antes de se adentrar no tema propriamente dito, é necessário que se faça um breve histórico, abordando a conceituação do instituto da negociação coletiva e descrevendo sua importância para o Direito do Trabalho em todos os seus aspectos (individuais e coletivos), com o objetivo de posicionar e demonstrar as mudanças e seus impactos.

2.1 BREVE HISTÓRICO

O Direito do Trabalho sempre foi cercado de conflitos entre o capital e o trabalho, tendo em vista o fato de as normas trabalhistas estarem ligadas, invariavelmente, a fatos políticos e jurídicos e sempre relacionados a uma determinada categoria, seja ela de empregados e/ou de empregadores.

A negociação coletiva envolve relações de grupos e também da referida luta de classes na busca da definição de direitos e de deveres, elementos essenciais ao Direito Coletivo do Trabalho.

Pode-se estabelecer o nascimento da burguesia e sua organização em corporações de ofício como marco ao surgimento de espécie, ainda que rudimentar, de negociação organizada, pois havia a necessidade dos artesãos de se reunirem em associações para negociar sua produção, ainda que tal se desse sem a existência de um direito regulatório trabalhista, apenas com interesse comercial.

A questão começa a ganhar contornos mais nítidos com a queda dos regimes monárquicos, e com a tomada, pela burguesia, dos meios de produção e a inserção de máquinas nos postos fabris, sendo a relação daí advinda regulada pelo Direito Civil, pois o trabalho prestado era considerado como contrato de locação de serviços.

Somente ao final do século XIX, no ápice do liberalismo econômico e da Revolução Industrial, com o desequilíbrio da relação entre empregador e empregado, é que surge a necessidade dos trabalhadores de se reunirem em associações e, a partir daí, postularem direitos como uma categoria.

Nesse particular, não se pode deixar de citar a criação das *trade unions*, na Inglaterra, com papel fundamental na definição das condições de trabalho, sendo importante lembrar, também, que Holanda (1909) e França (1919) foram os primeiros países a criarem leis sobre o tema.

Ainda em sede de destaque, as Constituições do México (1917) e da Alemanha - Weimar (1919) trataram de estabelecer um caráter constitucional aos instrumentos da negociação coletiva.

Dentro desse cenário, com a união dos trabalhadores em associações e a utilização das greves como forma de pressão na busca da conquista por direitos, é que surge a necessidade, ainda que tímida no começo, de realizar a negociação coletiva.

No Brasil, a negociação coletiva passa a ganhar importância com a primeira ascensão de Getúlio Vargas ao poder (1930-1945), com a outorga da Constituição de 1937, que, em seu artigo 140⁴, previa a criação de entidades sindicais, autorizadas e controladas pelo Poder Público, com poderes de negociação.

Tal tendência tornou-se regra geral com o advento da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei 5242 de 1º de maio de 1943) e com a criação da Justiça do Trabalho, também no mesmo ano.

Os direitos sociais ganharam destaque com a Constituição Federal de 1946, porém sem a necessária dose de imperatividade que permeou a anterior Constituição.

Na marcha histórica, a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 pouco modificaram o contexto, pois permitiram a criação de sindicatos e a negociação coletiva, porém sempre sob o controle e a ingerência do Estado.

Entretanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, em seus artigos 7º, inciso XXVI⁵, 8º, inciso VI⁶ e 114, §1º⁷, verifica-se uma importância maior e mais acentuada da negociação coletiva e do Direito Coletivo em si, tendo em vista a desnecessidade da intervenção estatal para constituir sindicatos e também na sua forma de atuar, em especial na negociação coletiva.

⁴ Art. 140. A economia da produção será organizada em corporações, e estas, como entidades representativas das forças do trabalho nacional, colocadas sob a assistência e a protecção do Estado, são órgãos destes e exercem funções delegadas de poder publico.

⁵Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

⁶ Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...) VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.

⁷ Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (...) §1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

Nesse particular, Mauricio Godinho Delgado (2017, p. 205-208) destaca a importância atribuída à negociação coletiva pela Constituição Federal, resgatada de seu limbo jurídico e de sua inércia factual, mas que não "a transformou, perversamente, em um mecanismo adicional de solapamento de direitos individuais e sociais humanísticos trabalhistas - os quais a própria Constituição de 1988 alçou a patamar magno e superior".

Impende ressaltar que o instituto da negociação coletiva ganha cada vez mais importância frente às novas formas de estruturação das relações laborais e do impacto significativo da adoção de novas tecnologias no mundo do trabalho.

Dessa forma, observa-se, através desse breve e resumido histórico, o surgimento e o fortalecimento da negociação coletiva no que diz respeito a definir e criar direitos e obrigações e a sua intrínseca relação com o Direito do Trabalho.

2.2 ASPECTOS GERAIS E CONCEITUAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

A negociação coletiva se insere como forma autônoma de solução de conflitos, sendo aplicada à seara trabalhista de natureza coletiva.

Importa frisar que a doutrina classifica em três as formas de solução dos conflitos: autotutela, heterocomposição e a autocomposição.

A respeito dessa divisão, leciona Maurício Godinho Delgado (2007, p.1370-1371):

A autotutela ocorre quando o próprio sujeito busca afirmar, unilateralmente, seu interesse, impondo-o (e impondo-se) à parte contestante e à própria comunidade que o cerca. Como se vê, a autotutela permite, de certo modo, o exercício da coerção por um particular, em defesa de seus interesses. (...)

A heterocomposição ocorre quando o conflito é solucionado através da intervenção de um agente exterior à relação conflituosa. Em vez de pacificarem isoladamente a solução da sua controvérsia, as partes (ou até mesmo uma delas, unilateralmente, como na jurisdição) submetem a terceiro seu conflito. Em decorrência, a solução será por este firmada ou, pelo menos, por ele instigada ou favorecida. (...)

A autocomposição ocorre quando o conflito é solucionado pelas próprias partes, sem intervenção de outros agentes no processo de pacificação da controvérsia.

De acordo com o citado ensinamento doutrinário, a negociação coletiva é enquadrada na modalidade de autocomposição, pois se verifica a solução dos conflitos pelos próprios envolvidos. Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado (2007, p.1371) apresenta a seguinte explicação:

A negociação coletiva enquadra-se, como citado, no grupo das fórmulas autocompositivas. Contudo, é uma fórmula autocompositiva essencialmente democrática, gerindo interesses profissionais e econômicos de significativa relevância social. Por isso, não se confunde com a renúncia e muito menos com a submissão, devendo cingir-se, essencialmente, à transação (por isso fala-se em transação coletiva negociada).

Considera-se importante destacar o caráter democrático da negociação coletiva, pois importa em ouvir os interessados na solução da controvérsia e definir direitos e deveres adaptados às peculiaridade de suas realidades, prestando-se o instituto como instrumento de apoio ao equilíbrio social.

Demonstrada a importância da negociação coletiva, importa tratar de sua conceituação, quando se verificará sua importância a partir de suas funções e finalidades.

Primeiramente, destaca-se o teor do artigo 2º da Convenção nº 154 da Organização Internacional do Trabalho – OIT⁸, internalizada pelo Decreto nº 1.256, de 29 de setembro de 1994, no Brasil.

Do referido organismo internacional, há, também, a Convenção nº 98, igualmente ratificada pelo Brasil, por meio do Decreto Legislativo nº 49, de 27 de agosto de 1952, que, em seu artigo 4º, traz importantes definições, em especial quanto aos atores que participam da negociação coletiva de trabalho, sua elaboração e finalidades.

Da leitura dos citados documentos, é possível dizer, em suma, que a negociação coletiva é um processo de transigência e definição de direitos e deveres, estabelecido entre entes coletivos (sindicatos e/ou entre associações de empregados e empresas), com a finalidade da solução de conflitos de natureza trabalhista, com observância de certos limites e âmbitos de atuação.

Importante ressaltar que a negociação coletiva deve observar critérios e limites, entendidos esses, nas palavras de Maurício Godinho Delgado (2007, p. 1402-1403) como um patamar mínimo civilizatório, ou seja, parcelas "imantadas por uma tutela de interesse

⁸ Art. 2. Para efeito da presente Convenção, a expressão 'negociação coletiva' compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com fim de: a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.

⁹ Art. 4. Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais, para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego.

público, por constituírem um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional".

Feitos tais esclarecimentos, não é demais observar o fato de que a negociação coletiva é erigida à categoria constitucional, em razão de sua importância e de seu caráter democrático, uma vez que privilegia a busca da solução de conflitos pelos próprios interessados.

3 A NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO ÂMBITO DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO ANTES DO ADVENTO DA LEI 13.467/2017

Conforme destacado, a negociação coletiva, além de ser importante instrumento de solução de conflitos, revelando-se como forma democrática de definição de direitos e deveres dos envolvidos, atende ao objetivo de “*melhoria da condição social*” constante no *caput* do artigo 7º da Constituição Federal de 1988¹⁰.

Tal instituto cumpre, também, a diretriz prevista no citado artigo, pois atende aos fundamentos e objetivos constitucionais previstos nos artigos 1º e 3º¹¹, bem como revela-se instrumento de conciliação dos princípios da valorização do trabalho e da livre iniciativa, insculpidos no artigo 170 também da *Lex Maior*¹².

O entendimento dos referido artigos constitucionais permite a indicação da importância atribuída ao instituto da negociação coletiva, sendo necessário, antes de analisar os limites e a aplicabilidade do instituto, verificar a forma com que se deve interpretar seus elementos, ou seja, a necessária filtragem constitucional atribuída a tal negócio jurídico.

¹⁰ Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...).

¹¹ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

[...]

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Nos dizeres de Paulo Bonavides (1997, p. 597):

[...] só uma hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais em harmonia com os postulados do Estado Social e democrático de direito pode iluminar e guiar a reflexão do jurista para a resposta alternativa acima esboçada, que tem por si a base de legitimidade haurida na tábua dos princípios gravados na própria Constituição (arts. 1º, 3º e 170) e que, conforme vimos, fazem irrecusavelmente inconstitucional toda inteligência restritiva da locução jurídica ‘direitos e garantias individuais’ (art. 60, 4º, IV), a qual não pode, assim, servir de argumento nem de esteio à exclusão dos direitos sociais.

Assim, é de se destacar o esforço hermenêutico necessário para se compreender e aplicar a negociação coletiva e todos os instrumentos, direitos e deveres que dela resultam: a conciliação entre a livre iniciativa e o valor social do trabalho na busca pela melhoria da condição social do trabalhador.

Partindo-se de tais premissas, necessário entender a concepção atribuída pelos antigos artigos 611 e 620 da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei 5424/1943)¹³, dos quais se extraem os limites e a aplicabilidade das normas entabuladas pelos envolvidos nos negócios jurídicos daí decorrentes.

Nesse particular, pela antiga redação da norma infraconstitucional, aplicava-se o princípio da adequação setorial negociada, isto é, entendia-se que a norma coletiva só poderia prevalecer sobre a determinação legal se houvesse observância de determinados limites.

Na definição de Maurício Godinho Delgado (2007, p.1401):

Pelo princípio da adequação setorial negociada as normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heteronômico justrabalista desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriunda da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade

¹³ Art. 611 - Convenção Coletiva de Trabalho é o acôrdo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967). § 1º É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967). § 2º As Federações e, na falta desta, as Confederações representativas de categorias econômicas ou profissionais poderão celebrar convenções coletivas de trabalho para reger as relações das categorias a elas vinculadas, inorganizadas em Sindicatos, no âmbito de suas representações. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967).

[...]

Art. 620. As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho.

absoluta).

De tal leitura é possível verificar que a limitação imposta à negociação coletiva era a de que só seria possível transigir sobre normas que viessem a favorecer o empregado e não em seu prejuízo, o que decorria da observância do princípio da condição mais benéfica ou, ainda, que ocorresse no sistema de contrapartidas em determinadas situações.

Acerca do citado princípio, o embasamento teórico é firmado no pensamento de Américo Plá Rodrigues (2000, p. 131): “[...] a regra da condição mais benéfica pressupõe a existência de uma situação concreta, anteriormente reconhecida, e determina que ela deve ser respeitada, na medida em que seja mais favorável ao trabalhador que a nova norma aplicável”.

Do exposto, com a antiga redação da Consolidação das Leis do Trabalho, nota-se que a negociação coletiva detinha limites e observava princípios norteadores, devendo se ater a regramentos que não ofendessem ou prejudicassem o trabalhador, além de que respeitava as diretrizes constitucionais e convencionais para tanto, restando evidente, por isso, o estabelecimento de limites na definição de direitos e obrigações.

Entre tais limites, necessário destacar o fato de que não poderia ocorrer negociação relativamente às normas que impunham direitos indisponíveis do trabalhador, tais como aquelas previstas no artigo 7º, mais especificamente nos incisos VI, XIII e XIV da Constituição Federal, por exemplo.

Outra barreira à negociação coletiva encontrava-se nas normas imantadas com o caráter do interesse público, tais como as normas de higiene e saúde, além daquelas relativas à segurança do trabalho; essas regras poderiam estar previstas em normas infraconstitucionais, como as normas regulamentadoras e leis ordinárias, ou em tratados e convenções internacionais das quais o Brasil fosse signatário.

Dessa maneira, só seria admissível a negociação coletiva no que se refere às normas de indisponibilidade relativa, ou seja, que não importassem em flagrante prejuízo ao trabalhador, tais como a forma de pagamento do salário ou o tipo de jornada pactuada, entre outros.

Ainda, no que diz respeito à sistemática da negociação coletiva, exigia a lei a presença, pelo menos, do sindicato representativo dos empregados, sendo que sua ausência invalidaria o negócio jurídico, conforme constava dos artigos 8º, VI da Constituição Federal

de 1988¹⁴ e 617 da CLT¹⁵.

Assim, para que se tornasse válida a negociação coletiva, necessário que, pelo menos, o sindicato dos empregados estivesse presente.

Outro ponto importante diz respeito aos efeitos das cláusulas constantes dos instrumentos resultantes da negociação coletiva, ou seja, de acordos, convenções e contratos coletivos de trabalho.

De acordo com o entendimento vigente até a reforma trabalhista de 2017, inspirado no artigo 114, §2º da Constituição Federal de 1988¹⁶, a via da negociação coletiva era estimulada, pois forçava a parte hiperssuficiente da relação trabalhista a negociar, tendo em vista que a ausência de tal prática acarretava a manutenção do direito conquistado pela categoria quando do estabelecimento do diálogo negocial.

Tal posicionamento foi cristalizado na Súmula 277 da lavra do Tribunal Superior do Trabalho, que tem a seguinte redação:

CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.

Pelo entendimento predominante e aplicável, até então, pela Justiça do Trabalho, considerado majoritário pela doutrina especializada, uma vez garantidos os direitos através de negociação coletiva, estes aderiam aos contratos de trabalho, só se permitindo sua retirada pela mesma via pela qual foram estabelecidos.

Tal prática denominou-se "ultratividade das normas coletivas", aplicando-se a teoria da aderência limitada por revogação, a qual estabelece que as vantagens convencionais

¹⁴Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...] VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.

¹⁵Art. 617. Os empregados de uma ou mais empresas que decidirem celebrar Acôrdio Coletivo de Trabalho com as respectivas empresas darão ciência de sua resolução, por escrito, ao Sindicato representativo da categoria profissional, que terá o prazo de 8 (oito) dias para assumir a direção dos entendimentos entre os interessados, devendo igual procedimento ser observado pelas empresas interessadas com relação ao Sindicato da respectiva categoria econômica. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967). § 1º Expirado o prazo de 8 (oito) dias sem que o Sindicato tenha se desincumbido do encargo recebido, poderão os interessados dar conhecimento do fato à Federação a que estiver vinculado o Sindicato e, em falta dessa, à correspondente Confederação, para que, no mesmo prazo, assumam a direção dos entendimentos. Esgotado êsse prazo, poderão os interessados prosseguir diretamente na negociação coletiva até final.

¹⁶ Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...] § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

aderem ao contrato de trabalho até sua revogação por instrumento convencional posterior.

Nessa seara, considera-se necessário ressaltar que a ultratividade das normas coletivas é consequência da negociação coletiva, pois estabelece ao polo reticente conduta ativa que modifique seu entendimento ou estratégia, sob pena de ver mantido determinado direito, ainda que tacitamente, admitindo-se a revogação apenas pela via expressa.

Não é demais lembrar que a questão relacionada à ultratividade da norma convencional tem sido objeto de debates, inclusive no Supremo Tribunal Federal, onde se discute a validade da já citada Súmula na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 323, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, e também em razão da Reclamação nº 26256, de relatoria do Ministro Luiz Fux, conforme notícia extraída do sítio da Egrégia Corte Máxima¹⁷:

O ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal (STF), concedeu liminar na Reclamação (RCL) 26256 para suspender os efeitos de decisão do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que manteve em curso processo no qual foram preservados os efeitos de decisão de instância inferior que aplica o princípio da ultratividade das normas coletivas. De acordo com o relator, em análise preliminar do caso, a decisão parece ofender a liminar concedida pelo ministro Gilmar Mendes na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 323, que determinou a suspensão de todos os processos e efeitos de decisões no âmbito da Justiça do Trabalho que tratem da ultratividade de normas de acordos e convenções coletivas.

Verifica-se, portanto, que a negociação coletiva, em seu formato original, apresentava caráter eminentemente democrático, pois preservava a composição e a resolução do conflito de interesses trabalhistas entre seus atores, bem como visava cumprir e atender às determinações constitucionais, já que tinha como escopo a preservação e a proteção das categorias hipossuficientes.

Além disso, tal instituto estabelecia limites de validade sobre temas, os quais deveriam, para produzir os efeitos pretendidos, respeitar determinadas normas, que não poderiam ser objeto de negociação.

Entretanto, com a modificação legislativa implementada, verifica-se a radical alteração de toda a sistemática adotada até então, tanto em relação à estrutura quanto à flexibilização de tais limites.

4 EFEITOS DA LEI 13.467/2017 SOBRE A NEGOCIAÇÃO COLETIVA

¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=340914>>. Acesso em: 8 jan. 2018.

A autocomposição de conflitos trabalhistas detinha um formato definido e limites estabelecidos pela Constituição Federal, conforme demonstrado.

Ocorre que, com o advento Lei nº 13.467/2017, denominada “reforma trabalhista”, e da Medida Provisória nº 808/2017¹⁸, houve profunda e significativa modificação na legislação e nas práticas da área laboral, tanto no âmbito dos contratos individuais quanto nas relações coletivas estabelecidas entre sindicatos de patrões e empregados, ou entre estes e as empresas, com a superação de paradigmas já consagrados, reformulação e adoção de novas práticas.

Visando estabelecer um paradigma, denota-se que a novel legislação, sob o pretexto de flexibilizar os direitos trabalhistas, praticamente retirou os limites aceitáveis da negociação coletiva a ponto de impor a prevalência das normas coletivas sobre a legislação, sem se importar se tais modificações implementariam condições mais benéficas ao trabalhador.

De uma leitura do novo artigo 611-A da CLT¹⁹ (negociado sobre o legislado) é de se notar que os limites fixados pelas normas imantadas na Constituição Federal permanecem. Entretanto, houve modificação de outras normas, tal como no inciso III do citado artigo, no qual se permitiu a redução do intervalo intrajornada para trinta minutos, o que, até então, era inegociável por se tratar de norma de segurança e saúde do trabalho (salvo exceção pontual prevista no §3º do artigo 71 da CLT²⁰, o que determina uma análise conjugada e sistêmica do citado inciso).

Nesse particular, em relação ao tema denominado “prevalência do negociado sobre o legislado”, verifica-se que houve a mitigação do princípio da norma mais favorável, pois

¹⁸ A Medida Provisória 808/2017 foi publicada em 14/11/2017 e perdeu vigência em 23/04/2018.

¹⁹ Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do caput do art. 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II - banco de horas anual; III - intervalo intrajornada, respeitado o limite dos cargos que se enquadram como funções de confiança; IV - regulamento empresarial; V - representante dos trabalhadores no local de trabalho; VI - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; VII - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; VIII - modalidade de registro de jornada de trabalho; IX - troca do dia de feriado; X - enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; XI - (Revogado Medida Provisória nº 808, de 2017) XII - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; XIII - participação nos lucros ou resultados da empresa.

²⁰ Art. 71. Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas. [...] § 3º O limite mínimo de uma hora para repouso ou refeição poderá ser reduzido por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, quando ouvido o Serviço de Alimentação de Previdência Social, se verificar que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios, e quando os respectivos empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares.

foram retirados os limites para a negociação coletiva, vez que foram admitidos acordos sobre temas até então excepcionados da negociação coletiva (tal como a redução do intervalo intrajornada).

Concomitante à extirpação dos limites para o diálogo negocial, fragilizaram-se os entes sindicais dos trabalhadores ao se tornarem facultativos os recolhimentos das contribuições sindicais, antes obrigatórias quanto a associados e não associados aos sindicatos. Como se há de recordar, existem outras fontes de receitas, como a mensalidade sindical (paga por quem é associado), a contribuição confederativa (também só devida pelos associados) e a contribuição assistencial (devida pela negociação coletiva exitosa). Eram as contribuições sindicais que mantinham os sindicatos de trabalhadores pela força de sua compulsoriedade e abrangência - associados e não associados²¹.

Ressalta-se que a inserção do artigo 611-B da CLT²² teve como objetivo apenas disciplinar matérias que não seriam objeto de negociação coletiva, com o intuito de apresentar um rol taxativo de assuntos que não poderiam ser definidos por tal via.

Na esteira das significativas modificações, de duvidosa constitucionalidade, trazida pela denominada “reforma trabalhista”, foi limitada a interpretação das cláusulas normativas

²¹ Sobre o tema, sugere-se a leitura da obra de autoria de Alberto Emiliano de Oliveira Neto "Contribuições sindicais: modalidades de financiamento sindical e o princípio da liberdade sindical" (LTr, 2019, p. 102-146).

²² Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); IV - salário mínimo; V - valor nominal do décimo terceiro salário; VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; VIII - salário-família; IX - repouso semanal remunerado; X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal; XI - número de dias de férias devidas ao empregado; XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias; XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei; XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; XIX - aposentadoria; XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador; XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência; XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes; XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso; XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho; XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender; XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve; XXIX - tributos e outros créditos de terceiros; XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.

constantes dos acordos e das convenções coletivas, permitindo-se, ainda, a análise formal do negócio jurídico em tela, conforme disciplinado pelo § 3º do artigo 8º da CLT²³.

Outra modificação imposta pela Lei nº 13.467/2017 diz respeito à participação dos entes sindicais na negociação. A reforma inovou, criando o parágrafo único do artigo 444 da CLT, o qual vedou, ao empregado dito “hipersuficiente” – aquele que recebe salário superior ao dobro do teto do regime geral de previdência social (RGPS) e que possua diploma de curso superior –, a discussão de temas relacionados ao seu contrato de trabalho.

Ainda, é de se notar que a questão da ultratividade das normas também foi objeto da reforma trabalhista, com a inserção do §3º ao artigo 614 da CLT²⁴, em que se limitaram, de forma expressa, os efeitos das normas coletivas definidas através da negociação.

Com tal prática, além de todos os outros elementos já explicitados, há um desestímulo à mesa de negociação, pois o empregador, ciente da revogação automática de direitos fixados, poderá não ter interesse em dialogar para formatar normas coletivas.

Diante de tal cenário, dois caminhos se avizinham: greve ou socorro ao Poder Judiciário, visando evitar o “limbo jurídico”, mediante o manejo de ação de dissídio coletivo mesmo sem a ocorrência de movimento grevista, de forma a garantir e manter cláusulas já fixadas e que perderiam sua eficácia e vigência.

A referida modificação, pois, além de desestimular a negociação coletiva, forçará os envolvidos a buscar perante o Poder Judiciário a manutenção de direitos já conquistados.

Entretanto, ainda que tenham ocorrido profundas e significativas mudanças, impende ressaltar que mesmo com a referida flexibilização e com a tentativa de se estabelecer um critério taxativo de assuntos a serem abordados, tais alterações não escapam a uma filtragem constitucional, além do exercício do controle de convencionalidade dos tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário, bem como dos princípios formadores e informadores do sistema trabalhista vigente.

²³ Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do Direito do Trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.[...] § 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

²⁴Art. 614 - Os Sindicatos convenientes ou as empresas acordantes promoverão, conjunta ou separadamente, dentro de 8 (oito) dias da assinatura da Convenção ou Acôrdio, o depósito de uma via do mesmo, para fins de registro e arquivo, no Departamento Nacional do Trabalho, em se tratando de instrumento de caráter nacional ou interestadual, ou nos órgãos regionais do Ministério do Trabalho e Previdência Social, nos demais casos. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967) [...] §3º Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade.

Analisando essa temática, Luciano Martinez (2019, p. 1010-1013) estabeleceu fronteiras às negociações coletivas de trabalho no que diz respeito aos arts. 611-A e 611-B da CLT, que podem assim ser sintetizadas: a) somente podem abranger matérias trabalhistas; b) somente podem dizer respeito a direitos transindividuais; c) não podem infringir os direitos fundamentais assegurados ao trabalhador na qualidade de cidadão; d) não podem violar os direitos laborais mínimos protegidos por lei; e) não podem macular os direitos alheios, inclusive os direitos tributários do Estado.

Tratando dos limites da negociação coletiva, Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2017, p. 230) assevera que, embora a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho sejam reconhecidos pela Constituição Federal de 1988 como direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, inciso XXVI), as entidades sindicais e os empregadores não são titulares de soberania para que possam instituir disposições que contrariem as leis de ordem pública, em afronta ao princípio constitucional da legalidade, e sobre elas prevaleçam.

Como alertam Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017, p. 270), "a interpretação gramatical e literalista do nosso preceito legal pode abrir seara de negligência com a saúde, o bem-estar e a segurança dos indivíduos inseridos no mercado de trabalho".

Um importante registro de análise ao chamado "princípio da intervenção estatal mínima na autonomia da vontade coletiva" é apresentado por Antonio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto (2018, p. 355), e acentua que:

As balizas da negociação coletiva, fixadas nos arts. 611-A e 611-B da CLT, não estão definidas de modo exaustivo, considerando que tais dispositivos legais não contemplam todos os direitos possíveis de negociação, possibilitando o debate acerca da (im)possibilidade de negociação coletiva sobre diversos direitos regulamentados em legislação estatal.

Não se pode olvidar, ainda, que a Constituição Federal veda o retrocesso social quando se trata de direitos humanos e do fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal de 1988).

Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 339-340) verifica-se a definição do tema:

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas ("lei da segurança social", "lei do subsídio de desemprego", "lei do serviço de saúde") deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo

inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação”, ou “aniquiação” pura e simples desse núcleo essencial.

No mesmo sentido, além do retrocesso social, é importante ter em consideração que a legislação, quando despida da eficácia social, ou quando se distancia da realidade, acaba sendo considerada apenas como um “símbolo”. Tal conceituação, ainda que por analogia, pode ser amoldada na definição de Marcelo Neves (2007, p. 51):

A legislação simbólica é caracterizada por ser normativamente ineficaz, significando isso que a relação hipotético-abstrata “se-então” da “norma primária” e “da norma secundária” (programa condicional) não se concretiza regularmente. Não é suficiente a não-realização do vínculo instrumental “meiofim” que resulta abstratamente do texto legal (programa finalístico) para que venha a discutir-se sobre a função hipertroficamente simbólica de uma lei. Sendo eficaz, ou seja, regularmente observada, aplicada, executada ou usada (concretização normativa do texto legal), embora inefetiva (não-realização dos fins), não cabe falar de legislação simbólica.

Mesmo diante das várias modificações e alterações produzidas na negociação coletiva pela denominada reforma trabalhista, conforme demonstrado, não se pode perder de vista os princípios, tratados e convenções internacionais e as diretrizes constitucionais em relação à conduta e à atuação dos atores envolvidos na negociação, sendo esses os elementos que devem nortear e dirigir a conduta de tais entes visando o cumprimento dos mandamentos constitucionais relativos ao valor social do trabalho, da livre iniciativa e da dignidade da pessoa humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o estudo demonstrado, procurou-se demonstrar os vários aspectos da negociação coletiva, abrangendo um breve histórico, passando por uma necessária contextualização do instituto, visando explicar e auxiliar na compreensão de sua importância para o âmbito do conflito envolvendo capital e trabalho. Após, apresentou-se um conceito, firmado em definições de convenções internacionais, das quais é possível extrair o significado da negociação coletiva.

Feitos os necessários esclarecimentos, buscou-se estabelecer um paralelo entre o negócio jurídico firmado e definido pelo Decreto-lei nº 5.424/1943, que era norteador por princípios e artigos que regiam a matéria em questão, apresentando-se os aspectos gerais e

mais importantes da prática estabelecida na seara do Direito Coletivo.

Em seguida, com o advento da Lei 13.467/2017, foi necessário apresentar, em linhas gerais, os efeitos das profundas e impactantes modificações sofridas no instituto da negociação coletiva e nos elementos que a circundam – tais como os limites, os aspectos gerais e os temas por ela abordados – além do conteúdo e dos efeitos das normas entabuladas pelos entes envolvidos nas tratativas negociais.

Assim, o presente artigo buscou demonstrar que as alterações legislativas ocorridas no âmbito da negociação coletiva, sob os aspectos gerais e nos pontos de maior destaque, implementaram mudanças de paradigmas e comportamentos a serem observados por entes coletivos e representativos das classes, sem deixar de ponderar os reflexos destas modificações sob o aspecto da (in)constitucionalidade e da (in)convencionalidade de tais medidas.

6 REFERÊNCIAS

BERTONCINI, Mateus; CAMPO FILHO, W. I. C.. Políticas de ação afirmativa no contexto do direito constitucional brasileiro. Revista Jurídica - UNICURITIBA (FIC), Curitiba, v. 1, 2011, p. 145-168.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 dez.2017.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-35093-10-novembro-1937-532849-publicacaooriginal-15246-pl.html>>. Acesso em: 18 dez.2017.

_____. Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-277>. Acesso em: 8 jan. de 2018

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 6 ed. São Paulo: LTr, 2007.

_____. Direito coletivo do trabalho. 7 ed. São Paulo: LTr, 2017.

_____; DELGADO, Gabriela Neves. A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Reforma trabalhista: análise crítica da Lei n. 13.467/2017. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de. Contribuições sindicais: modalidades de financiamento sindical e o princípio da liberdade sindical. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: LTr, 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n. 154. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236162/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 8 jan.2018.

_____. Convenção n. 98. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235188/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 8 jan.2018.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de direito do trabalho. 3 ed. São Paulo: LTr, 2000.

SILVA, Mayara Macedo Fernandes da. Da prevalência do negociado sobre o legislado. In: ZIMMERMAN, Cilene Luiza. (Coord.). Reforma trabalhista interpretada. 2 ed. Caxias do Sul: Ed. Plenum, 2017.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira. Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017 e da MP 808/2017. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Rideel, 2018.

ORDEN PÚBLICO Y DERECHO DEL TRABAJO¹

PUBLIC ORDER AND LABOR LAW

MARIO GARMENDIA ARIGÓN²

RESUMEN: El artículo trae nociones del concepto de orden público, abordando sus características de unitaria, compleja y jerarquizada, omnipresencia conceptual, relatividad espacial, dinamismo, trascendencia y versatilidad instrumental. A continuación, se toman consideraciones sobre el orden público y el derecho del trabajo, en particular sobre el abstencionismo y la marcha legislativa y la centralidad, esencia y instrumentalidad del orden público social y laboral. Por fin se tratan los temas de la arremetida contra el orden público social e a vigência del orden público social. **RESUMEN:** El artículo trae nociones del concepto de orden público, abordando sus características de unitaria, compleja y jerarquizada, omnipresencia conceptual, relatividad espacial, dinamismo, trascendencia y versatilidad instrumental. A continuación, se toman consideraciones sobre el orden público y el derecho del trabajo, en particular sobre el abstencionismo y la marcha legislativa y la centralidad, esencia y instrumentalidad del orden público social y laboral. Por fin se tratan los temas de la arremetida contra el orden público social e a vigência del orden público social.

PALABRAS CLAVE: orden público; directo del trabajo; las características del orden público; tendencia a la progresividad social

SUMARIO: 1. Noción del orden público. 2. caracteres. 2.1. Sustancia unitaria, compleja y jerarquizada. 2.2. Omnipresencia conceptual. 2.3. Relatividad espacial. 2.4.- Dinamismo. 2.5. Trascendencia. 2.6.- Versatilidad instrumental. 3. Orden público y derecho del trabajo. 3.1. Del abstencionismo a la intervención de la ley. 3.2. Centralidad. 3.3. Esencia e instrumentalidad del orden público. 3.4. El orden público social o laboral. 3.4.1. Precisión terminológica. 3.3.1. Caracteres del orden público social. a. Supra-legalidad o trascendencia. b. Tendencia a la progresividad. c. Instrumentos del orden público social. d. El contenido del orden público social. 4. La arremetida contra el orden público social. 5. Vigencia del orden público social

ABSTRACT: The article brings notions of the concept of public order, addressing its characteristics of unitary, complex and hierarchical, conceptual omnipresence, spatial relativity, dynamism, transcendence and instrumental versatility. Next, considerations about public order and labor law are taken, in particular regarding abstention and the legislative process and the centrality, essence and instrumentality of social and labor public order. At last, the themes of the attack against the public social order and in the wake of social public order are dealt with.

KEYWORDS: public order; labor law; characteristics of social public order; tendency towards social progressivity

SUMMARY: 1. Notion of public order. 2. Characters. 2.1. Unitary, complex and hierarchical substance. 2.2. Conceptual omnipresence. 2.3. Spatial relativity. 2.4.- Dynamism. 2.5. Transcendence. 2.6.- Instrumental versatility. 3. Public order and labor law. 3.1. From abstention to the intervention of the law. 3.2. Centrality 3.3. Essence and instrumentality of public order. 3.4. Public social or labor order. 3.4.1. Terminological precision 3.3.1. Characteristics of social public order. a) Supra-legality or transcendence. b) Tendency to progressivity. c. Instruments of social public order. d. The content of social public order. 4. The assault on public social order. 5. Validity of social public order.

¹Artigo recebido em 28/03/2019

Artigo aprovado em 30/03/2019 e 24/04/2019.

La presente ponencia es una síntesis de la tesis del autor, Orden público y Derecho del Trabajo, 2a. edición, La Ley Uruguay, Montevideo, 2016.

²Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de la República (Montevideo, Uruguay) - Universidad CLAEH (Punta del Este, Uruguay)

RDRST, Brasília, Volume 5, n. 1, 2019, p154-178, Jan-Abr/2019

1 NOCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO

La idea jurídica del *orden público* ha sido, desde siempre, tan controversial y compleja, como crucial. Esa poderosa combinación ha contribuido a rodearla de cierta mística, que ha quedado muy bien ilustrada en aquella aguda imagen en que se la compara con “*una especie de sombra familiar que proyectamos para defendernos y ampararnos, pero que nadie ha alcanzado a descubrir la sustancia real de que se forma*”³.

Muchos ensayos han intentado explicar su esquiva esencia.

Algunos se han enfocado en la *naturaleza pública o privada del interés* en juego, siendo el *orden público* el tocante a la utilidad colectiva o general; lo opuesto al *orden privado*, que sólo involucra el interés singular del individuo⁴.

Otros han relacionado el *orden público* con las *reglas o valores que conforman el sustrato esencial de un ordenamiento jurídico dado*. Serían los cimientos de la *organización social* y del *sistema jurídico* generado por determinada sociedad⁵.

Otros, los más numerosos, han apuntado a su *instrumentalidad*, para identificarlo con la *eficacia especialmente imperativa de ciertas normas*, que se impone como límite frente a la autonomía de la voluntad de los particulares⁶.

En todo caso, es de suma importancia distinguir la *esencia* de la *instrumentalidad* del *orden público*. Porque mientras la primera tiene una naturaleza unitaria e integral, válida para cualquier espacio del universo jurídico, la segunda, en cambio, es un *recurso técnico* que apunta a asegurar el respeto inexorable de ciertas normas.

³MARTÍNEZ PAZ, Enrique, “El concepto de orden público en el Derecho privado positivo”, in *rev. argentina del Colegio de Abogados*, año XXI, T. XX, N° 4, Bs. As., julio-agosto 1942, p. 668.

⁴PLANIOL, Marcel y RIPERT, G. (con la colaboración de Esmein, P.), *Traité Pratique de Droit Civil Français*, T. VI, París, 1930, p. 303; BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis*, t. I, p. 95; LAURENT, François, *Principes de Droit Civil Français*, t. I., 5ª ed., Bruselas, París, 1893, p. 88; DEMOLOMBE, Charles, *Cours de Code Napoleon*, t. I, 2ª ed., París, 1860, p. 92; BEUDANT, Charles, *Cours de droit civil français*, 2ª ed., París, 1934, p. 76; SAVIGNY, Friederic Carl von, *Traité de Droit romain*, traduct. Guenoux, t. VIII, París. 1885, p. 38

⁵ALGLAVE, Émile, “Definition de l’ordre public en matière civile”, en *Revue Pratique de Droit Français*, t. XXV, año 1868, p. 572; MARCADÉ, Victor, *Explication théorique et pratique du Code Civil*, T. I, 7ª. ed., París, 1873, p. 78; LAROMBIÈRE, M.L., *Théorie et Pratique des Obligations ou Commentaire des Titres II et IV livre III du Code Civil*, T. I, París, 1885, p. 158; GÉNY, François, *Méthode d’interpretation et Sources en Droit Privé Positif. Essai critique*, 2ª ed., París, 1919, p. 180; BAUDRY, G., HOUQUES FOURCADE, M., *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil. Des personnes*, 3ª ed., París, 1907, p. 242; BEVILACQUA, Clovis, *Direito internacional privado*, 3ª ed., 1938, p. 108; DE ROA, Julio, *Del orden público en el Derecho Positivo*, Bs. As., 1926, p. 64; CALDERA, Rafael, *Derecho del Trabajo*, t. I, 2ª ed., El Ateneo, Bs.As., 1960, p. 58.

⁶GOUNOT, Emmanuel., *Le principe de l’autonomie de la volonté en Droit privé. Contribution a l’étude critique de l’individualisme juridique*. Arthur Rousseau, éditeur, Paris, 1912, p. 87; BARASSI, Ludovico, *Tratado de Derecho del Trabajo*, Ed. Alfa, Bs. As., 1953, p. 105; DE MORAES FILHO, Evaristo, *A natureza juridica do direito do trabalho*, 1954, p. 100.

Ese *recurso técnico* no es único, no siempre es el mismo, sino que varía para atender mejor las particularidades de cada materia específica. En algunos casos consistirá en la imposición de límites infranqueables a la voluntad de los particulares (*indisponibilidad absoluta, imperatividad, inderogabilidad o eficacia particularmente imperativa* de las normas). En otros, se manifestará como una *indisponibilidad relativa* (típica del llamado *orden público social*), o como la *aplicación inmediata* de ciertas normas (o, incluso, la *retroactividad* de las mismas), o como la imposición de *límites ante la eventual aplicación de normas foráneas* o bajo la forma de la *tutela jurídica automática*, que apunta a proteger determinados *valores fundamentales* incluso en ausencia de reglamentación legal explícita.

Por eso, la tendencia a identificar la idea del *orden público*, con sus *manifestaciones instrumentales*, expone al riesgo de caer en la errónea creencia de que cada disciplina jurídica podría generar su propia y particular definición del instituto y, además, puede inducir a infravalorar la verdadera esencia del concepto.

Pero los valores que conforman la noción sustantiva del *orden público*, son los ideales básicos de un determinado colectivo social y orientan la evolución del ordenamiento jurídico positivo, así como la hermenéutica con que debe ser abordado el mismo.

Y en ese entendido, el orden público puede ser definido como el *conjunto de valores de la vida que por la especial trascendencia que asumen en determinado estadio de la evolución social, pasan a integrar la conciencia jurídica colectiva y se constituyen en objetos de tutela privilegiada por parte del Derecho*⁷.

2 CARACTERES

2.1 Sustancia unitaria, compleja y jerarquizada

El orden público es un conjunto de valores especialmente significativos para un cierto colectivo social. Su esencia se nutre de profundas convicciones éticas que se integran en un esquema de preceptos fundamentales, a menudo llamado *conciencia jurídica colectiva*.

Su complejidad determina que su sustancia sea, a la vez, *única y diversa*. Es *única* porque los valores que lo integran conforman una unidad básica, que rige para cualquier disciplina jurídica. Pero, al mismo tiempo, su materia también es diversa, porque asume expresiones instrumentales diferentes en cada rama del Derecho

⁷Del autor: *Orden público y Derecho del Trabajo*, 2ª edición, La Ley Uruguay, 2016, p. 74.

Pero, además, no todos los valores de esa compleja trama poseen la misma jerarquía, pues a algunos se les reconocerá mayor centralidad que a otros.

2.2 Omnipresencia conceptual

La idea del orden público es universal porque es el sustrato fundamental de cualquier sistema normativo. Todo ordenamiento responde a una determinada concepción sustantiva del orden público y los principios, institutos y normas que lo componen deberían ser una fiel consagración de los contenidos que cada sociedad ha conferido a dicho concepto. Por este motivo, no es posible concebir la idea de un Derecho positivo en la que no esté presente la noción de orden público, como esencia o núcleo central de la *ingeniería jurídica*.

2.3 Relatividad espacial

La antedicha omnipresencia no implica asumir que en todos los ordenamientos asuma un contenido idéntico. Siendo un resultado de la realidad social, su contenido es variable. En otras palabras: el orden público es, como noción, omnipresente, pero su contenido es diferente según cada realidad social.

Por esta razón no es posible describir un contenido universalmente válido para este concepto, si bien algunos valores (los *medulares*) tendrán mayor generalidad y prevalencia.

2.4 Dinamismo

La materia del orden público es esencialmente mutable. Hay quienes han resaltado la importancia de esta característica como factor impulsor de cambios en el Derecho, para adecuarlo a “*las nuevas tendencias sociales, políticas y económicas en un campo vasto de posibilidades y sin necesidad de nuevas leyes*”⁸. Como se verá, el propio surgimiento de la *legislación industrial*, es resultado de una importante mutación del orden público.

2.5 Transcendencia

El orden público *trasciende* al Derecho positivo y, por ello, no necesariamente debe asumir una expresión normativa concreta. Su existencia no requiere de la declaración explícita del legislador, sino que resulta una emanación del sentir profundo de una determinada colectividad.

⁸FUEYO LANERI, F., “La noción de orden público y su evolución útil”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, N° 3-4, año XVIII, Montevideo, julio-diciembre de 1967..

Sin embargo, la doctrina no es unánime en cuanto a la importancia o efectos que deben atribuirse a la explicitación normativa del orden público. Algunos han opinado que sólo esa explicitación normativa permite que un precepto califique como *de orden público*⁹. Otros, en cambio, restan toda importancia a la referencia positiva¹⁰ y sostienen que una norma puede ser *de orden público* aún sin declaración expresa¹¹ y que, incluso, el intérprete puede distanciarse de la declaración *de orden público* del legislador si concluye que el contenido del precepto no se compadece con la naturaleza de aquella noción¹².

Es probable que la mejor conclusión se encuentre entre ambos extremos. La declaración legal reviste gran importancia, pero el carácter *de orden público* también podría, por ejemplo, resultar de una referencia *indirecta*, que puede inferirse del texto de la norma (consecuencias que apareja su incumplimiento, sanciones, etc.) o, incluso, de su contexto¹³. Pero la declaración normativa expresa no es imprescindible. Ciertos *valores de la vida* pueden ser conceptualizados por el intérprete como *de orden público* aun antes de haber sido reconocido como tales por el legislador. Tan es así, que los propios ordenamientos positivos suelen contener mecanismos que permiten sortear esos posibles desfasajes, mediante el reconocimiento de, por ejemplo, el carácter no taxativo de las nóminas de derechos humanos explicitadas en los textos constitucionales¹⁴.

2.6 Versatilidad instrumental

La *indisponibilidad absoluta* (también llamada *imperatividad*, *inderogabilidad*, *eficacia particularmente imperativa*, etc.), es el mecanismo que más habitualmente se identifica con la noción del orden público, al punto de llegar a confundirse con la misma. Sin embargo, el amparo de los valores inherentes al orden público no siempre se consigue concretar mediante este mecanismo.

⁹ALGLAVE, E., op. cit., p. 588.

¹⁰DEMOGUE, op. cit., p. 146.

¹¹RISOLÍA, “Orden público y derecho privado positivo”, separata del Libro en Homenaje a Enrique Martínez Paz, Buenos Aires, 1957, p. 30, cit. por LIMA, O., “Orden público y renuncia al empleo”, en *rev. argentina Derecho del Trabajo*, t. XXI, Buenos Aires, 1961, p. 354.

¹²Para LAROMBIÉRE existen ciertas normas que pertenecen al orden público por su propia naturaleza (por ejemplo, las referidas al estado de las personas) no siendo necesario que la ley explicita esta circunstancia. Pero también hay otras que siendo de “utilidad pública”, no forman parte natural del orden público y por ello exigen la declaración explícita (por ejemplo, las referidas al orden de los bienes). Op. cit., p. 167.

¹³V. SUPERVIELLE, B., op. cit., p. 214.

¹⁴V. gr.: constituciones de Argentina (art. 33); Brasil (art. 5, § 2); Colombia (art. 93); Ecuador (art. 44) Guatemala (art. 46), Nicaragua (art. 46); Paraguay (art.45); Perú (cláusula 4ª de las “*Disposiciones finales*”); Uruguay (art. 72).

En algunos casos se presenta bajo la forma de una *indisponibilidad relativa*, que permite que los particulares tengan una cierta libertad de movimientos. Se trata de situaciones en las que el propio ordenamiento jurídico considera que el respeto de dicho margen para el despliegue de la autonomía de la voluntad resulta compatible y necesario para la mejor y más sana tutela de los valores que están en juego. Por este motivo se ha señalado que el concepto de orden público no es de carácter automático, ni se puede aplicar rígidamente *en todos los casos* como límite a la libertad de convenir¹⁵. Esa *indisponibilidad relativa* es muy típica del Derecho del Trabajo, donde se admiten espacios en que sí es posible que las partes se manejen en los términos de la autonomía de la voluntad.

La versatilidad del orden público determina que, en ciertos casos, el instrumento tenga otras características. A veces se proyecta hacia el ámbito de la *eficacia temporal* de las normas jurídicas y, en esta línea, el orden público ha permitido justificar, a veces, la eficacia retroactiva o la llamada *aplicación inmediata* de determinadas normas jurídicas. Como paradoja, hay que señalar también, que el mismo orden público suele invocarse para rechazar la retroactividad de las leyes¹⁶.

Los instrumentos también se proyectan en el plano de la *eficacia espacial* de las normas jurídicas, determinando que algunas de ellas no puedan ceder frente a la eventual aplicación de una norma extranjera en los casos de relaciones jurídicas que comprometen elementos extranjerizantes¹⁷.

Como ya se dijo, los modernos sistemas jurídicos han generado, también, mecanismos que habilitan el *reconocimiento y la protección automática* de determinados bienes jurídicos especialmente sensibles. Esto permite que la tutela jurídica de dichos *valores de la vida* no dependa necesariamente de la existencia de un reconocimiento normativo explícito, sino que pueda adelantarse al mismo y obtenerla incluso en ausencia de norma expresa. Esta también es una manifestación del concepto del orden público, pues esta tutela automática y autoejecutable es un poderoso instrumento dirigido a preservar sus contenidos.

3 ORDEN PÚBLICO Y DERECHO DEL TRABAJO

3.1 Del abstencionismo a la intervención de la ley

¹⁵LANFRANCHI, C., op. cit., p. 158.

¹⁶ROUBIER, *Les conflits de lois dans le temps*, París, 1929, t. I, p. 509, cit. por SUPERVIELLE, op. cit., p. 207.

¹⁷ALFONSÍN, Q., CURSO DE DERECHO PRIVADO INTERNACIONAL, TEORÍA DEL DERECHO PRIVADO INTERNACIONAL, Montevideo, 1953, p. 560.

Alain Supiot condensó la sustancia del Derecho del Trabajo diciendo que es “*aquel que rige los intercambios de trabajo y dinero*”¹⁸. Esa *relación de cambio* sólo pudo surgir una vez que el fenómeno del *trabajo productivo por cuenta de otros* (realidad conocida por todas las sociedades históricas)¹⁹ quedó *jurídicamente* definido como *libre*. Lo que hasta entonces se explicaba mediante el simple ejercicio del derecho de propiedad ejercido directamente *sobre el individuo*, a título de *derecho real*²⁰, debió ir en busca de *otra justificación jurídica*. Fue así que la propiedad dejó de ejercerse directamente *sobre* la persona, pero su trabajo pasó a transformarse en el *objeto*²¹ de una *nueva relación jurídica*, que los juristas clásicos calificaron como un *contrato* entre iguales. Ante el Derecho del liberalismo *no había trabajadores*, sino sólo individuos capaces de contratar y ninguna razón podía determinar que hacia ellos se dirigiese un tratamiento distinto o particular²². El desequilibrio entre las partes, es decir, la esencia principal de aquella novedosa relación jurídica que se generaba a partir del trabajo industrial, quedaba completamente oculto tras un velo de consignas jurídicas formales (la proclamación de la libertad, la igualdad, y la autonomía de la voluntad individual²³), que lo

¹⁸SUPIOT, Alain, *El Derecho del Trabajo*, Heliasta, Bs. As., 2008, p. 18. En términos similares, PALOMEQUE ha señalado que el objeto del Derecho del Trabajo consiste en la regulación jurídica del intercambio de trabajo dependiente por salario. PALOMEQUE LÓPEZ, M. Carlos, *Derecho del Trabajo e Ideología*, 7ª ed. revisada, Tecnos, Madrid, 2011, p. 19.

¹⁹PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., op. cit., p. 20.

²⁰SINZHEIMER, Hugo, “La democratizzazione del rapporto di lavoro”, *Giornale di Diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 2, 1979 (1928), p. 219 y ss.; BARBAGELATA, Héctor-Hugo, *Curso sobre la Evolución del Pensamiento Juslaboralista*, FCU, Mdeo., 2009, p. 16. V., además: ALONSO OLEA, Manuel, *De la servidumbre al contrato de trabajo*, Cuadernillos de la Fundación Electra, Páginas Memorables, núm. 1, Mdeo., 2014.

²¹Señala José Luis UGARTE que el Derecho del Trabajo vino a cumplir una función hasta entonces imposible en el marco de la contratación civil, al permitir que un sujeto pueda apropiarse del trabajo de otro “sin necesidad de apropiarse del trabajador, disociando ficticiamente al objeto –el trabajo– de su titular –el trabajador–”. UGARTE CATALDO, José Luis, *Derecho del Trabajo: invención, teoría y crítica*, Colección Ensayos Jurídicos, Thomson Reuters La Ley, Santiago, 2014, p. 36-37.

²²Si acaso, todo lo que la ley podía estar llamada a intervenir tenía que ver con garantizar la mayor libertad de los contratantes, p. ej., prohibiendo la contratación de por vida o determinando que la misma sólo era lícita cuando se concretaba con un determinado plazo (art. 1780 del C. Civil francés de 1804, ley Chaptal, del 22 germinal año XI). RENARD, Alain, *La prohibition de l’engagement à vie, de la condamnation du servage à la refondation du licenciement. Généalogie d’une transmutation*, Bruxelles, Bruylant, “Penser le droit”, 2009, cit. por OLSZAK, N., cit., pp. 28-29. SUPPIOT, A., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 19.

²³Al decir de MONEREO, “...los trabajadores no alcanzarían por la mera declaración de sus derechos y libertades una posición contractual en condiciones de igualdad (contractual) con la contraparte empresarial, sino que verían la persistencia de las condiciones de sujeción jurídico-económica (...). Ello supuso que en los orígenes del capitalismo y durante la época codicística el tránsito en la realidad jurídica operaba con una secuencia bien diferente: de la tutela estatutaria precedente a un nuevo estatuto unilateral transfigurado (“trasvestido”) bajo el ropaje o vestimenta del “contrato de servicios” (pero donde el trabajo está también “regulado”) por las reglas unilateralmente dictadas por el empleador; todo ello bajo la vigencia de la filosofía individualista y del formalismo jurídico”. MONEREO PÉREZ, José Luis, *Estudio Preliminar sobre Reformismo Social y Socialismo Jurídico a la obra de Anton Menger, El Derecho Civil y los Pobres*, Ed. Comares, Granada, 1998, p. 27. En una línea similar, PALOMEQUE cita un pasaje del artículo “La cuestión obrera”, de CANALEJAS Y MÉNDEZ: “Si el que trabaja ha dejado de ser esclavo o siervo, transformándose en persona libre, lo cual implica un progreso innegable, todavía sigue siendo proletario, asalariado, es decir, vive en condiciones de inferioridad más acusadas que nunca por el contraste de los enormes bienes acumulados por unos cuantos hombre o entes colectivos,

tornaban perfectamente *invisible* ante los ojos de los juristas²⁴ y que daba base para la construcción y despliegue hegemónico de lo que, con acierto, MONEREO ha definido como un *Derecho indiferente*²⁵. De este modo, donde la realidad mostraba *trabajadores* en situación de *inferioridad* frente a los empresarios, el jurista sólo percibía *personas libres e iguales* y, por lo tanto, sujetos plenamente capaces de traducir sus intereses y asumir obligaciones a través de la vía contractual.

El trabajador había dejado de ser considerado una *cosa*, pero su trabajo quedó situado como un *bien* comercializable en el mercado. Cada individuo pasó a ser reconocido como titular de la propiedad *sobre su propio trabajo*²⁶ y este reconocimiento habilitó la posibilidad de que lo *volcara al mercado*, para ofrecerlo a quien tuviera interés en pagar un *precio a cambio del mismo*. El trabajo se *corporizó*, divorciándose de la persona que lo producía para convertirse en una *mercancía* que, al igual que cualquier otra, podía integrarse al tráfico comercial y someterse a los intercambios propios de este último²⁷.

La ilusión de libertad escenificada por aquella *concepción contractual-mercantil*, prohió la proliferación de condiciones de trabajo y de vida miserables en la nueva clase proletaria²⁸, descargando, incluso, sus peores consecuencias sobre los niños²⁹. Fue para atender esta terrible situación que los Estados comenzaron a adoptar algunas normas tendientes a

privilegiados de la fortuna". CANALEJAS Y MÉNDEZ, José, "La cuestión obrera", RGLJ, t. 103, 1903, p. 509, in PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Derecho del Trabajo e Ideología*, cit., p. 52.

²⁴Habría que agregar que, en realidad, tampoco faltaban normas que claramente tendían a profundizar la desigualdad de las partes de aquella relación jurídica. Un muy claro ejemplo de éstas es el art. 1781 del C. Civil francés de 1804, que le otorgaba valor de plena prueba a las meras afirmaciones del patrono en relación al pago de los salarios [*"Le maître est cru sur son affirmation pour la quotité des gages pour le payement du salaire de l'anne échue, par les acometes donnés pour l'anne courante"*]. BARBAGELATA, Héctor-Hugo, CURSO SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL PENSAMIENTO JUSLABORALISTA, cit., pp. 79-80.

²⁵MONEREO PÉREZ, J.L., *Estudio Preliminar*, cit., p. 32.

²⁶*"Dieu en donnant à l'homme des besoins, en lui rendant nécessaire la ressource du travail, a fait, du droit de travailler, la propriété de tout homme; & cette propriété est la première, la plus sacrée & la plus imprescriptible de toutes"*. Así rezaba el preámbulo del Édito du Roi, par lequel sa majesté supprime les corvées, del 12 de marzo de 1776 (conocido generalmente como Edicto de Turgot). *Édito Du Roi, Portant suppression des Jurandes & Communautés de Commerce*, p. 3, disponible en <http://books.google.com.uy/books>.

²⁷UGARTE CATALDO, J.L., *Derecho del Trabajo...*, cit., p. 36 y ss.

²⁸Dichas condiciones fueron relevadas por diversas encuestas realizadas, por ejemplo, en Gran Bretaña (KAY, James Phillips, *The Moral and Physical Condition of the Working Classes employed in the Cotton Manufacture in Manchester*, de 1832, disponible en: <http://books.google.com.uy/books>; CHADWICK, Edwin, *Report on the sanitary condition of the labouring population of Great Britain*, de 1843, a cuyo texto se puede acceder en <http://archive.org/details/reportonsanitary00chaduoft>) y Francia (VILLERMÉ, Louis René, *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie*, texto accesible en http://classiques.uqac.ca/classiques/villermé_louis_rene/tableau_etat_physique_moral/tableau_etat_physique.html V, además: BARBAGELATA, H.-H., *Curso sobre la Evolución del...*, cit., p. 29.

²⁹CHADWICK, *Report on the sanitary condition of the labouring population of Great Britain* (1842), Edimburgo, University Press, 1965, pp. 220-241, accesible en <http://archive.org/details/reportonsanitary00chaduoft>.

limitar el esfuerzo excesivo al que éstos eran sometidos³⁰. Aquellas no eran, todavía, normas protectoras *del trabajador*, sino, en alguna medida, *de la niñez*, pues el *trabajo* todavía no era apreciado como una materia que en sí misma reclamara una tutela particular y se rechazaba toda regulación que tuviera por objeto el trabajo de los adultos.

Aun así, es aquí donde se ubica el comienzo del fin del abstencionismo estatal y el inicio del proceso de la intervención estatal, dirigida a corregir las injusticias del *liberalismo manchesteriano*. La *legislación industrial* surgió como manifestación concreta de un nuevo pensamiento intervencionista y se desarrolló en clara ruptura respecto de la hegemonía que hasta entonces había tenido el derecho liberal³¹.

Un *nuevo Derecho* comenzaría a configurarse con base en normas protectoras, que reaccionaban contra *el imperialismo del contrato*³² y se imponían a la voluntad de los particulares con preceptos indisponibles a la baja. Aunque duramente objetada desde su propio nacimiento, esta imperatividad fue lo que, a la postre, permitió el progresivo asentamiento de las normas laborales, para que no resultaran desplazadas en su aplicación práctica por los pactos entre empleador y trabajador³³.

3.2 Centralidad

La centralidad que el orden público tiene en el Derecho del Trabajo, es un rasgo típico de esta disciplina³⁴. La presencia de la persona humana como el eje fundamental del sistema *juslaboralista*, determina el involucramiento de una serie de valores profundos que exigen y merecen un tratamiento privilegiado del ordenamiento jurídico. Esos valores son verdaderos rasgos culturales de nuestro tiempo histórico, y constituyen el resultado de lentos procesos evolutivos de compleja raigambre social. Esto determina que su consideración jurídica no pueda quedar simplemente librada a la aleatoriedad de los cambios legislativos y que, en cambio, sea imprescindible dotarlos de un fundamento, conceptual e instrumental, más sólido,

³⁰El antecedente más remoto se ubica en Inglaterra, en 1788, cuando se estableció la edad mínima de 8 años para la admisión de los aprendices. Esta norma y otras posteriores (*Health and Morals of Apprentices Act*, de 1802; *Cotton Mills and factories Act*, de 1819, etc.) no fueron cumplidas en la práctica. En 1833 el Parlamento aprobó una nueva *Factory Act* que prohibió el trabajo de los niños menores de 9 años y estableció límites horarios por franjas de edades. En esta norma se creó el primer cuerpo de inspectores (*inspectorate of factories*). <http://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/livinglearning/19thcentury>.

³¹BARBAGELATA, H-H, *Curso sobre la Evolución...*, cit., p. 125 y ss.

³²LYON-CAEN, Antoine, "Actualité du contrat de travail", en *Droit Social*, N° 7-8, julio-agosto 1988.

³³DE FERRARI, F., op. cit., p. 408.

³⁴V. GAMONAL CONTRERAS, S., *Introducción al Derecho del Trabajo*, Ed. Cono Sur Ltda., Santiago de Chile, 1998, p. 107 y *Fundamentos de Derecho Laboral*, LexisNexis, Santiago, 2008, p. 17.

que permita reconocerles su verdadera dimensión de “*pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley*”³⁵.

Por otra parte, es evidente que la especial imperatividad, como manifestación instrumental con que habitualmente es identificada la noción del orden público³⁶, también ha resultado de importancia para ubicar al instituto en un punto crucial dentro de la estructura del Derecho del Trabajo. La *legislación industrial* emergió con una vocación francamente limitadora de la autonomía de la voluntad, pues solamente así podía consolidar su concepción protectora, evitando que sus normas quedaran libradas al albedrío de los particulares, que seguramente terminaría desvirtuándolas o, directamente, dejándolas de lado. Fue a partir de esto que se conformó un núcleo de derechos laborales indisponibles para las voluntades particulares, que se inserta automáticamente dentro de cada relación de trabajo, como una especie de estatuto prefijado, que tiende a generar una identidad colectiva de trabajadores asalariados.

La imposición normativa que no deja margen a la autonomía de la voluntad, busca primordialmente eliminar el predominio económico o jerárquico de la voluntad del empleador, y se presenta como una herramienta imprescindible para desplegar con verdaderas posibilidades de éxito el arsenal tuitivo del Derecho del Trabajo. Eso explica que hablar de Derecho del Trabajo, sea casi lo mismo que hablar del orden público³⁷.

Por otra parte, a diferencia de lo que suele suceder en otras disciplinas (donde, por regla, el orden público presenta una única o, al menos, una primordial manifestación instrumental³⁸), en el Derecho del Trabajo es posible apreciar el empleo de casi todos los mecanismos tutelares que están a su servicio, lo que incorpora un ingrediente que complejiza todavía más la temática. Si se tiene en cuenta que resulta habitual que la doctrina aborde el estudio del orden público casi exclusivamente a través de la preocupación por los efectos que el instituto provoca en el tráfico jurídico (por ejemplo, interrogándose acerca de si convierte en total o relativamente indisponibles los preceptos de una norma legal) y considerando que es ésta una de las ramas del Derecho donde con mayor facilidad se reproducen diversos de estos

³⁵Según propone ZAGREBELSKY, op. cit., p. 47.

³⁶Ya se ha señalado que esta eficacia instrumental ha acompañado tradicionalmente al orden público. Sin embargo, no es correcto entender que el concepto de orden público se agote solamente en dicha expresión instrumental.

³⁷TOSCA, D. M., “Fuentes del Derecho del Trabajo”, cap. VI del Tratado de Derecho del Trabajo, (Mario ACKERMAN, Director, Diego M. TOSCA, Coordinador), T. I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2005, p. 455.

³⁸Por ejemplo, en el Derecho Internacional, tiende a identificarse con la cuestión de la norma en el espacio y la supremacía de la norma nacional frente al precepto extranjero; en el Derecho de Familia, se identifica con la idea de la indisponibilidad absoluta, y en cierta forma sucede lo mismo con el Derecho Civil en general.

instrumentos tutelares de los bienes que integran la materialidad del orden público, no puede sorprender que la doctrina se haya abocado a su estudio con especial frecuencia y detenimiento.

3.3 Esencia e instrumentalidad del Orden Público

El orden público, entendido como conjunto de valores superiores, conforma una entidad unitaria e indivisible que resulta común a todo el Derecho. Pero, como se ha dicho, los instrumentos de tutela que emplea son variables y diversos según cada disciplina jurídica.

La tendencia a identificar la *idea sustantiva* del orden público con las *manifestaciones instrumentales* que el Derecho genera para dotar de amparo a los bienes que conforman a la primera (p. ej.: especial imperatividad de la norma, indisponibilidad respecto de los particulares, límite para la aplicación de normas extranjeras, etc.) conlleva el riesgo de caer en la errónea convicción de que cada disciplina jurídica genera su propia y particular definición del instituto. Esta es, precisamente, una de las circunstancias que torna más dificultosa la tarea de abordar su estudio, pues, seguramente, lo que pueda decirse con cierta comodidad desde la perspectiva de determinada disciplina resultará escaso, exagerado o hasta cierto punto, incorrecto, desde otros rincones del universo jurídico.

Por otra parte, este encare de la cuestión resulta extremadamente restringido, y tiende a disminuir la valoración conceptual del orden público al identificarlo como un mero *recurso técnico* del que se vale el legislador para determinar los efectos que habrán de poseer ciertas normas jurídicas, y lo expone a la variabilidad que pueda surgir del albedrío de este último. En realidad, la esencial unidad del orden público no contradice su natural versatilidad instrumental y, por consiguiente, la misma no resulta un impedimento para que las distintas disciplinas jurídicas generen las herramientas que mejor se adapten al propósito tutelar que las debe inspirar en relación a los valores que, formando parte de aquél, son asumidos como objeto particular de las mismas.

Por este motivo, al abordar la tarea de intentar una aproximación a los rasgos particulares que el instituto asume en el Derecho del Trabajo, es preciso señalar que la misma no puede estar animada por la búsqueda de crear un concepto de orden público que se independice o adquiera autonomía conceptual respecto del existente en otras ramas del Derecho.

3.4 EL ORDEN PÚBLICO SOCIAL O LABORAL

3.4.1 Precisión terminológica

Las expresiones orden público *laboral* o *social*, suelen emplearse para aludir a la idea de la *indisponibilidad relativa*, que consiste en concebir a los contenidos plasmados en las normas laborales exclusivamente como *mínimos*, que, en cuanto sea en beneficio del trabajador, admiten ser *superados* o *sobrepujados* por normas inferiores o mediante convenciones colectivas o, incluso, individuales.

Si bien esto ha contribuido a perfilar los rasgos característicos que el orden público posee en el Derecho del Trabajo y, consecuentemente, ha sido un factor importante para fundamentar la autonomía científica de la materia; es necesario remarcar que resultaría excesivo sostener la existencia de un orden público propio y particular de esta disciplina. Tal posición, conspira contra la verdadera integralidad sustantiva del orden público, disminuyendo la trascendencia que en realidad posee el instituto, al restringir su marco conceptual a un sector concreto del ordenamiento.

Por otra parte, si como parece acontecer, tales denominaciones son el resultado de la confusión entre la noción del orden público y una de sus manifestaciones normativas (la *indisponibilidad relativa*), debe advertirse que la misma no es la única manifestación o proyección que el concepto asume en el Derecho del Trabajo y, además, que también otras disciplinas recurren a la misma técnica para llevar tutela a los preceptos que integran al orden público.

Sin embargo, reafirmando la esencial unidad e integralidad del orden público y evitando la improcedente parquedad que implica identificarlas exclusivamente con la eficacia de la derogabilidad *in melius* que admiten las normas laborales; *orden público laboral* y *orden público social*, son conceptos que merecen ser conservados debido a la expresividad que poseen.

3.3.1 Caracteres del Orden Público Social

a) Supra-legalidad o trascendencia

Los valores que conforman la noción del orden público representan los ideales de un colectivo social. No se agotan en un estricto contenido normativo, sino que ofician como verdaderos *orientadores* o *guías de la evolución* del ordenamiento jurídico positivo, así como de la hermenéutica con que debe ser abordado el mismo.

El orden público social o laboral se presenta como un *sesgo* o *faz* de la compleja integralidad sustantiva del orden público³⁹ y aporta al mismo una consideración marcadamente antropocéntrica del universo jurídico. La protección del trabajo es una expresión específica del amparo jurídico de la dignidad humana⁴⁰ y forma parte del complejo e interdependiente entramado de valores superiores que configura la idea del orden público. La protección del ser humano que trabaja, núcleo principal del Derecho del Trabajo, sitúa a esta disciplina en el corazón mismo de los derechos fundamentales⁴¹. La constitucionalización de estos bienes jurídicos vinculados con la materia laboral, constituye una expresión de la elevada consideración que los mismos merecen en la conciencia jurídica colectiva, y los acerca a una concepción más profunda del Derecho que aquella a la que el llamado “*positivismo legislativo*” los había reducido, al identificar todo lo que pertenece al mundo del Derecho, con lo establecido explícitamente en la ley⁴².

En este punto, corresponde recordar otra vez que el carácter *trascendente* del orden público respecto del Derecho positivo, determina que su expresión o explicitación normativa concreta no constituye una condición necesaria para concluir en su existencia. De este modo, la calidad inherente al orden público que pueda atribuírsele a un determinado bien jurídico, se independiza de la calificación legislativa. Esto legitima al intérprete a concluir en la pertenencia al orden público de cierto bien jurídico que es tutelado por una norma, a pesar de que la misma guarde silencio al respecto. Incluso es posible que se plantee la situación inversa, es decir, que la calificación “de orden público” que el legislador atribuye a una determinada norma, no resulte obligatoriamente oponible al analista, quien está habilitado a concluir lo contrario, si considera que los bienes que se encuentran tutelados en la misma claramente no responden al espíritu del instituto⁴³.

³⁹GAMONAL CONTRERAS, S., *Fundamentos de Derecho Laboral*, LexisNexis, Santiago, 2008, p. 18.

⁴⁰BARBAGELATA, H.-H., “Perspectiva de una Carta de derechos fundamentales para el MERCOSUR” y “Papel de una Carta Social y de las Declaraciones y Pactos Internacionales en el MERCOSUR. Contenido de la Carta Social”, *VII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Costos laborales. Carta de derechos fundamentales*, FCU, Montevideo, 1993; ERMIDA URIARTE, Ó., *Meditación sobre el Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 9.

⁴¹BARBAGELATA, H.-H., *El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales*, op. cit., p. 219 y ss.; ERMIDA URIARTE, Óscar, *Meditación sobre el Derecho del Trabajo*, Cuadernillos de la Fundación Electra, núm. 1, Montevideo, 2011, p. 9; PLÁ RODRÍGUEZ, A., “Los derechos humanos para el Derecho Laboral”, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, N° 1, Montevideo, 1968, p. 68; “Los derechos humanos y el derecho del trabajo”, in rev. *Debate Laboral*, N° 6, Costa Rica, 1990, p. 11.

⁴²ZAGREBLESKY, G., op. cit., p. 33 y 39; FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, 4ª edición, Madrid, 2004, p. 66. UGARTE CATALDO, José Luis, *Derecho del Trabajo: invención, teoría y crítica*, op. cit., p. 11.

⁴³V. LAROMBIÈRE, op. cit., p. 167. Se trata, con todo, de un problema delicado, sobre todo, porque involucra la exigencia de que el intérprete asuma una actividad de *valoración* de la norma positiva, tarea que algunos consideran como *asunto de política* y no de *la ciencia jurídica*. V. BULYGIN, Eugenio, “*El problema de la validez*”

La admisión de este característico sentido “*trascendente*” que posee el orden público en general, así como la exacerbada expresividad que el mismo asume en el Derecho del Trabajo, aporta un inestimable componente ético a la disciplina⁴⁴, que queda ubicada así, en una dimensión conceptual superior a la meramente dimanante de la normativa legal positiva.

b. Tendencia a la progresividad

El anotado *dinamismo* del orden público asume en la materia laboral un sentido específico, que resulta pautado por el signo de la “*progresividad*”, que los impulsa a evolucionar en un sentido que los dota de una cada vez más elevada consideración jurídica.

Esta tendencia ascendente solo es realmente apreciable si se comprende que *orden público* y *Derecho positivo* no son nociones totalmente identificables. De lo contrario, el jurista que comience su análisis del orden público a partir del estudio particular de la legislación -y sin alcanzar a concebir al instituto en su verdadera dimensión supralegal- sólo llegará a percibir la evolución del mismo como una línea zigzagueante, que acompaña las hesitaciones propias de las normas que integran el Derecho positivo.

Esta línea evolutiva ascendente refleja lo que es una constante en la doctrina de los derechos humanos y se erige en guía inestimable para la interpretación y aplicación del Derecho en ese ámbito. La vocación de “irreversibilidad”⁴⁵ que se vislumbra en los niveles tutelares que alcanzan estos bienes jurídicos deja entrever en su propia concepción, la presencia de la dogmática juslaboralista, que desde siempre ha enfatizado el “*sentido unidireccional*” del orden público social o laboral; constantemente enfocado hacia la superación de los umbrales de protección. Del mismo modo, la prevalencia del criterio del *favor al interés del trabajador* -regla

en Kelsen”, in *Validez y eficacia del Derecho*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 102. Este problema, sin ser idéntico, presenta ciertas semejanzas con la diferenciación que actualmente se reconoce entre los conceptos de *vigencia* (o *existencia*) y la *validez* de las normas. El concepto de *vigencia* guarda relación con la *forma* de los actos normativos y presta atención a que los mismos hayan tenido un proceso de gestación acorde a las pautas indicadas en las normas que regulan dicho proceso. La *validez*, en cambio, guarda relación con el *significado* y atiende a la coherencia entre el *contenido* de los preceptos y los enunciados en las normas superiores. V. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, 4ª edición, Madrid, 2004, p. 22; RADBRUCH, Gustav, *Relativismo y Derecho*, 2ª ed., Ed. Temis, Bogotá, 2009, p. 71; RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, 1ª edición electrónica, México, 2012, p. 485.

⁴⁴ERMIDA URIARTE, Óscar, “Ética y Derecho del Trabajo”, in *Veinte Estudios Laborales en Memoria de Ricardo Mantero Álvarez*, FCU, 2004, p. 19. Francesco CARNELUTTI identificaba como *misión* del Derecho la de *imponer la ética a la economía*. CARNELUTTI, Francesco, *Teoría General del Derecho*, Teoría General del Derecho, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, p. 56.

⁴⁵BARBAGELATA presenta a la irreversibilidad como un corolario del principio de progresividad, consistente en la “*imposibilidad jurídica de que se reduzca la protección ya acordada a los trabajadores por normas anteriores*” y, con cita a ABRAMOVICH y COURTIS, agrega que “*La prohibición de regresividad no es ajena al Derecho Constitucional*”, BARBAGELATA, H.-H., *El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales*, op. cit., p. 245 y 246.

hermenéutica básica que en el Derecho del Trabajo permite determinar cuál habrá de ser la norma aplicable entre dos que tienen vocación de serlo⁴⁶-, también constituye una pauta a seguir en la aplicación de los derechos humanos en general, ámbito en el que tiene acogida la llamada interpretación *pro cives* o *pro libertatis*, que supone la primacía de la norma que resulte más favorable a la persona.

Esta particular *dinámica de progresividad* se manifiesta a través de diversas vertientes o proyecciones. Así, es posible distinguir una *manifestación de carácter sustantivo*, que refiere a los contenidos (*valores de la vida*) que se integran a la noción del orden público social. En este aspecto, es posible constatar que el orden público se muestra complaciente al sucesivo ingreso en su seno de nuevos bienes jurídicos propios del área laboral, buena parte de los cuales puede considerarse integrando su sector *medular*. La evolución de la consideración jurídica que han merecido la mayor parte de los institutos laborales y, en particular, aquellos que integran el Derecho colectivo del trabajo, confirman esta tendencia. Precisamente, la circunstancia de que luego de un fenomenal trasiego jurídico, estos valores hayan alcanzado a quedar ubicados en el corazón mismo del orden público, les otorga la condición de mayor estabilidad que resulta natural a dicho ámbito. En este sentido, cuando un bien jurídico perteneciente a la materia laboral alcanza este grado de consideración jurídica superlativa, queda al abrigo de las fluctuaciones propias del Derecho positivo, el que solamente le resultará oponible en cuanto contemple suficientemente la finalidad tuitiva que debería inspirar a sus normas en relación a aquél.

Estos conceptos adquieren especial importancia en coyunturas en que se plantean impulsos de flexibilización o desregulación. En tal sentido, Barbagelata admitía que si bien “*la tendencia a la flexibilización del Derecho del Trabajo y la consiguiente desregulación, ha provocado una reducción del ámbito del orden público laboral*” estos procesos tienen límites infranqueables a partir de “*una zona de garantías básicas*”⁴⁷ que quedan *fuera del alcance del legislador*.

Sin embargo, también es preciso reconocer que estas tendencias desreguladoras (manifestadas a través de normas positivas o de interpretaciones doctrinarias o jurisprudenciales) pueden sí intentar desposeer de instrumental tuitivo a la materialidad del orden público (por ejemplo, mediante el reconocimiento a los particulares de mayores grados de disponibilidad) o introducir variantes regresivas en determinados aspectos de la materia laboral. La estrategia, no

⁴⁶PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Los principios*, cit., p. 99 y ss.

⁴⁷BARBAGELATA, H.-H., *El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales*, cit., p. 33.

obstante, no puede superar el plano meramente instrumental y más allá de que sus efectos inmediatos tienen la potencialidad de provocar descensos de los niveles de amparo, es importante no perder de vista que lo verdaderamente trascendente, está ubicado en un sitial jurídico inasequible para quien apunta a consagrar la retrogradación de los beneficios laborales. La agudeza del jurista deberá, entonces, enfocarse hacia la búsqueda de los instrumentos que permitan superar los efectos perniciosos inmediatos que provienen de la legislación positiva, y alcanzar la reivindicación jurídica de los valores básicos que deben prevalecer.

Ahora bien, la *progresividad* no se confunde con *imposibilidad absoluta de retrocesos*, pues éstos pueden ser resultado de la propia historicidad del orden público. Sin embargo, también es necesario insistir en la existencia de determinados valores, que, por su característica inmanencia a la condición humana, resultan proclives a permanecer ubicados en la médula del instituto, y entre los cuales se encuentran muchos que pertenecen o afectan a la materia laboral. La posibilidad de que se verifique un descenso en la valoración jurídica de derechos no podría desestimarse de antemano, pero, de existir, debería resultar de un profundo proceso de transformación cultural.

c. Instrumentos del orden público social

La progresividad del orden público social se expresa en al menos *tres aspectos instrumentales*, mediante los cuales se tutelan los bienes jurídicos que conforman la esencia del instituto, y que consisten en *la primacía de la regla de la norma más favorable o sobrepujamiento*; *la conservación de las condiciones más beneficiosas*; y *la irrenunciabilidad* por el trabajador de los beneficios que le reconoce el Derecho del Trabajo. La conjunción de estos tres mecanismos tiende a consagrar, por un lado, la sucesiva superación de los niveles de protección, y por otro, la proscripción de los retrocesos de las condiciones de trabajo que ostenta el trabajador; finalidades ambas que se identifican con la idea de la progresividad antes mencioanda.

Estas manifestaciones instrumentales de la *progresividad* típica del orden público social, también son frecuentemente cuestionadas por las corrientes que impugnan el Derecho del Trabajo. No en vano se ha señalado, con agudeza, que *desregular* no necesariamente significa

terminar con las fuentes regulativas, sino que resulta mucho más inteligente, sencillo y eficaz hacerlas funcionar de manera distinta⁴⁸.

Además, la efectiva tutela de los valores integrantes del orden público social no puede depender de la existencia de una reglamentación legal, porque la importancia de los bienes jurídicos a proteger no admite que su tutela sea retardada hasta el momento en que sean explícitamente acogidos en una norma positiva. Esta es la idea que inspira a las disposiciones constitucionales que mandatan al intérprete a aplicar directamente los mecanismos que resulten coherentes con su efectivo amparo. Si bien no puede decirse que la admisión de estos mecanismos jurídicos habilitantes de la aplicación automática de instrumentos tutelares, sea demasiado novedosa, en cambio sí puede advertirse que en los últimos años ha quedado perfilada una tendencia que apunta a darle a los mismos una dimensión práctica real, al menos en cuanto a la materia laboral se refiere⁴⁹.

El orden público social también se ha servido de otros instrumentos para asegurar la vigencia y tutela de sus valores. Así, por ejemplo, en materia de *eficacia temporal* de las normas, se ha sostenido vigencia inmediata de las normas laborales, en la forma más estricta⁵⁰. Incluso, las consecuencias que en la eficacia temporal de las normas provoca el orden público social, pueden llegar a relativizar o atenuar el principio de irretroactividad de la ley, “*por la necesidad de atender más enérgicamente a la protección del trabajo y del trabajador*”⁵¹. En una línea similar, en materia de *eficacia espacial*, el orden público laboral ha introducido la regla *de la norma más favorable*, que en el ámbito del Derecho Internacional, implica que existiendo más de

2.- ⁴⁸ROMAGNOLI, Umberto, “La desregulación y las fuentes del Derecho del Trabajo”, en Reflexiones sobre el Derecho del Trabajo y la flexibilidad, Instituto Peruano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Lima, 1994.

3.- ⁴⁹Sin perjuicio de este impulso reciente, la supra-legalidad y eficacia jurídica automática de los derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales, proviene de larga data. Al respecto, ver RACCIATTI, O., “El tratado internacional como fuente de Derecho del Trabajo”, en *Treinta y seis estudios sobre las fuentes del Derecho del Trabajo*, FCU, Montevideo, 1995, p. 184-185. BARBAGELATA, H.-H., *El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales*, op. cit., p. 247-248. BRONSTEIN, A., *Derecho Internacional del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 2013, p. 123 y ss.

4.- ⁵⁰BARBAGELATA, H.-H., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 156. Citando a KROTOSCHIN, enseñaba DE LA CUEVA que “*El carácter de orden público que revisten, por lo general, las leyes de trabajo, requiere su aplicación inmediata, esto es, su imposición a partir del momento mismo de su vigencia a todas las situaciones afectadas y con respecto a los efectos jurídicos que en el futuro se produzcan. En cambio, esas leyes sólo por excepción tendrán retroactividad de segundo grado, que se refiere a los efectos que una situación determinada habría producido bajo el imperio de la ley anterior, para modificarlos, aumentarlos o disminuirlos*”. DE LA CUEVA, op. cit., p. 411.

5.- ⁵¹CESARINO JUNIOR, *Direito Social*, cit. por BARBAGELATA, H.-H., *Derecho del Trabajo*, cit., nota N° 139, p. 157.

un orden jurídico razonablemente aplicable a la relación de trabajo, ha de optarse por el más favorable al trabajador⁵².

d. El contenido del orden público social

Resultaría extremadamente difícil y, además, metodológicamente impropio, pretender formular un elenco de valores que pueden considerarse integrantes de la materialidad del orden público social. La esencia unitaria e integral que posee el instituto del orden público, probablemente se constituiría en uno de los elementos determinantes del fracaso de dicha tarea, puesto que seguramente, a poco de comenzado el mismo, el complejo entramado de cruzamientos que se generaría debido a la interdependencia que guardan los distintos bienes jurídicos que lo componen conformaría una maraña tan impenetrable que restaría toda utilidad al esfuerzo. Por este motivo, el hecho de limitarse a señalar, genéricamente, que todos los valores inherentes a la condición humana constituyen parte integrante de la esencia del orden público social, no podría ser considerado como un excesivo simplismo, sino el ineludible resultado de reconocer la estrecha interdependencia que guardan entre sí todos los valores inherentes a la persona.

En tal sentido, la totalidad de los bienes jurídicos que tutela el Derecho del Trabajo son la materialización o expresión concreta en la materia, de valores de alcance mucho más amplio, en tanto atinentes a la compleja naturaleza humana.

Hacer mención a la protección del salario, o al descanso, o a la necesidad de tutelar la libertad sindical, implica necesariamente aludir a bienes tales como la vida, la seguridad, la

6.- ⁵²RACCIATTI, O., “*Conflicto de leyes y...*”, cit., p. 609. En general, la doctrina acepta la aplicación de esta regla a la relación internacional de trabajo aunque suele señalar las dificultades para su aplicación, derivadas de que es necesario comparar ordenamientos y no normas jurídicas comparación global que algunos autores directamente consideran imposible BARBAGELATA, H.-H., op. cit., p. 159; PLÁ RODRÍGUEZ, A., “Reflexiones sobre el Derecho Internacional del Trabajo”, en rev. *Derecho Laboral*, t. XVIII, N° 100, p. 638; ERMIDA URIARTE, O., *Empresas multinacionales y Derecho Laboral*, Montevideo, 1981, p. 165; RACCIATTI, O., “Conflictos de leyes y...”, cit., p. 607; RUSSOMANO, G.M.C.M., op. cit., p. 180; SÜSSEKIND, A., op. cit., p. 26; ALONSO OLEA, M., op. cit., p. 295; MORGENSTERN, F., op. cit., p. 45; MARANHÃO, D., op. cit., p. 173, quien cita en apoyo de su tesis a KROTOSCHIN, E., *Instituciones del Derecho del Trabajo*, T. I, Buenos Aires, 1947, p. 52; GAMILLSCHEG, F., op. cit., p. 363. Un ejemplo de apertura hacia la aplicación del Derecho extranjero se encuentra en el art. 8° de la Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) brasileña. La norma habilita la aplicación supletoria del *Derecho comparado* por parte de las autoridades administrativa y la Justicia del trabajo, a falta de disposiciones legales o contractuales, pero a condición de que de esto no prevalezca ningún interés de clase o particular sobre el interés público (Art. 8° - *As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único - O direito comum será subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste*). V. OLIVEIRA DIAS; GUIMARÃES FELICIANO, Guilherme; TOLEDO FILHO, Manoel Carlos, *Comentários ao novo CPC e sua aplicação ao processo do trabalho*, vol. 1, parte geral, arts. 1° ao 317, atualizado conforme a Lei n. 13.156/2016 (coordenador José Antônio RIBEIRO DE OLIVEIRA, São Paulo, LTr, 2016, p. 202; PINTO MARTINS, Sergio, *Comentários à CLT*, editora Atlas, 13ª ed., São Paulo, 2009, p. 35

dignidad, la libertad, etc. Estos últimos, constituyen valores fundamentales que impregnan a la disciplina, asumiendo en ella, dimensiones y orientaciones específicas, pero que no por este motivo pierden su raigambre genérica sustantiva⁵³.

Sin embargo, como ya fuera indicado, la relación entre el Derecho del Trabajo y el orden público, es de ida y vuelta, puesto que también es posible advertir una “*impregnación juslaboralista*” de diversos valores que integran dicho instituto.

Pero en el perfil que el orden público contornea en la materia laboral, se vislumbra la presencia de una idea fundamental y orientadora, especie de materia prima a partir de la cual se construye la estructura del orden público social, y que se sintetiza en la fórmula matriz: “*el trabajo no es una mercancía*”. Esta es la máxima en la que se resumen y hacia la que confluyen todas las elaboraciones dogmáticas que generó el Derecho del Trabajo, y por ello, puede ser considerada la llave principal del instituto del orden público social.

La fórmula, explicitada con esos términos⁵⁴ en la Declaración de Filadelfia, de 1944, sobre los fines y objetivos de la OIT, en realidad desde el punto de vista *jusfilosófico* puede considerarse presente desde varias décadas antes, pues es precisamente inspirada en ella que se produce el surgimiento del Derecho del Trabajo. En la misma se expresa un pronunciamiento ético, verdaderamente definidor de nuestra cultura contemporánea, y un rasgo fundamental para comprender, tanto la evolución de la teoría general del derecho, como particularmente, el surgimiento y desarrollo del Derecho del Trabajo en el último siglo⁵⁵.

El enunciado no es, precisamente, una descripción de lo que acontece en la realidad, sino una afirmación de tenor ético-jurídico, que marca una pauta ineludible con relación a la manera en que debe ser concebida la regulación del trabajo humano. La toma de conciencia respecto de la necesidad de sustraer la consideración jurídica del trabajo humano, de las reglas mercantiles, supone un avance que ennoblece el sentido evolutivo del Derecho.

Esta fundamental declaración se corporiza y reproduce en otros dos valores singularmente trascendentes y poseedores, a su vez, de un enorme potencial multiplicador. Por una parte, el que impone la premisa de que el trabajo, como objeto ajeno a las variables

7.- ⁵³DE VICENTE PACHÉS, F., op. cit., p. 37. El autor refiere al fenómeno de “*impregnación laboral*” de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su utilización por trabajadores asalariados (también eventualmente por empresarios) a propósito y en el ámbito del contrato de trabajo.

8.- ⁵⁴El artículo 427 del Tratado de Versalles se refería a que “*el trabajo no debe considerarse simplemente como un artículo de comercio*”

9.- ⁵⁵SUPIOT, A., *El espíritu de Filadelfia, La justicia social frente al mercado total*, Ed. Península, Barcelona, 2011, p. 25; LEE, Eddy, “La Déclaration de Philadelphie: retrospective et perspective”, in VV.AA., *La Mondialisation, origines, développements et effects*, sous la direction de James D. Thwaites, Les presses de l’Université Laval, Québec, 2004, p. 35 y ss.

mercantiles, resulta merecedor de *protección jurídica privilegiada*. En segundo lugar, el valor que supone adjudicar a la *justicia social*, el rol de oficiar como criterio rector básico de todo desarrollo jurídico-normativo vinculado con el trabajo, y a cuya consecución debe estar dirigida toda la estructura científica de la disciplina que lo regule.

Por consiguiente, la materialidad del orden público social, queda representada a través de un tríptico conformado por los siguientes valores básicos: a) el trabajo no es una mercancía; b) el trabajo es objeto de tutela jurídica especial y, c) la consecución de la justicia social es el criterio rector de la regulación jurídica del trabajo.

A partir de estos tres valores fundamentales, germina el reconocimiento y la tutela de una serie de derechos humanos específicamente vinculados con el trabajo, cuya trascendencia los ha llevado a quedar plasmados en textos jurídicos de la mayor jerarquía, que bien pueden conceptualizarse como una verdadera reserva de valores jurídicos de nuestra época.

De modo que, el contenido material del orden público social, conformado por el mencionado tríptico de valores fundamentales, y la miríada de derechos y garantías que a partir de los mismos se han generado, representan un engranaje fundamental en la estructura integral del orden público y se constituyen en verdaderas pautas identificatorias de la cultura jurídica contemporánea.

4 LA ARREMETIDA CONTRA EL ORDEN PÚBLICO SOCIAL

Las crisis económicas suelen renovar la vitalidad de los discursos agresivos contra el Derecho del Trabajo. Estas consignas suelen plantear diversas fórmulas dirigidas a eliminar la *rigidez* de las normas laborales. Una de ellas consiste en replantear críticamente la idea del orden público social, proponiendo una revalorización del rol de la autonomía de la voluntad individual. Este mecanismo ha sido, siempre, un instrumento muy eficaz para flexibilizar, demostrando que la desregulación “*no significa agotar las fuentes regulativas; significa hacerlas funcionar de manera distinta*”⁵⁶.

Fue el carácter de orden público de las normas laborales lo que permitió que dentro de cada contrato de trabajo se insertara un estatuto preestablecido, contribuyendo así a forjar una identidad colectiva de trabajadores asalariados. Este esquema de “*uniformidad*”

^{10.-} ⁵⁶ROMAGNOLI, Umberto, “La desregulación y las fuentes del Derecho del Trabajo”, en Instituto Peruano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, *Reflexiones sobre el Derecho del Trabajo y la flexibilidad*, Lima, 1994.

*pluridimensional*⁵⁷ generado a partir del orden público social (identidad de derechos y obligaciones para trabajadores y empleadores, cualesquiera sea la empresa, rama de actividad, condiciones del mercado, características personales o rendimiento de los asalariados), es uno de los blancos principales de las aspiraciones desreguladoras⁵⁸.

La nueva relación *ley - contrato individual de trabajo*, despojada de rigideces, permite consagrar una de las panaceas de las corrientes desreguladoras: suplantar la uniformidad en las relaciones de trabajo, por condiciones establecidas a la medida de cada circunstancia del mercado.

El debilitamiento -y hasta la desaparición- de la noción de orden público social, que comporta esta teoría es evidente: en el extremo del nuevo esquema, se propone la alternativa de que cada trabajador individual quede habilitado para negociar sin limitaciones, todas las condiciones del relacionamiento con su empleador, incluida, por ejemplo, la determinación del tipo contractual que los vinculará.

En ciertos casos, el camino que conduce a tales extremos se va haciendo al andar, y el recurso a mecanismos de “individualización gradual”, representan etapas a transitar hasta alcanzar el punto de destino. No siempre están dadas las condiciones adecuadas para imponer un abrupto y drástico retorno total al contrato individual de trabajo⁵⁹. Por eso, es más frecuente que se proponga un paulatino abandono de la idea de la indisponibilidad de la ley, para ir hacia un ordenamiento laboral en que el legislador sólo fije direcciones y límites, “pero ampliando lo más posible los ámbitos de operatividad de los intereses individuales”⁶⁰. De este modo, se propone el dictado de reglas “semi-obligatorias”, que se limiten simplemente a definir algunas pautas mínimas; mecanismo que si bien no implica un abandono del legislador de su potestad reguladora, sí supone una renuncia al monopolio en la materia. La fuerte tendencia a la valorización de una forma de negociación colectiva cada vez más cercana al puesto de trabajo concreto (negociación colectiva de empresa, o aún, de sectores de la empresa), a expensas del debilitamiento de los niveles superiores (de oficio o de rama de actividad); supone un evidente acercamiento al inocultable ideal de la individualización total.

11.- ⁵⁷ JEAMMAUD, A., op. cit., p. 80.

12.- ⁵⁸ SUPLOT, A., *Critique du Droit du Travail*, Presses Universitaires de France, Paris, 1994, p. 137; SMITIS, S., “Il diritto del lavoro e...”, op. cit., p. 88, JEAMMAUD, A., op. cit., p. 585.

13.- ⁵⁹ Como el que sí aparece planteado en la denominada *Reforma trabalhista* de Brasil (Ley N° 13.467/2017). V. OLIVEIRA DIAS, Carlos Eduardo; GUIMARÃES FELICIANO, Guilherme; DE OLIVEIRA SILVA RIBEIRO, José Antônio; TOLEDO FILHO, Manoel Carlos, *Comentários à Lei da Reforma Trabalhista*, LTr, 2018.

14.- ⁶⁰ SMITIS, S., op. cit., p. 96.

Mientras hay quienes reclaman que descarnadamente y sin eufemismos se reconozca que es una meta economicista la que se persigue mediante el cuestionamiento del concepto de orden público social, otros reprochan la excesiva simplificación de tal perspectiva, y plantean la existencia de ulteriores y elevados fundamentos. En efecto, estos cambios también pueden analizarse como elemento liberador, como la posibilidad de eliminar los obstáculos y presiones que el grupo ejerce sobre el trabajador individual. Así, se dice que la función unificadora-ordenadora de las normas legislativas y colectivas provoca el efecto perverso de obligar al trabajador individual a interiorizar las reglas de comportamiento definidas a aquéllos niveles, impidiendo -según esta visión- la revalorización de un instrumento que permite la reflexión y la decisión individual.

Quienes sostienen este tipo de consignas pretenden que se encuentra en juego el derecho del trabajador a ser respetado en su individualidad. La revalorización del trabajador individual permite que éste se convierta en dueño de su propio destino personal.

El Derecho del Trabajo surgió y se desarrolló bajo el signo de un principio ético: la valorización de la persona del trabajador y el rechazo de las concepciones mercantilizadoras de la relación de trabajo. Frente a las teorías que proponían explicar la naturaleza jurídica del contrato de trabajo como una compraventa de energías humanas, el nuevo Derecho enunció uno de sus postulados centrales: “el trabajo no es una mercancía.” Los términos esencialmente dispares del relacionamiento empleador-trabajador, hacían inaplicable el esquema igualitario y patrimonialista del Derecho Civil que consideraba a la relación de trabajo de manera similar a una relación de cambio entre dos propietarios.

Por esta razón, el Derecho del Trabajo ha sido siempre una disciplina profundamente respetuosa del individuo. Precisamente, la técnica consistente en el establecimiento de normas indisponibles *in pejus* por la voluntad individual (orden público social), es un instrumento de protección de la personalidad individual del trabajador. “El Derecho del Trabajo -enseñaba Mario De la Cueva- no es un límite a la libertad de contratación, sino a la libertad de explotar el factor trabajo y constituye la posibilidad de una auténtica libertad de contratación⁶¹”.

De este modo, la preocupación por la libertad individual, lejos de resultar ajena al Derecho del Trabajo, se constituye en una de sus metas fundamentales, al plantearse la creación de las condiciones para que el trabajador pueda -superando mediante la compensación jurídica, la desigualdad real-, ser verdaderamente libre para optar en su relación individual con el empleador.

15.-

⁶¹DE LA CUEVA, M. op. cit., p. 256.

5 VIGENCIA DEL ORDEN PÚBLICO SOCIAL

Frente al panorama de profundas transformaciones que atraviesa el trabajo, surge la interrogante sobre si no debería asumirse que el orden público social se encuentra atravesando una fase crítica, de extinción.

La confusión en que frecuentemente se cae al asimilar la *sustancia* y la *instrumentalidad* del orden público y la incorrecta tendencia a considerar el concepto como si el mismo fuera estrictamente dependiente del dispar tratamiento que el Derecho positivo brinda a ciertos bienes jurídicos, podría determinar una respuesta afirmativa para esta pregunta. Sin embargo, es indispensable hacer algunas puntualizaciones. Para empezar, es fundamental reflexionar si la crisis afecta la *esencia* o las *manifestaciones instrumentales* del orden público social, es decir, aquellas herramientas mediante las que las normas laborales han tutelado los bienes jurídicos que integran la materia. Sin desconocer que la *sustancia* y la *instrumentalidad* existen lazos muy estrechos, y siendo evidente que el descaecimiento de la *sustancia* del orden público social, determinaría inexorablemente la retracción de sus *manifestaciones instrumentales* consecuentes; la situación inversa, en cambio, no necesariamente provocaría los mismos efectos en relación a la *esencia* del orden público.

Por diversas circunstancias, un determinado ordenamiento positivo podría comenzar a plasmar normas jurídicas reductoras de la tutela que tradicionalmente se ha otorgado a los bienes jurídicos inherentes al orden público social. Incluso, sin necesidad de consagrar normas de tal tenor, puede comenzar a variar en sentido peyorativo la *forma de aplicación práctica* del Derecho del Trabajo. Sin embargo, dicha tendencia no debe indefectiblemente asumirse como un síntoma infalible de la posible afectación de la materia o contenido *nuclear* del orden público social.

Sin renegar del carácter mutable que debe reconocerse como propio del orden público, la variación de su *sustancia* no debe ser entendida como un dato frecuente, cotidiano o corriente, pues de lo contrario habría que colegir que los profundos valores que hacen a la propia idea del instituto, tienen una naturaleza efímera, que, por definición, resultaría incompatible con el mismo. La inserción y consagración de un bien jurídico dentro de la materialidad del orden público, es el resultado de un verdadero proceso social y cultural, lento por naturaleza, a través del cual se logra un asentamiento del mismo en la conciencia jurídica colectiva. Del mismo modo, si bien es preciso contemplar la posibilidad de que se produzcan cambios en el sentido de la corriente, y que los mismos determinen la expulsión de la matriz del

orden público de ciertos elementos que otrora eran considerados como integrantes de la misma, no debería atribuirse a este proceso una celeridad o simplicidad mayor que la que pudo haber tenido aquel otro que antes lo había introducido a dicha matriz.

La variabilidad de las normas integrantes del Derecho positivo es, en cambio, notoriamente más dinámica y acentuada y, a pesar de que las mismas poseen, por naturaleza, la vocación de constituirse en expresión fidedigna de los valores que la conciencia colectiva ha adoptado como propios, también es necesario estar atentos ante la eventualidad de que las normas positivas también pueden presentar desviaciones que las hagan tomar distancia respecto de dichos valores. La carga que se impone al intérprete consistirá, pues, en analizar si las nuevas orientaciones que adquieren las normas jurídicas positivas, están o no, revelando una mutación en el contenido sustancial del orden público.

Por otra parte, en el caso del orden público social, el dinamismo adquiere un sentido tendencialmente enfocado hacia la progresividad, que si bien no es absoluta, sí puede provocar el enunciado de una *presunción simple*, favorable a considerar ajustadas al orden público, en principio, exclusivamente aquellas normas del Derecho positivo que mantengan o incrementen la tutela de tales bienes jurídicos. Se trataría de la aplicación particular del principio *pro homine* que rige en el ámbito de los Derechos Humanos, determinando criterios extensivos de interpretación para aquellas normas que los consagran o amplían y restrictivos, para aquellas que los limiten o restrinjan.

En otros términos: la norma jurídica positiva que consagre una disminución en la tutela de un determinado valor integrante de la sustancia del orden público social, lejos de condicionar la conclusión de que ha variado la consideración jurídica que el colectivo social le atribuye a dicho bien, debería ser objeto de un análisis riguroso, debido a que la ya mencionada *presunción de progresividad*, estaría determinando, o bien una conclusión negativa en cuanto a su legitimidad (por tratarse de una norma positiva en contradicción con los valores superiores que conforman el orden público), o en el mejor de los casos, la conclusión de que se trata de una norma excepcional, que basa su legitimidad para marcar una inflexión en la línea de principio, en razones de interés general.

La retracción de la tutela positiva de cierto bien jurídico no supone una mengua de la valoración esencial que el mismo merece, la que en un Estado de derecho y en condiciones normales deberá prevalecer.

Corresponde reflexionar acerca de si las crisis que se ciernen sobre el Derecho del Trabajo son consecuencia de que los valores que éste jerarquizó han perdido vigencia. El

pensamiento *neoclásico* seguramente responda afirmativamente a esta interrogante. Sin embargo, en el actual estadio de la evolución del Derecho no parece posible considerar que este tipo de planteamientos haya logrado socavar la preeminente ubicación que en la esencia de la conciencia jurídica universal ostenta la máxima ética que declara que el trabajo no es una mercancía.

De modo que el impulso hacia la desregulación del Derecho del Trabajo, no parece hasta el momento poseer la energía necesaria como para enervar la *sustancia conceptual* del orden público social, que permanece a salvo, en un sitial superior al alcanzable por la norma de nivel legislativo.

A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO SÓCIO NO PROCESSO DO TRABALHO

THE PATRIMONIAL RESPONSIBILITY OF THE PARTNER IN THE LABOR PROCESS

Mauro Schiavi¹

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo estudar a responsabilidade patrimonial do sócio no Processo do Trabalho, principalmente na fase executiva onde, muitas vezes, o sócio é chamado a responder pela dívida da pessoa jurídica que figura no polo passivo de uma demanda trabalhista. O texto apresenta as principais teorias que fundamentam a responsabilização do sócio na esfera trabalhista, a responsabilização do sócio retirante, e a responsabilização da pessoa jurídica por ato do sócio, à luz da Doutrina e da Jurisprudência dos Tribunais. Por fim, há estudo sobre o novo instituto do incidente de descon sideração da personalidade jurídica, que teve um grande impulso após a vigência da Lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista).

PALAVRAS CHAVES: Sócio. Responsabilidade patrimonial. Processo do Trabalho. Execução. Teoria da descon sideração da personalidade jurídica. Incidente de descon sideração da personalidade jurídica.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da responsabilidade patrimonial no Processo do Trabalho. 3. Da responsabilidade do sócio (Descon sideração da personalidade jurídica). 4. Da responsabilidade do sócio retirante. 5. Teoria inversa da descon sideração da personalidade jurídica. 6. Do incidente de descon sideração da personalidade jurídica. 7 Conclusão. 8. Bibliografia.

ABSTRACT: This article aims to study the patrimonial responsibility of the partner in the Labor Process, mainly in the executive phase where, often, the partner is called to answer for the debt of the legal entity that appears in the passive pole of a labor claim. The text presents the main theories underlying the liability of the partner in the labor sphere, the responsibility of the retiring partner, and the responsibility of the legal person for the act of the partner, in the light of the Doctrine and Jurisprudence of the Courts. Finally, there is a study on the new institute of the incident of disregard of legal personality, which had a great impulse after the validity of Law 13467/17 (Labor Reform).

KEY WORDS: Partner. Asset liability. Labor Process. Execution. Theory of disregard of legal personality. Incident of disregard of legal personality.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. The patrimonial responsibility in the Labor Process. 3. The responsibility of the partner (Disregard of legal personality). 4. The responsibility of the retiring member. 5. The inverse theory of disregard of legal personality. 6. The incident of disregard of legal personality. 7 Conclusion. 8. Bibliography.

Artigo recebido em: 21/05/2019.

Artigo aprovado em: 22/05/2019 25/05/2019.

¹ Mauro Schiavi é Juiz Titular da 19ª Vara do Trabalho do Fórum Central de São Paulo. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Professor nos Cursos de Pós-Graduação Lato Sensu na PUC/SP e no MACKENZIE/SP. Autor, dentre outros 17, do livro Execução no Processo do Trabalho. 11ª edição. São Paulo, LTr, 2019.

RDRST, Brasília, Volume 5, n.1, 2019, p179-203, Jan-Abr/2019

1 INTRODUÇÃO

Tema dos mais recorrentes na Justiça do Trabalho, a responsabilidade patrimonial do sócio tem sido objeto de muitos estudos doutrinários e decisões judiciais. Mesmo existindo legislação específica sobre o assunto, ainda há muitos debates sobre a necessidade de se oportunizar ao sócio, assim como ao sócio que se retira da pessoa jurídica, contraditório eficaz no processo trabalhista, principalmente na execução, para que seus bens não sejam atingidos de forma quase instantânea. De outro lado, argumenta-se que o sócio não coopera na fase executiva, apresentando espontaneamente o patrimônio existente da pessoa jurídica ou o seu próprio a fim de satisfazer o crédito trabalhista.

O texto apresenta as principais teorias que fundamentam a responsabilização do sócio na esfera trabalhista, a responsabilização do sócio retirante, e a responsabilização da pessoa jurídica por ato do sócio, à luz da Doutrina e da Jurisprudência dos Tribunais. Defende-se a aplicação da teoria objetiva de desconsideração da personalidade jurídica no Processo do Trabalho, em razão das singularidades do sistema processual trabalhista e por ser, acima de tudo, um procedimento onde há assimetria de partes.

Na parte final, há estudo sobre o novo instituto do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, que teve um grande impulso após a vigência da Lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista). Apesar de aplicável ao Processo Trabalhista, o incidente deve ser compatibilizado com o sistema da execução trabalhista no processo do trabalho.

Diante da atualidade do tema e das discussões em torno do instituto, o texto que ora se apresenta pretende contribuir para o debate, trazendo os fundamentos que justificam a responsabilização do sócio na execução trabalhista, bem como os instrumentos processuais adequados para esta finalidade.

2 DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL NO PROCESSO DO TRABALHO

Na legislação brasileira, a execução não é pessoal, mas atinge os bens do devedor, presentes e futuros (art. 789 do CPC).

O art. 5º, LXVII, da Constituição Federal² diz que não há prisão civil por dívida, exceto no caso de prestação alimentar e do depositário infiel³. Desse modo, somente quando o texto constitucional admitir, a execução pode ser pessoal, ou seja, incidirá na pessoa do devedor, privando-o da liberdade. Não se trata de prisão de caráter penal, e sim de natureza civil, a fim de forçar o devedor de prestação alimentícia a cumpri-la e o depositário, entregar o bem que estava em sua posse.

Ensina *Cândido Rangel Dinamarco*⁴ que responsabilidade patrimonial ou responsabilidade executiva se conceitua como “a suscetibilidade de um bem ou de todo um patrimônio a suportar os efeitos da sanção executiva”.

Pensamos ser a responsabilidade patrimonial *um vínculo de direito processual, pelo qual os bens do devedor ficam sujeitos a execução e a serem destinados à satisfação do crédito do exequente*.

O patrimônio do devedor responde pelas dívidas e também pela satisfação do processo, tanto os bens presentes como os futuros, segundo a regra do já citado art. 789 do CPC.

Conforme *Manoel Antonio Teixeira Filho*⁵, o conceito de patrimônio, com vistas à responsabilidade a que está submetido o devedor, pode ser tomado a Rosenberg: “é a soma das coisas que têm valor pecuniário e direitos do devedor, e compreende bens móveis e imóveis, créditos e outros direitos, também expectativas, sempre que sejam já direitos subjetivamente disponíveis”. O conceito desse ilustre jurista tem o mérito de destacar que foram excluídos do campo da responsabilidade do devedor determinados bens, como os que não possuem valor econômico; além disso, há aqueles que a lei considera absolutamente impenhoráveis.

O Código de Processo Civil atribui responsabilidade patrimonial a certas pessoas que, embora não constem do título executivo, poderão ter seus bens sujeitos a execução. Tal responsabilidade vem sendo denominada na doutrina como *responsabilidade patrimonial secundária*.

²Art. 5º, LXVII, da CF: “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

³A Súmula Vinculante n. 25 do STF diz ser ilegal a prisão do depositário, incluindo o depositário judicial infiel.

⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. v. IV. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 321.

⁵TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Execução no processo do trabalho. 9. ed. São Paulo: LTr, 2001, p. 247.

Como destaca *Humberto Theodoro Junior*⁶, bens de ninguém respondem por obrigação de terceiro, se o proprietário estiver inteiramente desvinculado do caso do ponto de vista jurídico. Há casos, porém, em que a conduta de terceiros, sem levá-los a assumir posição de devedores ou das partes na execução, torna-os sujeitos aos efeitos desse processo. Isto é, seus bens particulares passam a responder pela execução, muito embora inexista assunção da dívida constante do título executivo. Quando tal ocorre, são executados bens que não são do devedor, mas de terceiros, que não se obrigou, e, mesmo assim, responde pelo cumprimento das obrigações daquele. Trata-se, como se vê, de obrigação puramente processual.

Não há violação do contraditório ou da ampla defesa em executar bens de pessoas que não constem do título executivo, pois a responsabilidade que lhes foi atribuída se justifica em razão de manterem ou terem mantido relações jurídicas próximas com o devedor de cunho patrimonial que podem comprometer a eficácia da execução processual, e daí a lei lhes atribuir tal responsabilidade, visando à garantia do crédito. Além disso, os responsáveis secundários podem resistir à execução, pelos meios processuais cabíveis, como os embargos de terceiro e os embargos à execução.

A Consolidação das Leis do Trabalho não disciplina a hipótese; desse modo, resta aplicável à execução trabalhista o disposto no art. 790 do CPC:

“São sujeitos à execução os bens: I – do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória; II – do sócio, nos termos da lei; III – do devedor, ainda que em poder de terceiros; IV – do cônjuge ou companheiro, nos casos em que seus bens próprios ou de sua meação respondem pela dívida; V – alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução; VI – cuja alienação ou gravação com ônus real tenha sido anulada em razão do reconhecimento, em ação autônoma, de fraude contra credores; VII – do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.”

3 DA RESPONSABILIDADE DO SÓCIO (DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA)

A pessoa jurídica não se confunde com a do sócio (art. 20 do Código Civil de 1916), tampouco a sociedade comercial se confunde com a de seus administradores ou acionistas. Não obstante, a lei atribui ao sócio a chamada responsabilidade patrimonial

⁶THEODORO JUNIOR, Humberto. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 222.

(arts. 789 e 790, II, do CPC). Desse modo, os bens do sócio podem vir a ser chamados a responder pela execução, nos termos da lei, caso a sociedade não apresente bens que satisfaçam a execução.

Independentemente de ter figurado no polo passivo da reclamação trabalhista, os bens do sócio podem responder pela execução, pois a responsabilidade do sócio é patrimonial (econômica e de caráter processual).

Não se trata de despersonalização da pessoa jurídica, ou seja, de extinção da personalidade jurídica da empresa, mas de descon sideração temporária da personalidade jurídica, no caso concreto, e nos limites do processo, para atingir o patrimônio pessoal do sócio.

No mesmo sentido, a opinião de *Flávio Tartuce*⁷:

“(...) Subsiste, ainda, o princípio da autonomia subjetiva da pessoa jurídica, distinta da pessoa de seus sócios, mas tal distinção é afastada nas hipóteses previstas em lei. Não se retirou a personalidade jurídica, mas apenas a desconsidera em determinadas situações, penetrando-se no patrimônio do sócio ou administrador. Na verdade, não se pode confundir a descon sideração com *despersonalização* da empresa. No primeiro instituto apenas desconsidera-se a regra pela qual a pessoa jurídica tem existência distinta de seus membros. Na despersonalização, a pessoa jurídica é dissolvida. Sendo assim, no caso de ser deferida a descon sideração da personalidade jurídica pelo juiz da causa, deve-se manter a pessoa jurídica no polo passivo da demanda e incluir os sócios e administradores.”

De nossa parte, tendo havido a descon sideração da personalidade jurídica, não é necessária a inclusão do sócio no polo passivo da demanda, uma vez que sua responsabilidade é patrimonial. Entretanto, os Tribunais trabalhistas têm editado orientações no sentido da inclusão a fim de dar publicidade ao fato e proteger eventuais terceiros de boa-fé que têm ou terão contratos com o sócio, principalmente de transferência de patrimônio.

O primeiro diploma legal utilizado na Justiça do Trabalho a disciplinar a possibilidade de descon sideração da personalidade jurídica a ser utilizado pela Justiça do Trabalho foi o art. 10 da Lei n. 3.708/19, que assim dispõe:

“Os sócios gerentes ou que derem nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas e nome da sociedade, mas respondem com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei.”

⁷Manual de direito civil. São Paulo: Método, 2011. p. 138.

Posteriormente, veio a lume o Código Tributário Nacional, que disciplinou a questão no art. 135 do CTN, *in verbis*:

“São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I – as pessoas referidas no artigo anterior; II – os mandatários, prepostos e empregados; III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.”

Atualmente, a matéria está regulamentada pelo art. 28 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e art. 50 do Código Civil, que encampam a teoria da “desconsideração da personalidade jurídica”, também conhecida com *disregard doctrine*, *disregard of legal entity*, *lifting the corporate veil*, oriunda do direito anglo-saxão e introduzida ao direito brasileiro por Rubens Requião.

*Fábio Ulhoa Coelho*⁸ distingue a teoria da desconsideração da personalidade jurídica entre as teorias maior e menor. Assevera o jurista: “há, no direito brasileiro, na verdade, duas teorias da desconsideração. De um lado, a teoria mais elaborada, de maior consistência e abstração, que condiciona o afastamento episódico da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas à caracterização da manipulação fraudulenta ou abusiva do instituto. Nesse caso, distingue-se com clareza a desconsideração da personalidade jurídica e outros institutos jurídicos que também importam a afetação de patrimônio de sócio por obrigação da sociedade (p. ex. a responsabilização por ato de má gestão, a extensão da responsabilidade tributária ao gerente etc.). Ela será chamada, aqui, de teoria maior. De outro lado, a teoria menos elaborada, que se refere à desconsideração em toda e qualquer hipótese de execução do patrimônio de sócio por obrigação social, cuja tendência é condicionar o afastamento do princípio da autonomia à simples insatisfação de crédito perante a sociedade. Trata-se da teoria menor, que se contenta com a demonstração pelo credor da inexistência de bens sociais e da solvência de qualquer sócio, para atribuir a este a obrigação da pessoa jurídica.”

Preferimos classificar a teoria da desconsideração em *subjativa e objetiva*.

Pela teoria subjativa da desconsideração da personalidade jurídica, os bens do sócio podem ser atingidos quando:

- a) a pessoa jurídica não apresentar bens para pagamento das dívidas;

⁸Curso de direito comercial. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 35.

b) de atos praticados pelo sócio com abuso de poder, desvio de finalidade, confusão patrimonial, ou má-fé.

Atualmente, a moderna doutrina e a jurisprudência trabalhista encampam a chamada teoria objetiva da desconsideração da personalidade jurídica que disciplina a possibilidade de execução dos bens do sócio, independentemente de os atos deste violarem ou não o contrato, ou haver abuso de poder. Basta a pessoa jurídica não possuir bens para ter início a execução aos bens do sócio.

No processo do trabalho, o presente entendimento se justifica em razão da hipossuficiência do trabalhador, da dificuldade que apresenta o reclamante em demonstrar a má-fé do administrador, ou o chamado ato *ultra vires* (praticado com excesso de mandato ou abuso de poder) e do caráter alimentar do crédito trabalhista. Aplica-se, aqui, o disposto no parágrafo 5º do art. 28, da Lei 8078/90⁹ que possibilita ao Juiz do Trabalho desconsiderar a personalidade jurídica, quando a existência desta constituir obstáculo à satisfação do crédito trabalhista.

No mesmo sentido, nos adverte Maurício Godinho Delgado¹⁰:

(...)Na seara justrabalhista, a noção de despersonalização da figura do empregador é, sem dúvida, mais ampla, de maneira a assegurar a efetividade dos direitos sociais fundamentais trabalhistas também pelo patrimônio dos sócios das entidades societárias, em caso de frustração da execução com respeito ao patrimônio da respectiva sociedade empregadora – independentemente de comprovação de fraude ou vícios congêneres na gestão empresarial ou no uso da fórmula da pessoa jurídica.”

No aspecto, destacamos a seguinte ementa que reflete o entendimento predominante da jurisprudência trabalhista:

EXECUÇÃO. NULIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO NA FASE DE CONHECIMENTO. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO EMPREGADOR. RESPONSABILIDADE DE EX-SÓCIO. 1. Consoante leciona o ilustre jurista Mauro Schiavi, não obstante a pessoa jurídica não se confundir com a do sócio, a lei atribui a este a chamada responsabilidade

⁹ Art. 28, da Lei 8078/90: “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. (...) § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”

¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 18ª edição. São Paulo: Ltr, 2019, p. 595-596.

patrimonial, de modo que seus bens podem vir a ser chamados a responder pela execução, nos casos em que a sociedade não apresente bens que satisfaçam a execução. Nesse passo, a sujeição do sócio — responsável econômico — não depende de sua participação no processo na fase de conhecimento. 2. Correta a constrição dos bens do ora agravante, considerando sua condição de ex-sócio da executada durante a relação de emprego do autor, bem como a inexistência de patrimônio da empresa executada capaz de garantir a execução, conforme salientado na decisão proferida pelo Tribunal Regional. 3. Agravo de instrumento não provido (TST Processo: AIRR – 102640-11.2005.5.02.0201 Data de Julgamento: 20.3.2013, relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26.3.2013)

A desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho pode ser levada a efeito em qualquer fase do processo. Não obstante, o sócio, uma vez tendo seus bens penhorados para garantia da execução, tem o direito de invocar o chamado “benefício de ordem” e requerer que primeiro sejam executados os bens da sociedade; mas para que tal seja possível, é necessário que indique onde estão os bens, livres e desembargados para penhora, que sejam de fácil liquidez, e obedeçam à ordem de preferência mencionada no art. 835 do CPC.

Nesse sentido é o que preconiza o art. 795 e os §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil:

“Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei.

§ 1º O sócio réu, quando responsável pelo pagamento da dívida da sociedade, tem o direito de exigir que primeiro sejam executados os bens da sociedade.

§ 2º Incumbe ao sócio que alegar o benefício do § 1º nomear quantos bens da sociedade situados na mesma comarca, livres e desembargados, bastem para pagar o débito.”

O dispositivo acima consagra a responsabilidade subsidiária do sócio, pois prevê a faculdade de este invocar o benefício de ordem. Desse modo, a responsabilidade do sócio é subsidiária em face da pessoa jurídica; entretanto, a fim de dar maior garantia e solvabilidade ao crédito trabalhista, têm a doutrina e a jurisprudência, acertadamente, entendido que a responsabilidade dos sócios entre si é solidária. Sendo assim, se a pessoa jurídica tiver mais de um sócio, cada um deles responderá pela integralidade da dívida, independentemente do montante das cotas de cada um na participação societária.

Aquele que pagou a dívida integralmente pode se voltar regressivamente em face dos demais sócios.

Quanto às sociedades anônimas, é possível a responsabilização dos diretores administradores, pois detêm a administração da sociedade, não sendo possível a responsabilização dos acionistas. Nesse sentido, destacam-se a seguinte ementa:

Desconsideração da personalidade jurídica. Sociedade anônima. Possibilidade. A teoria do superamento da personalidade jurídica (disregard of legal entity), que permite seja desconsiderada a personalidade jurídica das sociedades de capitais, para atingir a responsabilidade dos sócios, visando a impedir a consumação de fraudes e abusos de direito cometidos através da sociedade, com aplicação analógica do artigo 28, parágrafo 5º, do Código de Defesa do Consumidor, artigo 50 do Código Civil e artigos 134, V e 135 do Código Tributário Nacional, ressaltando-se, ainda, que os ônus do empreendimento econômico frustrado não podem nunca ser transferidos ao empregado, nos termos do artigo 2º da CLT, vigente à época do início da execução. (TRT/SP - 00000010620185020088 - AIAP - Ac. 14ªT 20180172284 - Rel. Erotilde Ribeiro dos Santos Minharro - DeJT 14/06/2018)

No mesmo diapasão, dispõe o art. 158 da Lei n. 6.404/76, *in verbis*:

“O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I – dentro de suas atribuições ou poderes com culpa ou dolo; II – com violação da lei ou do estatuto;

(...) § 2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos pela lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelos estatutos, tais deveres não caibam a todos eles;

(...) § 5º Responderá solidariamente com o administrador que, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática do ato com violação da lei ou do estatuto.”

Como destaca *José Augusto Rodrigues Pinto*¹¹:

“O tratamento das duas leis é o mesmo, ou seja, a responsabilidade extensiva será determinada pela gestão patológica e ensejará a aplicação da teoria da *disregard of Coporate entity*. A distinção a considerar é do direcionamento da solidariedade: na sociedade anônima é para o administrador, uma vez que o sócio pode chegar a ser uma simples sombra, desprovida até de identidade no universo dos acionistas, que chega a ser imenso nas grandes corporações, despertando a advertência de Romita: “impraticável será invocar-se a responsabilidade dos acionistas — é evidente”.

¹¹ PINTO, José Augusto Rodrigues. Execução trabalhista, 11ª ed. São Paulo: LTr, 2006 p. 122.

Com relação às sociedades sem finalidade lucrativa e entidades filantrópicas, em que pesem as opiniões em contrário no sentido de que seus sócios e administradores não responderem com o patrimônio pessoal, já que tais entidades não perseguem lucro, de nossa parte também é possível a desconsideração em face do princípio da despersonalização do empregador (art. 2º da CLT) e também por estarem inseridos na categoria dos empregadores por equiparação (art. 2º, § 1º, da CLT). Além disso, não há exclusão legal nos arts. 50 do CC e 28 da Lei n. 8.078/90 quanto às referidas entidades. Não obstante, deve o magistrado trabalhista atuar com maior sensibilidade, analisando as circunstâncias do caso concreto, bem como os poderes de cada sócio ou administrador dentro de tais entidades.

No aspecto, destacamos a seguinte ementa que retrata com fidelidade a presente questão:

REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO PARA O DIRETOR DE ENTIDADES FILANTRÓPICAS. Os dirigentes de entidades filantrópicas encontram-se na mesma situação que os demais dirigentes das entidades com fins lucrativos, respondendo com seus bens pessoais, consoante art. 2º, § 2º, da CLT. Isso porque, a uma, a Consolidação das Leis do Trabalho (art. 2º, § 2º) não apresenta nenhuma discriminação ou privilégio de tais dirigentes e segundo o brocardo jurídico, onde a lei não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo; a duas, em matéria de privilégios/imunizações ou isenções, quando o legislador quer atribuí-los, o faz expressamente; e a três, no cotejo entre as dignidades dos bens/destinatários envolvidos, ou seja, verba de natureza alimentar e hipossuficiente, de um lado; os litigantes/bens/patrimônios/direito de propriedade e dirigente de outro, as normas constitucionais e seus princípios nucleares, especialmente os da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da razoabilidade e da ponderação de interesses (pesos/medidas de Alexy e Dworkin) nos aconselham a dar guarida, no caso vertente, ao trabalhador. Agravo de petição a que se nega provimento. (TRT – 1ª Região. Agravo de Petição. Processo n. 01648001320055010068. 5ª Turma. Rel. Des. Enoque Ribeiro dos Santos. DOERJ: 3.7.2013)

Diante do exposto, conclui-se que a responsabilização do sócio no processo do trabalho é mais flexível que no processo comum, aplicando-se a chamada *teoria objetiva da desconsideração da personalidade jurídica*, em razão das singularidades do processo trabalhista, e pela dificuldade que apresenta o trabalhar em demonstrar os atos praticados pelo sócio com abuso de poder ou contrários aos estatutos sociais.

4 DA RESPONSABILIDADE DO SÓCIO RETIRANTE

Dispõe o art. 10-A, da CLT, com a redação dada pela Lei n. 13.467/17:

“O sócio retirante responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período em que figurou como sócio, somente em ações ajuizadas até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, observada a seguinte ordem de preferência: I – a empresa devedora; II – os sócios atuais; e III – os sócios retirantes. Parágrafo único. O sócio retirante responderá solidariamente com os demais quando ficar comprovada fraude na alteração societária decorrente da modificação do contrato.”

Assevera o art. 1.003 do Código Civil:

“A cessão total ou parcial de quota, sem a correspondente modificação do contrato social com o consentimento dos demais sócios, não terá eficácia quanto a estes e à sociedade.

Parágrafo único. Até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio.”

No mesmo sentido, dispõe o art. 1.032 do Código Civil, *in verbis*:

“A retirada, exclusão ou morte do sócio, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até 2 (dois) anos após averbada a resolução da sociedade; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer averbação.”

Conforme os referidos dispositivos legais, o sócio que se retirou da sociedade não mais responde pelas dívidas desta após dois anos da data da retirada.

Questiona-se: a limitação da responsabilidade do sócio retirante há dois anos é compatível com os princípios que norteiam o Direito material e o processual do trabalho?

Parte da jurisprudência se mostrava refratária à aplicação do art. 1.003 do CC ao processo do trabalho, argumentando que a responsabilidade do sócio retirante persiste para fins trabalhistas, mesmo após dois anos¹², pois, se o sócio retirante estava na sociedade

¹² Nesse sentido: RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. EX-SÓCIOS (SÓCIOS RETIRANTES) DA SOCIEDADE REGIONAL SUDOESTE DE ENSINO S/C LTDA. LIMITE. ART. 1.032 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. Recurso de revista fundamentado em violação dos arts. 1.003 e 1.032 do Código Civil Brasileiro e 7^ª, XXIX, da Constituição da República e em divergência jurisprudencial. O e. Tribunal manteve a r. sentença que condenara subsidiariamente os ex-sócios recorrentes da Sociedade Regional Sudoeste de Ensino S/C Ltda. O art. 1.032 do Código Civil Brasileiro estabelece que o sócio retirante, ou os seus herdeiros, continuam sendo responsáveis pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a sua saída da sociedade. A responsabilidade tem por objetivo distender o alcance das suas responsabilidades em relação ao inadimplemento das obrigações da sociedade, porquanto se aplica ao sócio que se retira da sociedade o princípio consagrado no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor e o art. 50 do Código Civil Brasileiro, qual seja, o — disregard of the legal entity — princípio da desconsideração da pessoa jurídica. No entanto, a doutrina e a

à época da prestação de serviço e usufruiu da mão de obra do trabalhador, é justo que seu patrimônio responda pelos débitos trabalhistas. Além disso, argumentam incompatibilidade com os princípios protetor, da natureza alimentar e da irrenunciabilidade do crédito trabalhista.

No aspecto, sustenta *Enoque Ribeiro dos Santos*¹³ ao comentar o art. 1.003 do CC, *in verbis*:

“Da análise hermenêutica do dispositivo legal mencionado se depreende que os ex-sócios têm plena responsabilização pelas dívidas até dois anos após a averbação da modificação do contrato, por todas as obrigações que tinha como sócios, da mesma forma que os sócios atuais, ao tempo em que participavam da sociedade. Porém, excepcionalmente, caso os ex-sócios ao tempo em que integram a sociedade tenham participado da celebração do contrato de trabalho com os obreiros, e, daí também tenham auferido vantagens ou se apropriado da força de trabalho correlata, deverão responder pelas dívidas trabalhistas, caso a empresa ou sociedade não disponha de patrimônio suficiente para arcar com tais dispêndios, mesmo transcorrido o interregno de dois anos, como dispõe a norma civilista. O fundamento recai no fato de que o credor trabalhista, geralmente, hipossuficiente, além de ser dotado de um superprivilégio, pela natureza jurídica alimentar de seu crédito (art. 100 CF/88 e 135 do CTN) não dispõe de outros meios a lhe socorrer, daí o jargão popular de que ‘ganha, mas não recebe’, já que grande parte das execuções na será laboral é encaminhada ao arquivo, diferentemente do ex-sócio que ao arcar com o débito empresarial, poderá no momento oportuno, exercer o seu direito de regresso.”¹⁴

Outros argumentam que o art. 1.003 do CC se aplicava integralmente ao processo do trabalho, em razão de omissão da CLT e compatibilidade com os princípios que regem a execução trabalhista, máxime os da dignidade da pessoa humana do

jurisprudência trabalhista têm por princípio a proteção do trabalhador — art. 8ª da CLT — adotando a teoria acima descrita — princípio da desconsideração da pessoa jurídica —, na hipótese em que a sociedade não possui bens suficientes para garantir a execução, visando a garantir os interesses contratuais do empregado, assim como preconizam que a responsabilidade do sócio retirante deve ser declarada caso o empregado tenha trabalhado durante a gestão do ex-sócio, ou seja, que efetivamente tenha o ex-sócio se beneficiado da força de trabalho do trabalhador. Deve ser considerado e analisado se os sócios remanescentes possuem, ou não, condições de suportar a dívida trabalhista e que tenha como fato gerador o período em que o sócio retirante ainda fazia parte do quadro societário. Com efeito, é fato incontroverso nos autos que os ex-sócios deixaram a sociedade em 30 de julho de 2003 (fl. 1752 — sentença), e que o empregado recorrido laborou para a 1ª ré de março de 2001 até 23.8.2006 (fl. 16), assim como ajuizou a reclamação trabalhista em 9.11.2006. Logo, os sócios retirantes devem ser responsabilizados subsidiariamente pelos créditos devidos ao autor da demanda. Recurso de revista conhecido por divergência jurisprudencial e não provido. (TST – RR – 122300-71.2006.5.15.0143, relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 2.10.2013, 3ª Turma, Data de Publicação: 4.10.2013).

¹³ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Responsabilidade de ex-sócios e administradores no âmbito trabalhista. Revista LTr, 70-09/1044.

¹⁴ No mesmo sentido: MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Execução de sentença no processo do trabalho. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 102.

executado e meio menos gravoso da execução (arts. 769 e 889 da CLT). Nesse sentido, destaca-se a seguinte ementa:

AGRAVO DE PETIÇÃO EM EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE DE EX-SÓCIO. Não há dúvida de que o sócio retirante responde subsidiariamente por atos de gestão em face da moderna teoria da despersonalização da pessoa jurídica. Ocorre, todavia, que não existe responsabilidade perpétua. O direito consagra a existência de prescrição e decadência, visando à tranquilidade social. Não havendo, na atual ordem jurídica, norma explícita sobre o limite temporal da responsabilidade do sócio retirante quanto aos créditos trabalhistas, cabe ao intérprete buscar limites sistêmicos que deverão ser aplicados aos litígios em andamento. O primeiro deles concerne ao prazo prescricional consignado no inciso XXIX do art. 7º da CF, que estabelece: Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXIX – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, ATÉ O LIMITE DE DOIS ANOS APÓS A EXTINÇÃO DO CONTRATO; (grifou-se) O segundo diz respeito ao prazo de dois anos, fixado no parágrafo único do art. 1.003 e no art. 1.032, ambos do Código Civil Brasileiro, para a responsabilidade do sócio retirante, in verbis, respectivamente: art. 1.003. A cessão total ou parcial de quota, sem a correspondente modificação do contrato social com o consentimento dos demais sócios, não terá eficácia quanto a estes e à sociedade. Parágrafo único. ATÉ DOIS ANOS DEPOIS DE AVERBADA A MODIFICAÇÃO DO CONTRATO, RESPONDE O CEDENTE SOLIDARIAMENTE COM O CESSIONÁRIO, PERANTE A SOCIEDADE E TERCEIROS, PELAS OBRIGAÇÕES QUE TINHA COMO SÓCIO. ART. 1.032. A retirada, exclusão ou morte do sócio não o exime, ou a seus herdeiros. DA RESPONSABILIDADE PELAS OBRIGAÇÕES SOCIAIS ANTERIORES A 2 (DOIS) ANOS APÓS AVERBADA A RESOLUÇÃO DA SOCIEDADE; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer a averbação. (grifou-se). Em suma: se a reclamação não se iniciou no período contemporâneo à gestão do sócio, muito menos nos dois anos subsequentes à sua saída, não há como responsabilizá-lo, subsidiária ou solidariamente, por eventual débito trabalhista. O Judiciário deve buscar a satisfação do julgado, todavia, não pode, nesse intento, gerar situações absurdas, como na hipótese presente, onde a ex-sócia teve seu patrimônio atingido para satisfação de um crédito trabalhista originário de uma ação proposta mais de dois anos após seu desligamento do quadro societário. Assim, considerando o tempo decorrido entre a saída da agravante do quadro societário da executada e a propositura da ação trabalhista, impõe-se sua exclusão do polo passivo, com a conseqüente liberação da constrição realizada sobre o seu patrimônio. Agravo de petição a que se dá provimento. (TRT/SP. 12ª T. – ACÓRDÃO n. 20070902997 – PROCESSO TRT/SP n. 00873200701502005. Rel. Des. Nélson Nazar. DOESP 16.10.2007)

O art. 10-A, da CLT é melhor que os arts. 1.003 e 1.032 do CC, pois fixa a responsabilidade subsidiária do sócio retirante pelo período em que figurou na sociedade, mas limitado às ações trabalhistas ajuizadas até dois anos da data da retirada, estabelecendo, também, a responsabilidade solidária em caso de fraude.

Pela redação do novo art. 10-A da CLT, ficaram disciplinadas as seguintes regras:

- a) primeiramente responde a pessoa jurídica devedora;
- b) posteriormente respondem os sócios atuais pela integralidade da dívida;
- c) posteriormente respondem os sócios retirantes;
- d) o sócio retirante responderá subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período em que figurou como sócio;
- e) a responsabilidade do sócio retirante se restringe às ações ajuizadas até dois anos depois de averbada a modificação do contrato;
- f) o sócio retirante responderá solidariamente com os demais quando ficar comprovada fraude na alteração societária decorrente da modificação do contrato.

A experiência nos tem demonstrado que muitos sócios deixam a sociedade quando ela tem dívidas trabalhistas ou está prestes a sofrer execuções trabalhistas que possam levá-la à insolvência. De outro lado, a responsabilidade do ex-sócio deve ser interpretada em compasso com os arts. 10 e 448 da CLT que consagram o princípio da intangibilidade objetiva dos contratos de trabalho e manutenção de garantias trabalhistas nas alterações estruturais da empresa. Em razão disso, pensamos que o sócio retirante, pelo princípio da boa-fé objetiva que deve nortear os negócios jurídicos, ao sair da sociedade, deve retirar certidões que comprovem a inexistência de dívidas trabalhistas à época da saída, ou que, mesmo elas existentes, a sociedade tem patrimônio suficiente para quitá-las. Caso contrário, a responsabilidade do sócio retirante persistirá mesmo após o prazo fixado no art. 10-A, da CLT.

5 TEORIA INVERSA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A moderna doutrina, diante dos princípios da boa-fé objetiva e da função social da atividade empresarial, tem defendido a aplicação da teoria inversa da desconsideração da personalidade jurídica. Vale dizer: responsabilizar o patrimônio da pessoa jurídica, por atos praticados por seus dirigentes de forma abusiva ou ilícita, por interpretação evolutiva e teleológica dos já citados arts. 50 do Código Civil e 28 do Código de Defesa do Consumidor.

Se o patrimônio do sócio pode responder por dívidas da sociedade, é justo e razoável que o patrimônio da sociedade comercial também possa responder por dívidas assumidas pelo sócio, possibilitando a implementação dos princípios de boa-fé objetiva e transparência que devem nortear os negócios jurídicos.

Conforme *Fábio Konder Comparato*¹⁵:

“Aliás, a desconsideração da personalidade jurídica não atua apenas no sentido da responsabilidade do controlador por dívidas da sociedade controlada, mas também em sentido inverso, ou seja, no da responsabilidade desta última por atos do seu controlador. A jurisprudência americana, por exemplo, já firmou o princípio de que os contratos celebrados pelo sócio único, ou pelo acionista largamente majoritário, em benefício da companhia, mesmo quando não foi a sociedade formalmente parte do negócio, obrigam o patrimônio social, uma vez demonstrada a confusão patrimonial de facto.”

A presente teoria se aplica ao processo do trabalho (arts. 769 e 889 da CLT), pois tem por objetivo fixar maior garantia de solvabilidade do crédito trabalhista.

No aspecto, há importante decisão do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa vale ser transcrita:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. ART. 50 DO CC/02. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA. POSSIBILIDADE. I – A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. Súmula n. 211/STJ. II – Os embargos declaratórios têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal *a quo* pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, como ocorrido na espécie. III – A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador. IV – Considerando-se que a finalidade da *disregard doctrine* é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/02, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma. V – A desconsideração da personalidade jurídica configura-se como medida excepcional. Sua adoção somente é recomendada quando forem atendidos os pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito estabelecidos no art. 50 do CC/02. Somente se forem verificados os requisitos de sua incidência, poderá o juiz, no próprio processo de execução,

¹⁵ O poder de controle na sociedade anônima. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 464.

“levantar o véu” da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens da empresa. VI – À luz das provas produzidas, a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, entendeu, mediante minuciosa fundamentação, pela ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do recorrente, ao se utilizar indevidamente de sua empresa para adquirir bens de uso particular. VII – Em conclusão, a r. decisão atacada, ao manter a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, afigurou-se escorreita, merecendo assim ser mantida por seus próprios fundamentos. Recurso especial não provido. (STJ REsp n. 948117/MS, Recurso Especial T3 – Terceira Turma 2007/0045262-5. Ministra Nancy Andrighi – j. 22.6.2010. DJe 3.8.2010)

O art. 50 do Código Civil, com a redação dada pela Medida Provisória n. 881 de 30 de abril dispõe sobre a desconsideração inversa da personalidade jurídica em seu parágrafo 3o. Com efeito, dispõe o referido dispositivo legal:

“Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. § 1º Para fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização dolosa da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. § 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por: I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto o de valor proporcionalmente insignificante; e III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial. § 3º O disposto no **caput** e nos § 1º e § 2º também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica. § 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o **caput** não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. § 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.”

Diante do paragrafo 3º do referido dispositivo legal, a pessoa jurídica responderá por ato praticado pelo sócio quando houver desvio de finalidade com o propósito de lesar credores, e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza; confusão patrimonial assim entendida pela ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por: a) cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; b) transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto o de valor proporcionalmente insignificante; e c) outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

A jurisprudência trabalhista tem aplicado a teoria inversa da desconsideração da personalidade jurídica na execução, nas seguintes hipóteses:

- a) o sócio responsável pela empresa executada no processo trabalhista que também é sócio de outra empresa que está solvente;
- b) o sócio da empresa executada, também é sócio de outras empresas, na hipótese de configuração de grupo econômico;
- c) confusão patrimonial entre os bens do sócio e da pessoa jurídica (art. 50 do CC).

Nas hipóteses acima, o patrimônio da pessoa jurídica pode ser atingido por dívidas do sócio. Nesse sentido, destaca-se as seguintes ementa que retrata a presente tendência:

Inaplicabilidade dos arts. 1.003 e 1.032 do Código Civil ao Processo do Trabalho. Incompatibilidade do instituto. As questões invocadas quanto à parcela de responsabilidade social e ao biênio de que tratam os arts. 1.003, parágrafo único, e 1.032 do Código Civil, devem ser apreciadas com as devidas restrições, em sede de Direito do Trabalho, na forma do art. 8º, parágrafo único, da CLT. A relação empregatícia caracteriza-se como contrato de trabalho, baseado na equação prestação de trabalho/contraprestação do trabalho prestado. Não se trata de ato negocial civil ou comercial, onde há igualdade entre as partes contratantes. O desequilíbrio entre o trabalhador e o empregador caracteriza e informa o Direito do Trabalho, motivo pelo qual não se exige que o empregado busque informações acerca da higidez financeira do empregador, ou da parcela de responsabilidade dos sócios que integram a pessoa jurídica. Ao trabalho prestado corresponde a devida contraprestação, estabelecida em lei. Desconsideração inversa da personalidade jurídica. Conforme doutrina de Carlos Roberto Gonçalves, citando Fabio Ulhoa, caracteriza-se a desconsideração inversa quando é afastado o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio. Ora, no presente caso os acionistas da agravante são responsáveis, enquanto ex-sócios da executada. Via de consequência, a empresa da qual fazem parte, ora recorrente, também o é. (TRT/SP – TIPO: AGRAVO DE PETICAO. DATA DE JULGAMENTO: 12.12.2011. ACÓRDÃO N.: 20111609342, rel. Paulo Sérgio Jakutis. DOE: 27.1.2012)

De nossa parte, a teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica é compatível com o Processo do Trabalho, e se harmoniza com os princípios do direito material do trabalho, máxime o da despersonalização do empregador (art. 2º, da CLT).

6 DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Entre os civilistas, o chamado *incidente de desconsideração da personalidade jurídica*, previsto no Código de Processo Civil, disciplinado como espécie de intervenção de terceiros, teve grande prestígio como forma de dar efetividade ao contraditório real, e dar segurança jurídica ao patrimônio do sócio. Muitos juristas da área trabalhista também simpatizam com o presente instituto.

O Código de Processo Civil de 2015 disciplina um sofisticado procedimento prévio para a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, a fim de atingir o patrimônio dos sócios, nos arts. 133 a 137 do CPC, denominado *incidente de desconsideração da personalidade jurídica*, aplicável em todas as fases do processo civil, inclusive na execução.

Como assevera *Alexandre Freitas Câmara*¹⁶, “o Código de Processo Civil inclui, entre as modalidades de intervenção de terceiro, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Trata-se, na verdade, de um incidente processual que provoca a intervenção forçada de terceiro (já que alguém estranho ao processo — o sócio ou a sociedade, conforme o caso —, será citado e passará a ser parte no processo, ao menos até que seja resolvido o incidente). Caso se decida por não ser caso de desconsideração, aquele que foi citado por força do incidente será excluído do processo, encerrando-se assim, sua participação. De outro lado, caso se decida pela desconsideração, o sujeito que ingressou no processo passará a ocupar a posição de demandado, em litisconsórcio com o demandado original”.

Em favor da aplicação deste incidente ao processo do trabalho, destacam-se:

- a) omissão da legislação processual trabalhista quanto à questão;
- b) a Justiça do Trabalho utiliza as regras de direito material previstas no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil para fundamentar a desconsideração da personalidade jurídica, tanto direta quanto inversa;
- c) observância do devido processo legal, oportunizando o contraditório prévio antes de invadir a esfera patrimonial do sócio, ou da pessoa jurídica (teoria inversa);
- d) justiça e equilíbrio do procedimento.

Nesse sentido sustenta *Wolney de Macedo Cordeiro*¹⁷, uma das grandes inovações trazida pelo NCPC consiste na instituição do chamado incidente de desconsideração da personalidade jurídica. O novo instituto teve por finalidade

¹⁶ In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR. Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coords.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 425.

¹⁷ *Execução no Processo do Trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 182-183.

estabelecer regras claras para a inserção do sócio na relação processual, após ser procedida à desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. A iniciativa é louvável, na medida em que, até então, todo o tema da desconsideração era tratado no plano do direito material, sem qualquer disposição específica no plano processual. A ausência de uma norma processual específica sobre o tema trazia efeitos danosos, não só para as pessoas alvo da desconsideração, como também para o próprio trâmite procedimental.

Não vislumbro qualquer tipo de incompatibilidade orgânica do instituto com o processo do trabalho. Os atributos da celeridade e da efetividade, típicos da execução laboral, não podem servir de pretexto para solapar as garantias do contraditório e a ampla defesa. Por outro lado, a falta de um regramento específico para a inserção do sócio no âmbito da tutela executiva, fazia emergir certo maniqueísmo no trato da responsabilização extraordinária, pressupondo sempre inequívoca a vinculação do terceiro à relação executiva.¹⁸

De nossa parte, o referido incidente não é adequado ao Processo do Trabalho, na fase de execução, pois o Juiz do Trabalho tem maior participação na fase executiva e o referido incidente de desconsideração é incompatível com a simplicidade e a celeridade da execução trabalhista. De outro lado, a hipossuficiência do credor trabalhista e a natureza alimentar do crédito autorizam o Juiz do Trabalho a postergar o contraditório na desconsideração após a garantia do juízo pela penhora.

Além disso, o presente incidente provoca complicadores desnecessários à simplicidade do procedimento da execução trabalhista, atrasa o procedimento (uma vez que o art. 134, § 3º, do CPC, determina a suspensão do processo quando instaurado o incidente) e, potencialmente, em muitos casos, pode inviabilizar a efetividade da execução. Pela teoria consolidada tanto pelo CPC/73 (arts. 592, II e 596) quanto pelo Código de Processo Civil de 2015 (arts. 790, II, e 795), o sócio não é parte, nem terceiro no processo, apenas responsável patrimonial. Desse modo, seus bens podem vir a ser chamados a responder, mesmo que ele não figure no processo como parte ou terceiro no processo. Além disso, faz parte da sistemática processual trabalhista postergar o contraditório quanto as decisões interlocutórias (art. 893, da CLT).

O processo do trabalho instrumentaliza o Direito Material do Trabalho, e isso é sua razão de existência. Não se podem isolar as normas processuais do direito que

¹⁸ No mesmo sentido Bruno Freire e Silv. In: O Novo CPC e o Processo do Trabalho. Parte geral. Volume I. São Paulo: LTr, 2015. p. 118

instrumentaliza. Os princípios da natureza alimentar do crédito, da hipossuficiência do empregado, da despersonalização do empregador (arts. 2ª, 10 e 448, da CLT), e da real impossibilidade do trabalhador demonstrar ato culposo do sócio a justificar a desconsideração, autorizam o Juiz do Trabalho a realizar a desconsideração da pessoa jurídica, tanto de forma direta como inversa, por meio de decisão interlocutória fundamentada (art. 93, IX, da CF), propiciando o contraditório “*a posteriori*”, por meio dos embargos à execução ou embargos de terceiro.

De nossa parte, não é correto afirmar que o sócio não tem oportunizado o direito ao contraditório, pois ele apenas fica postergado, para a fase posterior à garantia do juízo. São oportunizados ao sócio os embargos à execução, e os embargos de terceiro. Também são admitidos o Mandado de Segurança e a Exceção de Pré-Executividade para se questionar uma desconsideração abusiva da personalidade jurídica.

Pode-se ventilar a aplicação dos referidos dispositivos na fase de conhecimento no processo trabalhista (art. 769 da CLT), o que, ordinariamente, não acontece, pois os bens do sócio já respondem pela satisfação da dívida, independentemente de figurarem ou não na fase de conhecimento. Entretanto, caberá ao Juiz do Trabalho, avaliar, segundo os princípios de justiça, razoabilidade, proporcionalidade, contraditório efetivo, efetividade, e duração razoável do processo a pertinência de aplicar esse incidente na fase cognitiva do processo.

*Homero Batista Mateus da Silva*¹⁹, elenca importantes argumentos para afastar a aplicação do presente incidente no processo trabalhista, dentre os quais destacamos:

“Para os fins trabalhistas, o empregador é meramente a atividade exercida sendo irrelevantes para a natureza jurídica que o reveste, sendo certo que qualquer alteração na natureza jurídica do empregador é inoponível ao empregado ativo (art. 448, da CLT) ou ao ex-empregado (art. 10 da CLT). Ademais, o princípio da primazia da realidade exige que os beneficiários respondam pelos débitos trabalhistas, independentemente de sua natureza jurídica; os incidentes no processo do trabalho são resolvidos por despachos e decisões interlocutória e não desafiam agravo de instrumento, previsto no processo comum (art. 1.015, IV, do CPC/2015), donde o equívoco de se fazer autuação em apartado e sobrestar o andamento do feito para a solenidade (art. 133 e art. 134, § 3ª, do CPC/2015); (...) O art. 50 do CC/2002 está em consonância com a realidade socioeconômica vivida pelo processo do trabalho, em que alto grau de confusão patrimonial se verifica entre os bens e direitos dos sócios e da pessoa jurídica; diz-se haver promiscuidade patrimonial porque não se consegue separar com clareza onde acaba o patrimônio afetado da pessoa jurídica e começam os bens particulares dos

¹⁹ Curso de Direito do Trabalho aplicado. vol. 10 – Execução Trabalhista. 2. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 57-59.

sócios e seus familiares; (...) Há possibilidade de produção de provas em sede de execução, inclusive com oitiva de testemunhas, prevista pelo art. 884 da CLT, *caput*, §§ 1^o e 2^o, em sede de embargos à execução, o que abrange o conceito de instrução probatória do incidente previsto pelo art. 136 do CPC; (...)

O contraditório diferido é uma das singularidades do processo do trabalho, a começar pelo princípio da irrecurribilidade das decisões interlocutórias, sendo que, no caso do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, esta diretriz seria invertida sem nenhum fato novo que justifique.”²⁰

O Tribunal Superior do Trabalho por meio da Instrução Normativa n. 39/16 admitiu a aplicabilidade do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho, com algumas adaptações. Com efeito, dispõe o art. 6^o, da referida instrução:

“Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878). § 1^o Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente: I – na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do art. 893, § 1^o da CLT; II – na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo; III – cabe agravo interno se proferida pelo Relator, em incidente instaurado originariamente no tribunal (CPC, art. 932, inciso VI). § 2^o A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 do CPC”.

A referida instrução teve os méritos de assegurar ao magistrado trabalhista a iniciativa de instaurar de ofício o incidente, bem como a possibilidade do juiz manejar as tutelas de urgência para garantir a efetividade da execução. De outro lado, a doutrina, com razão, tem criticado o referido posicionamento do TST, uma vez que fora admitido o efeito suspensivo ao incidente, bem como seu processamento sem a garantia do juízo, o que conflita com o sistema da execução trabalhista que exige a garantia ao juízo para utilização dos meios de impugnação, principalmente quanto ao Agravo de Petição.

Dispõe o art. 855-A, da CLT, com a redação dada pela Lei n. 13.467/17:

“Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil.

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

²⁰ No mesmo sentido Cléber Lúcio de Almeida. In: Incidente de Desconconsideração da Personalidade Jurídica. In: O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 294.

- I – na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do § 1º do art. 893 desta Consolidação;
 - II – na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo;
 - III – cabe agravo interno se proferida pelo relator em incidente instaurado originariamente no tribunal.
- § 2º A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).”

O referido dispositivo legal determina a aplicação do incidente de descon sideração ao processo do trabalho, previsto no CPC, com as seguintes adaptações:

- a) da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente: na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do § 1º do art. 893 desta Consolidação; na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo; cabe agravo interno se proferida pelo relator em incidente instaurado originariamente no tribunal.
- b) a instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

O art. 855-A, da CLT, praticamente, repete a IN n. 39/16, mas não consagra a possibilidade do Juiz do Trabalho tomar a iniciativa de instaurar o incidente. Não obstante, poderá o Juiz do Trabalho, em razão do princípio da cooperação previsto no art. 6º do CPC, consultar o reclamante se pretende a instauração do referido incidente, a fim de evitar o início do prazo para a prescrição intercorrente.

Pela sistemática do processo trabalhista, e da própria redação dada ao art. 855-A, § 2º, da CLT, uma vez instaurado o incidente pela parte, o Juiz do Trabalho poderá, de ofício, sem a necessidade de contraditório prévio (arts. 9º, parágrafo único, I, e 139, IV, ambos do CPC), determinar a tutela cautelar necessária a garantir o resultado útil do processo (art. 300 do CPC).

A concessão de tutela cautelar, com o bloqueio suficiente de bens do sócio, em muitos casos, é necessária, pois quando a execução se dirige contra o sócio já houve tentativas frustradas de se encontrar bens da pessoa jurídica, havendo um risco considerável ao resultado útil do processo e à satisfação do crédito trabalhista. Além

disso, a tramitação do incidente de desconsideração pode demorar prazo considerável até o efetivo trânsito em julgado.²¹

Na mesma direção o Enunciado n. 116 da II Jornada de Direito Material e Processual da ANAMATRA:

TUTELAS DE URGÊNCIA DE NATUREZA CAUTELAR NO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. A ADOÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROCESSO DO TRABALHO NÃO EXCLUI A POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DE TUTELAS DE URGÊNCIA DE NATUREZA CAUTELAR ANTES DA CITAÇÃO DO NOVO EXECUTADO, INCLUSIVE DE OFÍCIO, DENTRO DO PODER GERAL DE CAUTELA DO MAGISTRADO.

No processo do trabalho, o incidente pode ser instaurado nos próprios autos em que tramita a execução, devendo o exequente fundamentar o requerimento de desconsideração da personalidade jurídica, podendo juntar prova documental. O sócio ou a empresa (caso se trate da teoria inversa da desconsideração) será citado para apresentar contestação em 15 dias, podendo juntar prova documental. Após haverá a instrução do incidente. Caso haja necessidade de prova oral, o Juiz designará audiência. Concluída a instrução, o Juiz proferirá decisão.

7 CONCLUSÃO

O sócio responde patrimonialmente no processo do trabalho nos termos da lei. Não obstante, a doutrina e a jurisprudência trabalhista firmaram entendimento de se aplicar a chamada teoria objetiva da desconsideração da personalidade jurídica. Desse modo, basta que a pessoa jurídica não apresente bens suficientes para a garantia da execução para que a esfera patrimonial do sócio possa ser atingida.

Aplicável a teoria inversa da desconsideração ao processo trabalhista, à qual possibilita que o pessoa jurídica responda por atos do sócio quando praticados com abuso de poder, ou nos casos de confusão patrimonial.

²¹ No mesmo sentido defende Reginaldo Melhado. In: Incidente de desconsideração da personalidade jurídica e redirecionamento da execução: a “reforma” trabalhista na esquina de uma outra racionalidade. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valde Souto (Coords.). Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. São Paulo: Expressão Popular, 2017. p. 604-605.

Quanto ao sócio retirante, apesar da questão ter sido tratada pela Lei 13.467/17, a questão deve ser vista com muita sensibilidade no Processo do Trabalho, pois a regra geral é no sentido de que as alterações na estrutura da pessoa jurídica não atorem os direitos adquiridos do trabalhador (arts. 10 e 448, da CLT).

O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, disciplinado no CPC de 2015 aplica-se ao processo trabalhista, uma vez que expressamente incorporado ao processo do trabalho pela Lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista). Não obstante, o magistrado trabalhista deve tomar as medidas necessárias para assegurar o resultado útil do processo durante a tramitação desse incidente processual.

8 BIBLIOGRAFIA

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder, O poder de controle na sociedade anônima. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CORDEIRO, Wolney Macedo. Execução no Processo do Trabalho. Salvador: JusPodivm, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 18ª edição. São Paulo: Ltr, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. v. IV. São Paulo: Malheiros, 2004.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Execução de sentença no processo do trabalho. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2005

PINTO, José Augusto Rodrigues. Execução trabalhista, 11ª ed. São Paulo: LTr, 2006.

SANTOS, Hermelino de Oliveira. Desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2003.

SILVA, Bruno Freire e. O Novo CPC e o Processo do Trabalho. Parte geral. Volume I. São Paulo: LTr, 2015.

SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 15ª ed. São Paulo: LTr, 2019.

_____.Execução no Processo do Trabalho. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2019.

SILVA, Homero Batista Mateus da. Curso de Direito do Trabalho aplicado. vol. 10 – Execução Trabalhista. 2. ed. São Paulo: RT, 2015.

TARTUCE, Flávio .Manual de direito civil. São Paulo: Método, 2011.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Execução no processo do trabalho. 9. ed. São Paulo: LTr, 2001

THEODORO JUNIOR, Humberto. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO JUSAMBIENTAL DO POLUIDOR-PAGADOR ÀS SITUAÇÕES DE TRABALHO ANÁLOGO AO DE ESCRAVO

APPLICATION OF THE POLLUTER-PAYS PRINCIPLE TO THE SITUATIONS OF WORK ANALOGOUS TO SLAVERY

Ney Stany Morais Maranhão¹
Valena Jacob Chaves Mesquita²
Anna Marcella Mendes Garcia³

RESUMO: Parte-se da hipótese de que o trabalho em condições análogas à de escravo configura modalidade de poluição labor-ambiental, atraindo, como consequência, todo o rico estuário normativo que dá corpo ao Direito Ambiental em benefício da adequada tutela jurídica do equilíbrio do meio ambiente do trabalho. Nessa linha de raciocínio, problematiza-se a respeito das potencialidades jurídicas resultantes da incidência do princípio do poluidor-pagador a esse tipo peculiar de danosidade ambiental. A pesquisa é qualitativa, eminentemente bibliográfica, tendo sido utilizado o método hipotético dedutivo para testar a hipótese inicial, confirmando-a.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho análogo ao de escravo. Meio ambiente do trabalho. Poluição labor-ambiental. Princípio do poluidor pagador.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceito de trabalho análogo ao de escravo. 3. Trabalho escravo como poluição labor-ambiental. 4. O princípio jusambiental do poluidor-pagador. 5. Aplicação do princípio do poluidor-pagador aos casos de trabalho em condição análoga à de escravo. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

ABSTRACT: It is started on the hypothesis that work in slave-like conditions constitutes a labor-environmental pollution modality, attracting, as a consequence, all the rich normative estuary that gives substance to the Environmental Law in benefit of the adequate legal protection of the balance of the work environment. In this line of reasoning, the legal potentialities resulting of incidence of polluter-pays principle at this peculiar type of environmental damage are questioned. The research is qualitative, eminently bibliographical, and the hypothetical deductive method was used to test the initial hypothesis, confirming it.

Artigo recebido em: 25/02/2019.

Artigo aprovado em: 01/05/2019 e 25/05/2019.

¹ Ney Maranhão é Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (USP), com estágio de Doutorado-Sanduiche junto à Universidade de Massachusetts (Boston/EUA). Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade de Roma – La Sapienza (Itália). Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor de Direito do Trabalho da Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor convidado em diversas Escolas Judiciais de Tribunais Regionais do Trabalho. Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Macapá (AP) (TRT da 8ª Região/PA-AP). E-mail: ney.maranhao@gmail.com / Facebook: Ney Maranhão II / Instagram: @neymaranhao

² Valena Jacob Chaves Mesquita é Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal do Pará. Diretora da Faculdade de Direito da UFPA, da ABRAT e da JUTRA. Pesquisadora da Clínica de Direitos Humanos da Amazônia do PPGD/UFPA. E-mail: valena_jacob@yahoo.com.br.

³ Anna Marcella Mendes Garcia é advogada. Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Especialista em Direito Processual. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001. E-mail: marcellamendesgarcia@gmail.com.

RDRST, Brasília, Volume 5, n. 1, 2019, p204-219, Jan-Abr/2019

KEYWORDS: Work analogous to slavery. Work environment. Labor-environmental pollution. Polluter-pays principle.

SUMMARY: 1. Introduction; 2. Concept of work analogous to slavery. 3. Slave labor as environmental pollution. 4. the polluter pays principle. 5. Application of the polluter pays principle to cases of work in conditions analogous to slavery. 6. Final considerations. 7. Bibliographic references.

1 INTRODUÇÃO

Como é cediço, a Constituição Federal brasileira avaliza uma perspectiva complexa do bem ambiental, dotando-o de, pelo menos, quatro dimensões, quais sejam: natural, artificial, cultural e laboral. Abordaremos, adiante, com maior ênfase, a última dessas dimensões, sem decerto esquecermos da genuína imbricação havida entre todas elas, a ponto de se compreender o meio ambiente como um ente verdadeiramente gestáltico⁴.

Com efeito, a partir de uma leitura atenta da Carta Magna brasileira, pode-se inferir que o meio ambiente é, a um só tempo, tanto produto natural quanto humano, resultando da íntima interação entre ambos. Afinal de contas, o trato com a coisa ambiental vai sempre depender, em última instância, da imediata percepção humana a respeito da importância de todo o emaranhado de fatores naturais e psicossociais que envolvem e acompanham o homem desde o início de sua longa trajetória existencial.

Por isso, fenomênica e juridicamente, não há como se pensar em meio ambiente sem inserir o próprio homem em sua conceituação. Não sem motivo, afirma-se que “ambiente é o conjunto de elementos que nos envolve; meio ambiente é a resultante da interação desses elementos, tal como é ou tal como a percebemos. Estamos no ambiente; integramos o meio ambiente” (MARANHÃO, 2017, p. 26).

Note-se, desde logo, que adotar a definição ampla de meio ambiente – aquela que insere o ser humano como sua parte integrante – implica a adoção de conceito igualmente amplo de poluição, o qual não se restringirá, por óbvio, à degradação do meio ambiente natural. Assim, entender-se-á por poluição o desequilíbrio ambiental intolerável ocorrido em quaisquer das quatro dimensões do meio ambiente – inclusive, pois, a laboral (CRFB, art. 200, VIII, e art. 7º XXII).

Nessa linha de raciocínio, compreendendo-se o trabalho escravo como forma de poluição labor-ambiental, defende-se, neste texto, a aplicação de todo o arcabouço axiológico inerente ao Direito Ambiental também em benefício da adequada tutela jurídica do equilíbrio

⁴ A respeito da compreensão multidimensional do meio ambiente, consultar, entre outros: MARANHÃO, Ney. **Meio ambiente:** descrição jurídico-conceitual. Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico, v. 66., 2016, p. 39-70; PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

do meio ambiente do trabalho. Por corolário, justifica-se a pretensão de, como problema-base de nossa investigação científica, perscrutar as potencialidades jurídicas da aplicação do clássico princípio jusambiental do poluidor-pagador aos casos de trabalho em condições análogas à de escravo.

Este artigo encontra-se dividido em quatro seções principais, sendo que na primeira trabalharemos o conceito de trabalho análogo ao de escravo. A segunda defenderá sua classificação como forma de poluição labor-ambiental. Já a terceira cuidará do princípio do poluidor-pagador. A quarta, a seu turno, abordará as potencialidades da aplicação deste princípio aos casos de trabalho análogo ao de escravo, respondendo ao problema da pesquisa.

2 CONCEITO DE TRABALHO ANÁLOGO AO DE ESCRAVO

No Brasil, a definição legal de trabalho análogo ao de escravo ou, sinteticamente, trabalho escravo⁵, está prevista no art. 149 do Código Penal⁶, de onde constam o tipo penal e as modalidades de execução do crime. Da leitura do *caput* pode-se extrair os modos de execução do mesmo: trabalhos forçados, jornada exaustiva, condições degradantes e servidão por dívida. O § 1º traz as modalidades equiparadas, que são a retenção do trabalhador no local de trabalho pelo cerceamento do uso de transporte, por vigilância ostensiva e/ou pela retenção de documentos.

Imperioso ressaltar que o trabalho aqui nominado como *escravo* não se confunde com a escravidão colonial, esta infelizmente legitimada pelo ordenamento jurídico vigente à época, o qual permitia que as pessoas escravizadas fossem consideradas propriedades de outrem, isto é, conferia-lhes o *status jurídico* de coisa, tal qual previsto no Direito Civil, podendo, assim, serem objeto de alienação, troca, enfim, de disposição irrestrita por parte de seu proprietário.

⁵ A expressão “trabalho escravo” facilita a leitura e possui carga semântica mais forte, todavia, reconhecemos a impropriedade técnica da mesma, sendo mais correta a expressão “trabalho em condições análogas à de escravo”. Para mais, vide: BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho escravo: caracterização jurídica**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 40.

⁶ “Art. 149. Reduzir alguém à condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§1º Nas mesmas penas incorre quem: I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I – contra criança ou adolescente; II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem”. (BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1940)”.

O trabalho análogo ao de escravo pode ser entendido como aquele exercido em condições semelhantes às da escravidão, todavia, a ela não se pode equivaler, visto ser inaceitável jurídica e moralmente, na atualidade, que um ser humano detenha o direito de possuir o outro como se coisa fosse.

Valemo-nos, neste estudo, da definição trazida por Valena Jacob Chaves Mesquita, que preleciona:

Assim, embora o código penal não tenha definido o conceito de trabalho degradante, a revisão doutrinária permite concluir que pode ser entendido como aquele que, mesmo realizado voluntariamente, é prestado sob condições subumanas, com inobservância das mais elementares normas de proteção, segurança e saúde do trabalho, mediante retenção salarial dolosa, com submissão dos trabalhadores a tratamentos cruéis, desumanos ou desrespeitosos, ou mediante jornada exaustiva, tanto na duração, quanto na intensidade, em total desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e com prejuízos à integridade física e/ou psíquica dos trabalhadores (MESQUITA, 2016, p. 60)

Outra definição doutrinariamente importante é aquela ofertada por José Cláudio Monteiro de Brito Filho, que define trabalho escravo como antítese do trabalho decente, isto é, o exercício laboral em que não são resguardados os direitos fundamentais do trabalhador. Sobre o conceito de trabalho decente, o autor assevera:

(...) é o conjunto mínimo de direitos do trabalhador, necessários à preservação de sua dignidade, e que corresponde: à existência de trabalho; à liberdade de trabalho; à igualdade no trabalho; ao trabalho com condições justas, incluindo a remuneração, e que preservem sua saúde e segurança; à proibição do trabalho da criança e a restrições ao trabalho do adolescente; à liberdade sindical; e à proteção contra os riscos sociais. (BRITO FILHO, 2017, p. 43)

O trabalho exercido em condições análogas à de escravo, portanto, pode ser entendido como aquele que desrespeita as garantias mínimas do trabalhador, como saúde e segurança no local de trabalho, jornadas razoáveis, meio ambiente sadio, dentre outras que, se violadas, atingem o trabalhador em sua dignidade. Todavia, esta concepção não pode ser banalizada a ponto de qualquer violação às normas trabalhistas tornar-se hábil a caracterizar o respectivo *crime*, sendo, para tanto, necessária a incidência em uma ou mais modalidades previstas expressamente no tipo penal.

Sobre a aplicação de tal conceito no plano fático, Krystima Karem Oliveira Chaves e Suzy Elizabeth Cavalcante Koury exemplificam algumas situações nas quais vislumbra-se a ocorrência de trabalho em condições análogas à de escravo ou, nas palavras das autoras, escravidão contemporânea:

A escravidão contemporânea será atestada sempre que o trabalhador for submetido a jornadas de trabalho acima das estipuladas em lei, sem qualquer percepção de adicional por tempo excedente, ou a trabalhar à exaustão; quando ficar exposto a doenças endêmicas ou moléstias e contágios; bem como sofrer maus-tratos físicos e punição severa; quando não puder gozar de descanso semanal remunerado, horas vagas e lazer; quando não lhe for disponibilizada assistência médica e hospitalar; quando tiver seus documentos pessoais apreendidos ou retidos ou, até mesmo, quando houver o próprio cerceamento do direito de ir e vir; quando não lhe for permitido usufruir de condições dignas de higiene, moradia, saneamento, houver ausência de água potável e de alimentação apropriada, ou mesmo quando estiver sujeito à desnutrição (CHAVES e KOURY, 2017, p. 230).

Atentas a isso, Chaves e Hannemann (2017, p. 284) então destacam que o conceito de trabalho em condições análogas à de escravo relaciona-se intimamente com a submissão extremada de uma pessoa em relação à outra, de modo que haja sempre uma relação de sujeição da vítima para com seu opressor, a qual, direta ou indiretamente, atinge a liberdade em sentido amplo, ou seja, o *status libertati* do indivíduo.

Verifica-se, assim, que o tipo penal presta-se a resguardar não somente a liberdade de locomoção do indivíduo, como outrora arguiu-se, mas, também, e principalmente, a dignidade, principal atributo do ser humano, de modo que não se faz necessário o cerceamento à liberdade para que reste configurado o crime em comento.

3 TRABALHO ESCRAVO COMO POLUIÇÃO LABOR-AMBIENTAL

O conceito legal de *poluição* reside no art. 3º, inciso III, da Lei nº 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), tendo-a como:

(...) a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos. (BRASIL, 1981, p. 1)

Desde logo, observe-se que tal conceito do fenômeno polutivo reflete com intensidade a formatação meândrica do meio ambiente, conjugando elementos *naturais* e *humanos*. A respeito, destaca Paulo Affonso Leme Machado:

No conceito são protegidos o homem e sua comunidade, o patrimônio público e privado, o lazer e o desenvolvimento econômico através das diferentes atividades (alínea 'b'), a flora e a fauna (biota), a paisagem e os monumentos naturais, inclusive os arredores naturais desses monumentos – que encontram também

proteção constitucional (arts. 216 e 225 da CF/1988). Destaque-se que os locais de valor histórico ou artístico podem ser enquadrados nos valores estéticos em geral, cuja degradação afeta também a qualidade ambiental. Em último lugar, considera-se como poluição o lançamento de materiais ou de energia com inobservância dos padrões ambientais estabelecidos (MACHADO, 2012, 604).

De fato, quando tratou do *meio ambiente*, nossa Constituição Federal conferiu-lhe uma dimensão jurídica assaz ampliada, incluindo em seu raio de abrangência conceitual todos os fatores *naturais* e *humanos* propícios à promoção de máxima qualidade à vida humana, fazendo-o abarcar, portanto, em escancarada tônica holística, aspectos afetos à saúde *física* e *mental* do homem, incluídos elementos históricos, culturais e sociais, dentre outros (CRUZ, 2011 p. 262). Essa conformação ampla e complexa, exposta na Lei nº 6.938/1981, com acentuada abrangência de fatores materiais e imateriais, da biosfera e da sociosfera, de certo modo expressou belíssima *antecipação* da portentosa regência jurídica que mais tarde adviria com a Carta Constitucional de 1988.

Bem se vê, portanto, estarmos diante de traçado conceitual que, nitidamente, procura agregar à realidade do plexo jusambiental toda a miríade de significativas expressões psicossensoriais e socioculturais suscitadas *no* e *pelo* enigmático espírito humano por influência do meio em que integrado, igualmente condicionadora de sadia qualidade de vida e, por tudo isso, também passível, legalmente e a seu modo, de suscitar manifestações poluentes (MARANHÃO, 2017, p. 163).

Note-se, ademais, a considerável amplitude imposta pela textualidade das alíneas arroladas no inciso III, do art. 3º, da Lei nº 6.938/1981. Dali se percebe, às claras, não se tratar de qualquer alteração ambiental aquela apta a satisfazer o conceito de poluição. Essa alteração ambiental, além de antrópica (direta ou indiretamente suscitada pelo homem), há igualmente de ser relevante, contundente, ou seja, intolerável, porque, por exemplo, prejudicial à saúde, à segurança e ao bem-estar da população (alínea “a”). Se a realidade ambiental é múltipla e abarca fatores naturais e humanos, sendo certo que a produção sustentável de bens e a prestação sadia de serviços, inclusive sob o prisma do meio ambiente laboral, configuram vetores diretamente relacionados à qualidade da vida humana, o legislador também reputou como poluição a degradação ambiental antrópica que crie condições adversas às atividades socioeconômicas (alínea “b”).

Na medida em que a poluição, da mesma maneira, expressa rompimento com alguma espécie de equilíbrio, gerando fato não controlado pela natural capacidade de suporte de um determinado ecossistema, o legislador também apontou como poluição a degradação

ambiental antrópica que afete desfavoravelmente a biota (alínea “c”). Igualmente, já que a fruição sustentável da realidade ambiental é algo fundamental para a qualidade da vida humana, o legislador cuidou para que seja poluição a degradação ambiental antrópica que afete as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente (alínea “d”). Por fim, como o cenário poluente também pode exsurgir com o desprezo a balizas ambientais firmadas pelas autoridades públicas, o legislador tem como poluição a degradação ambiental antrópica que lance matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos (alínea “e”).

Imperioso consignar, ainda, que, diante da inexistência de elementos textuais restritivos no âmbito da lei e à vista do acolhimento, no ordenamento jurídico pátrio, de um conceito *amplo* de meio ambiente, abrangedor tanto da biosfera quanto da sociosfera, inclusive da ambiência laboral (CRFB, art. 200, VIII), não temos qualquer dúvida em abraçar, também aqui, um viés igualmente ampliativo do assunto, de sorte a, especificamente em relação à preocupação jusambiental com a qualidade da vida humana, abarcar, na esfera conceitual de poluição, não só o que causa morte ou adoecimento, mas também o que causa incômodo ou desconforto, físico ou mental. Confirma-se, a esse respeito, a pertinente lição de Adalberto Pasqualotto, ao comentar o vigente conceito legal de poluição:

O espectro legal é virtualmente ilimitado, protegendo o meio ambiente de lesões materiais e imateriais. Ressaltem-se, na linha da imaterialidade, o bem-estar da população e as atividades sociais, tutelados nas alíneas *a* e *b*, bens que estavam ao abrigo do Dec. 76.389/75 (art. 1º, I e II). O simples desconforto, portanto, advindo a terceiros por uma determinada atividade, pode ser causa de responsabilidade (PASQUALOTTO, 1993, p. 454).

Tal construção se acopla perfeitamente ao conceito contemporâneo de *meio ambiente do trabalho*, tido como a resultante da interação sistêmica de fatores naturais, técnicos e psicológicos ligados às condições de trabalho, à organização do trabalho e às relações interpessoais que condiciona a segurança e a saúde física e mental do ser humano exposto a qualquer contexto jurídico-laborativo (MARANHÃO, 2017, p. 251).

Por corolário, por *poluição do meio ambiente do trabalho* havemos de ter o desequilíbrio sistêmico no arranjo das condições de trabalho, da organização do trabalho ou das relações interpessoais havidas no âmbito do meio ambiente laboral que, tendo base antrópica, gera riscos intoleráveis à segurança e à saúde física e mental do ser humano exposto a qualquer contexto jurídico-laborativo – arrostando-lhe, assim, a sadia qualidade de vida (CF, art. 225, caput) (MARANHÃO, 2017, p. 255).

Por certo, a exploração dos trabalhadores em condições análogas à de escravo, com trabalhos forçados, jornadas exaustivas, sem alimentação e descanso adequados, com assédio moral, dentre outros, deve ser entendida como uma genuína hipótese de poluição do meio ambiente laboral, na medida em que reflete circunstâncias inequivocamente afetadoras do direito fundamental ao meio ambiente do trabalho hígido e equilibrado, em inaceitável quadro de vulnerabilidade da saúde física e mental dos obreiros mergulhados nessa situação calamitosa (CF, arts. 225, caput, 200, VIII, e 7º, XXII, entre outros).

Deveras, este tipo de exploração de mão-de-obra, que viola diretamente a dignidade dos trabalhadores em busca de maximização de lucros, provoca desequilíbrio socioambiental nocivo à saúde psicofísica da população que trabalha, devendo, portanto, ser compreendida e analisada como espécie de poluição labor-ambiental, contida na alínea “a” do inciso III, do art. 3º, da Lei n. 6.938/1981 (prejudicial à saúde, à segurança e ao bem-estar da população).

Frisa-se que, aqui, ao falarmos em saúde do trabalhador, adotamos o conceito amplo previsto na Convenção n.º 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que entende saúde não somente como a ausência de doenças, mas considera todos os elementos físicos e mentais que influenciam na mesma e relacionam-se diretamente com a segurança e higiene no trabalho.

Não se pode olvidar, ainda, que as práticas análogas à escravidão no meio ambiente laboral não afetam somente o trabalhador escravizado, mas também a sociedade, a economia e o meio ambiente natural.

Com efeito, especificamente no que tange à alínea “b” da supracitada lei, tem-se que o trabalho escravo cria condições adversas tanto às atividades sociais quanto econômicas. No que versa às atividades sociais, sabe-se que o trabalho escravo fere uma série de garantias fundamentais, dentre elas, algumas insculpidas no art. 6º da Constituição Federal, como a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho (digno), o lazer, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, obstando a possibilidade do pleno florescimento humano dos indivíduos escravizados e fazendo deteriorar a relação jurídica de trabalho, enlace social relevantíssimo no contexto do modo de produção capitalista.

Em relação às atividades econômicas, a utilização de trabalho escravo fere também a justa e livre concorrência, na medida em que os custos da cadeia produtiva diminuem quando se utiliza este tipo de mão-de-obra. Logo, o produto final também será mais barato se comparado ao de empresas que não a utilizam e cumprem com a legislação trabalhista, em uma nítida expressão de concorrência desleal.

O trabalho análogo ao de escravo também pode ser subsumido à alínea “c” do diploma legal em apreço, porquanto em alguns casos, notadamente no âmbito rural, vem associado à expansão de áreas de fronteira e ao desmatamento ilegal, constituindo uma poluição da qual decorre prejuízo à biota.

Também é possível vislumbrá-lo como um tipo de poluição que afeta as condições estéticas e/ou sanitárias do meio ambiente – alínea “d” –, tendo em vista que tais condições atingem negativamente a saúde dos trabalhadores, muitas vezes mediante a sujeição a alojamentos deploráveis, sem condições mínimas de higiene e alimentação (MARANHÃO, 2017, p. 240).

Por fim, como o cenário poluente também pode exsurgir com o desprezo a balizas ambientais firmadas pelas autoridades públicas, o trabalho em condições análogas à de escravidão, com a devida adaptação à sua peculiar realidade fenomênica, decerto também representa degradação ambiental pela sujeição dos trabalhadores a condições de trabalho em franco desacordo com os padrões labor-ambientais estabelecidos nas Normas Regulamentadoras e Convenções da OIT, por exemplo (*ratio* da alínea “e”).

4 O PRINCÍPIO JUSAMBIENTAL DO POLUIDOR-PAGADOR

O princípio do poluidor-pagador está previsto no art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981, como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, e aduz que será o poluidor obrigado, sem prejuízo das demais penalidades previstas em lei e independentemente da culpa, a indenizar ou reparar os danos por ele causados ao meio ambiente e a terceiros que tenham sido afetados por sua atividade. Da mesma forma, estabelece o art. 4º, VII, da Lei nº 6.938/81, como um de seus fins, “a imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados”.

Também encontra guarida no art. 225, § 3º, da Constituição Federal, o qual dispõe que as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, a sanções de ordem penal, administrativa e à obrigação de reparar os danos eventualmente causados.

O princípio do poluidor-pagador não pode ser compreendido como “poluo, mas pago”. Em verdade, deve ser juridicamente assimilado como densificador de pelo menos duas órbitas de alcance: i) evitar a ocorrência de danos ambientais (caráter *preventivo*); ii) ocorrido o dano, promoção de sua plena reparação (caráter *repressivo*). Assim, em um primeiro momento, recai sobre o poluidor o dever de arcar com as despesas de prevenção dos danos ambientais

que sua atividade pode suscitar. Além disso, havendo, infelizmente, o dano ambiental, o poluidor será responsável pela sua reparação (FIORILLO, 2012, p. 96).

Norma Padilha (2010, p. 255-256) esclarece que o princípio do poluidor-pagador objetiva evitar o uso gratuito dos recursos naturais e o enriquecimento ilegítimo do usufrutuário em detrimento da coletividade, haja vista que aquele que se beneficia com a exploração dos recursos naturais deve suportar todos os custos advindos dessa situação, impondo-se, assim, a sua completa “internalização” ao invés de atribuir que o Estado ou a coletividade os suportem.

De fato, como destaca Paulo de Bessa Antunes, os recursos ambientais são escassos, de maneira que seu uso na produção e no consumo acarretam a sua redução e degradação. Assim, impõe-se que esse custo da redução dos recursos naturais verdadeiramente seja considerado no sistema de preços, sob pena do mercado não ser capaz de refletir essa escassez. O princípio em tela, portanto, também deve propiciar que os preços dos produtos reflitam os custos ambientais (ANTUNES, 2012, p. 52).

No tocante à temática de quem poderá figurar como *poluidor*, vigora, no plano do Direito Ambiental, até mesmo por força de seu intenso caráter protetivo (em nítida aproximação axiológica com o Direito do Trabalho), construção jurídica maximamente abarcadora. Para confirmar essa assertiva, confirmam-se, a título exemplificativo, os seguintes precedentes:

[...] O conceito de poluidor, no Direito Ambiental brasileiro, é amplíssimo, confundindo-se, por expressa disposição legal, com o de degradador da qualidade ambiental. [...] 12. Para o fim de apuração do nexos de causalidade do dano urbanístico-ambiental e de eventual solidariedade passiva, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem não se importa que façam, quem cala quando lhe cabe denunciar, quem financia para que façam e quem se beneficia quando outros fazem [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. REsp nº 1.071.741/SP. Relator: Ministro Herman Benjamin. Diário da Justiça, 16 dez. 2010).

Para o fim de apuração do nexos de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam e quem se beneficia quando outros fazem” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, REsp 650.728/SC, Relator: Ministro Herman Benjamin, julgamento em 23 out. 2007).

Por certo, mais particularmente na esfera laboral, as doenças, os acidentes de trabalho ou qualquer outra situação que exprima desequilíbrio do meio ambiente do trabalho, tal como o trabalho em condição análoga à de escravo, devem constituir assunto de inteira responsabilidade daquele que criou condições de trabalho ambientalmente desequilibradas: o

empregador ou o tomador dos serviços⁷ – aqui reconhecidos como poluidores labor-ambientais (Lei nº 6.938/1981, art. 3º, IV), com responsabilidade civil objetiva e solidária (CF, art. 225, § 3º, e Lei nº 6.938/1981, art. 14, § 1º).

Tratam-se de ocorrências de interesse de toda a comunidade, especialmente quando trabalhadores adoecidos passam a ser dispensados e substituídos por sadios, gerando um repugnante processo de descarte humano, que, na ótica socioambiental, induz *externalidade indevida*, já que transfere para a sociedade o enfrentamento de agravos e custos decorrentes da concreção de riscos proibidos suscitados por opções estritamente empresariais. Essa mesma lógica perversa se estende para a situação do trabalho em condição análoga à de escravo e todas as suas nefastas consequências para o trabalhador e a sociedade como um todo.

5 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR NOS CASOS DE TRABALHO EM CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO

Compreendendo o trabalho análogo ao de escravo como uma espécie de poluição labor-ambiental, um dos consectários lógicos dessa assertiva jurídica será a imediata atração de todo o arcabouço do Direito Ambiental, sobretudo sua vasta principiologia, em benefício da higidez do meio ambiente do trabalho.

De fato, não há como deixar o meio ambiente laboral alheio a toda essa riqueza jurídica emanada da racionalidade jusambiental. Assim, voltando a centrar foco na hipótese em estudo, decerto a incidência do Direito Ambiental aos casos de trabalho escravo propiciará uma nova visão na prevenção, repressão e reparação de danos relacionados ao tema.

Um primeiro aspecto a ser mencionado – e, desde logo, resalte-se o caráter meramente exemplificativo das hipóteses aqui elencadas – é que a proteção ambiental deve abranger todo e qualquer ambiente em que há trabalho humano, não somente aqueles em que há vínculo empregatício. Isto é importante porque, em se tratando especialmente do trabalho escravo em áreas rurais, não raro nos deparamos com trabalhadores de labor episódico, eventual, muitas vezes em contrato temporário de parceria, dentre outras modalidades, que não caracterizariam, tecnicamente, vínculo empregatício. A caracterização jurídica do elo, entretanto, é de somenos importância quando o que está em jogo é a proteção do direito fundamental ao equilíbrio ambiental, que, vale rememorar, em verdade está

⁷ JAUREGUI, Maritza; SCHNALL, Peter L. Work, psychosocial stressors, and the bottom line. In: SCHNALL, Peter L.; DOBSON, Marnie; ROSSKAM, Ellen (Ed.). **Unhealthy work**: causes, consequences, cures. Amityville, New York: Baywood Publishing Company, 2009, p. 154.

indissociavelmente ligado não a qualquer específico papel social praticado pela pessoa, mas à própria dignidade humana *tout court* (MARANHÃO, 2017, p. 116-117).

Outro ponto que merece ser citado diz com a contundência da responsabilidade civil-ambiental frente ao poluidor (direto ou indireto). Aliás, uma das consequências da aplicação do princípio do poluidor-pagador aos casos de trabalho escravo está na responsabilização civil *objetiva* e *solidária* de todos os integrantes da cadeia poluitiva, o que, sem sombra de dúvida, deve açambarcar todos os que, direta ou indiretamente, se beneficiaram do trabalho em condição análoga à de escravo. Incidência do art. 225, § 3º, da Constituição Federal, do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81 e da Convenção nº 155, item 17, da OIT, ambos a avalizar que o poluidor responde pelos danos suscitados, independentemente da aferição de qualquer fator culposo, bastando que se comprove a relação entre a atividade desenvolvida e o dano perpetrado.

É que, como se sabe, a responsabilidade objetiva é a regra no Direito Ambiental, tanto pela importância dos bens tutelados – de titularidade coletiva e, por vezes, recursos não renováveis, cujos danos tornam-se irreparáveis – quanto pela dificuldade em se comprovar a culpa do poluidor, em razão do caráter difuso da poluição.

Outra potencialidade da aplicação do princípio em comento é o reconhecimento da poluição labor-ambiental como infração administrativa ambiental e a consequente responsabilização do empregador-poluidor também nesta esfera. Aqui, aplicar-se-ia a Lei n.º 9.605/1998, conhecida como Lei de Crimes Ambientais, especificamente seu art. 70, que conceitua infração administrativa ambiental, e o art. 72, que estipula as sanções cabíveis, que vão até, em casos mais graves, como entendemos ser o de redução dos trabalhadores a condições análogas à de escravo, sanções restritivas de direitos, como suspensão ou cancelamento de registro, licença ou autorização para exercício daquela atividade econômica.

Existe, ainda, a possibilidade de responsabilização advinda do reconhecimento do trabalho escravo enquanto poluição labor-ambiental, ou seja, como crime ambiental propriamente (Lei nº 9.605/1998) e não somente como crime previsto no art. 149 do Código Penal. Verifica-se, assim, que a aplicação do princípio do poluidor-pagador aos casos de trabalho escravo torna possível refletir tanto a multiplicidade (diversidade de esferas) quanto o endurecimento das condenações.

A propósito, ainda quanto ao endurecimento das condenações, considerar o trabalho escravo como uma espécie de poluição labor-ambiental também permite a majoração do *quantum* devido a título de reparação por danos extrapatrimoniais (individuais ou coletivos),

com manuseio adequado dos incisos constantes do art. 223-G da CLT⁸, injetando-se, assim, relevante viés pedagógico-punitivo à reparabilidade judicialmente fixada - viés, sabe-se, impraticável no caso de simples responsabilidade civil pelo risco da atividade. A depender da situação, caberá até a caracterização de dano existencial (art. 223-B, CLT).

Como consequência disso, o poluidor, inclusive aquele que participa da cadeia poluitiva conducente a um cenário de trabalho análogo à escravidão, igualmente poderá ser judicialmente acionado a fim de ressarcir eventuais gastos extraídos dos cofres do INSS com esse tipo de situação. É que o enquadramento como poluição, por si só, já traduz desequilíbrio ambiental reprovável, sempre envolvendo indevida maximização de riscos inicialmente toleráveis ou mesmo a já criação de riscos propriamente intoleráveis⁹. São as chamadas *ações regressivas previdenciárias*, manuseadas “nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva” (Lei nº 8.213/1991, art. 120).

Outro benefício jurídico interessante dimanado da aplicação do princípio jusambiental do poluidor-pagador, no que refere aos casos de trabalho em condição análoga à escravidão, consiste na firme proscrição de qualquer tese alicerçada na teoria do *fato consumado*, manuseada em situações excepcionalíssimas, nas quais a inércia da administração ou a morosidade do Poder Judiciário deram ensejo a que situações precárias se consolidassem pelo decurso do tempo. Todavia, tratando-se de violação de bem ambiental, a jurisprudência tem se posicionado de maneira contundente no sentido de que permitir a teoria do fato consumado em matéria ambiental “equivale a perpetuar, a perenizar um suposto direito de poluir, que vai de encontro, no entanto, ao postulado do meio ambiente equilibrado como bem de uso comum do povo essencial à sadia qualidade de vida”¹⁰. Nesse sentido, segue a Súmula nº 613 do STJ: “Não se admite a aplicação da teoria do fato consumado em tema de Direito Ambiental”.

Por tais fundamentos, não exaustivos, cremos ter restado cristalina a relevância jurídica da aplicação do princípio do poluidor-pagador também aos casos de trabalho em condições análogas às de escravo, rendendo ensejo a diversas possibilidades benéficas ao

⁸ Para maior aprofundamento da temática, consultar: SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. [et.al.]. **Reforma trabalhista**: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da Med. Prov. nº 808/2017. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018, p. 121-150.

⁹ A respeito, confira-se: MARANHÃO, Ney. Comentários ao art. 7º, inciso XXII, da Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores científicos). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 649.

¹⁰ STJ, AgRg no Resp 1.491.027 – PB (2014/0275509-9), Relator: Min. Humberto Martins, DJE 20.10.2015.

reequilíbrio do meio ambiente laboral e à justa reprimenda daqueles que exploram mão-de-obra nessas indignas condições.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como destacado, é fato incontestável, juridicamente, por expressa disposição constitucional, que o meio ambiente do trabalho integra o meio ambiente humano (CRFB, art. 200, VIII). Assim, a concepção estritamente ecológica do meio ambiente tem se mostrado defasada para dar conta de toda a complexidade ínsita à realidade ambiental, tal como reconhecida pela Carta Magna. Por isso, degradação ambiental não mais pode fazer referência unicamente à deterioração de recursos naturais, como água, solo e ar. Adotar esta concepção reducionista implica, necessariamente, restringir, também, a abrangência do conceito de poluição.

Ademais, o respeito aos direitos humanos e fundamentais, mormente à dignidade e ao equilíbrio ambiental, deve ser o pilar de qualquer sociedade minimamente civilizada, em todos os seus aspectos. Destarte, nessa construção devemos nos acostumar a sempre incluir a higidez e o equilíbrio do meio ambiente laboral (CRFB, art. 225, caput, art. 200, VIII, e art. 7º, XXII). A relação de trabalho deve ser vista, portanto, nessa ótica, como um fenômeno primordialmente *socioambiental*, não se podendo aceitar que a busca pelo desenvolvimento econômico se pautem às custas de direitos fundamentais e da objetificação do trabalhador e da natureza.

A exploração de trabalhadores em condições análogas à escravidão é uma chaga social que merece combate jurídico sério e eficaz. Como vimos alhures, aplicar o princípio do poluidor-pagador aos casos de trabalho análogo ao de escravo constitui expediente que propicia diversos benefícios condizentes com uma tutela cada vez mais justa e adequada do equilíbrio do meio ambiente do trabalho, promovendo considerável ampliação da condição socioambiental da população que trabalha (CRFB, 5º, § 2º, e art. 7º, caput).

Logo, considerar a escravidão contemporânea também em sua dimensão jurídico-poluitiva, fazendo acionar os rigores contidos na incidência do princípio jusambiental do poluidor-pagador, é medida alvissareira, principalmente porque estamos falando de uma das mais fortes degradações experimentadas em nossa sociedade, que é aquela perpetrada pelo homem contra seu semelhante, violando-o em sua dignidade pela terrível negativa do reconhecimento de ser simplesmente um igual ser humano.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ARAGÃO, Alexandra. O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De12848.htm. Acesso em 17/12/2018.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, de 02.09.1981. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em 16/02/2019.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho escravo: caracterização jurídica. 2. ed. São Paulo: LTr Editora, 2017.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho : trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno. 5. ed. São Paulo: LTr, 2018.

CHAVES, Krystima Karem Oliveira; KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. A efetividade da política de reinserção social do trabalhador resgatado da condição análoga à de escravo sob a perspectiva da teoria do desenvolvimento humano. In: REYMÃO, Ana Elizabeth Neirão; KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante (coord.). Desenvolvimento, Trabalho e Políticas Públicas. Salvador: Editora Juspodvm, 2017.

CHAVES, Valena Jacob; HANNEMANN, Roberta Castro Alves de Paula. A jornada de trabalho dos caminhoneiros à luz do conceito de trabalho escravo contemporâneo no Brasil. In: REYMÃO, Ana Elizabeth Neirão; KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante (coord.). Desenvolvimento, Trabalho e Políticas Públicas. Salvador: Editora Juspodvm, 2017.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. Poluição atmosférica: seu caráter transfronteiriço e irreversível. In: BENJAMIN, Antônio Herman; SÍCOLI, José Carlos Meloni (Coord.). O futuro do controle da poluição e da implementação ambiental. São Paulo: IMESP, 2001, p. 261-276.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 13. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

JAUREGUI, Maritza; SCHNALL, Peter L. Work, psychosocial stressors, and the bottom line. In: SCHNALL, Peter L.; DOBSON, Marnie; ROSSKAM, Ellen (Ed.). Unhealthy work: causes, consequences, cures. Amityville, New York: Baywood Publishing Company, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MAEDA, Patrícia. A Era dos zero direitos: trabalho decente, terceirização e contrato zero-hora. São Paulo: LTr, 2017.

MARANHÃO, Ney. Meio ambiente: descrição jurídico-conceitual. Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico, v. 66, 2016.

MARANHÃO, Ney. Poluição labor-ambiental: Abordagem conceitual da degradação das condições de trabalho, da organização do trabalho e das relações interpessoais travadas no contexto laborativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARANHÃO, Ney. Comentários ao art. 7º, inciso XXII, da Constituição do Brasil. In:

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores científicos). Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MESQUITA, Valena Jacob Chaves. O trabalho análogo ao de escravo: uma análise jurisprudencial do crime no TRF da 1ª região. Belo Horizonte: RTM, 2016.

PADILHA, Norma Sueli. Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PASQUALOTTO, Adalberto. Responsabilidade civil por dano ambiental: considerações de ordem material e processual. In: BENJAMIN, Antonio Herman V. (coord.). Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Estado socioambiental e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MACHADO, Paulo Affonso Leme; FENSTERSEIFER, Tiago. Constituição e legislação ambiental comentadas. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. [et.al.]. Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da Med. Prov. nº 808/2017. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

**GREVE E DIREITO: ESTUDO DE CASOS JUDICIAIS ENVOLVENDO
MOVIMENTOS COLETIVOS DE TRABALHO CONTRA AS
REFORMAS INSTITUCIONAIS DE AUSTERIDADE**

**STRIKE AND LAW: STUDY OF JUDICIAL CASES INVOLVING
COLLECTIVE LABOR MOVEMENTS AGAINST INSTITUTIONAL
REFORMS OF AUSTERITY**

**Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva¹
Daniele Gabrich Gueiros²
Henrique Figueiredo de Lima³**

RESUMO: O artigo reflete sobre as relações entre greve e direito em tempos de reformas institucionais de austeridade. A partir dos trabalhos de Mark Blyth e Michael Schiavone, apresenta a forma pela qual as políticas de austeridade se disseminam pelo mundo e as resistências sindicais que encontram em experiências europeias e estadunidenses. A greve é um dos mecanismos que explicitam tais resistências, tanto nos países centrais, quanto no Brasil, em que importante greve geral foi deflagrada em protesto contra as reformas trabalhista e previdenciária. Na medida em que as mudanças promovidas no último triênio implicaram em forte degradação da legislação trabalhista e enfraquecimento das garantias laborais, o artigo examina as respostas que a Justiça do Trabalho tem oferecido às demandas que envolvem a greve geral de 28 de abril de 2017, buscando compreender os sentidos atribuídos pelo Judiciário e pelos atores sociais aos conflitos coletivos a partir da análise dos argumentos utilizados nos casos selecionados. A metodologia de estudo de casos referência comporta o levantamento de documentos públicos e autos de processos de dissídio coletivo de greve e de ação coletiva envolvendo sindicatos que aderiram à greve geral e que disputam os sentidos de tal movimento perante os Tribunais Regionais do Trabalho da 1ª e 17ª Região.

PALAVRAS-CHAVE: Austeridade; Reforma trabalhista; Judicialização, Greve geral; Dissídios coletivos e Ações Civis Públicas.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Reformas institucionais de austeridade no mundo contemporâneo. 3. Greves gerais e resistências sindicais às políticas de austeridade. 3.1. Resistências sindicais às políticas de austeridade na Europa

Artigo recebido em: 25/02/2019.

Artigo aprovado em: 05/04/2019 e 10/05/2019.

¹Professora associada da Faculdade Nacional de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Doutora em Ciências Jurídicas e mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Coordenadora do grupo Configurações Institucionais e Relações de Trabalho - CIRT-UFRJ. Desembargadora do Trabalho (TRT-1ª Região). Correio eletrônico: sayonara@direito.ufrj.br.

²Professora assistente da Faculdade Nacional de Direito. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Integrante do grupo *Configurações Institucionais e Relações de Trabalho* (CIRT-UFRJ). Advogada. Correio eletrônico: danielegabrichgueiros@gmail.com.

³Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Integrante do grupo *Configurações Institucionais e Relações de Trabalho* (CIRT-UFRJ). Advogado. Correio eletrônico: hflima92@gmail.com.

RDRST, Brasília, Volume 5, n 1, 2019, p220-254, Jan-Abr/2019

e nos Estados Unidos da América por Michael Schiavone. 3.2. Reações sindicais às reformas de austeridade no Brasil. 4. Direito e greve geral no Brasil: estudo de casos referência. 4.1. A judicialização por meio de dissídios coletivos: a tutela preventiva formulada pelos sindicatos patronais para evitar a adesão dos rodoviários do Espírito Santo à greve geral de 2017. 4.2. Judicialização para reparar os prejuízos sofridos pelos trabalhadores com a adesão à greve: a Ação Civil Pública movida pelo Sindicato dos Bancários. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

ABSTRACT: The article reflects on the relations between strike and right in times of institutional reforms of austerity. From the works of Mark Blyth and Michael Schiavone, it presents the way in which austerity policies spread throughout the world and the resistance of trade unions that they find in European and American experiences. The strike is one of the mechanisms that explain such resistance, both in central countries and in Brazil, where a major general strike was launched in protest against labor and social security reforms. Insofar as the reforms promoted in the last three years have led to a sharp deterioration in labor legislation and weakening of labor guarantees, the article examines the responses that the Labor Judiciary has offered to the demands involving the general strike of April 28, 2017, seeking to understand the meanings attributed by the Judiciary and the social actors to the collective conflicts based on the analysis of the arguments used in the selected cases. The methodology of the study of reference cases involves the collection of public documents and proceedings for collective bargaining and strike action involving unions that joined the general strike and who dispute the meanings of such a movement before the Regional Labor Courts of the 1st and 17th Region.

KEYWORDS: Austerity; Labor reform; Judiciary; General strike; Collective and Class Actions.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Institutional reforms of austerity in the contemporary world. 3. General strikes and union resistance to austerity policies. 3.1. Union resistance to austerity policies in Europe and the United States by Michael Schiavone. 3.2. Union reactions to the austerity reforms in Brazil. 4. Law and general strike in Brazil: case study reference. 4.1. The judicialization through collective bargaining: the preventive guardianship formulated by the employers unions to avoid the adhesion of the roadmen of the state of Espírito Santo to the general strike of 2017. 4.2. Judiciary to repair the losses suffered by workers by joining the strike: the Public Civil Action brought by the Banking Union. 5. Final considerations. 6. Bibliographic references.

1 INTRODUÇÃO

A reflexão sobre as relações entre greve e direito em tempos de reformas institucionais de austeridade é objeto deste artigo, a partir da compreensão do direito como um campo de disputa sobre os sentidos da norma. Organizamos nossa análise em quatro seções: na primeira pretendemos examinar as reformas institucionais de austeridade e a forma como se disseminaram no mundo, através de estudos de Mark Blyth⁴ e Michael Schiavone⁵. Na segunda seção, apresentaremos as resistências sindicais, por meio de greves, vivenciadas em determinados países da Europa e em dois casos paradigmáticos nos Estados Unidos da América.

No terceiro momento faremos análise de resistências sindicais no Brasil, com foco na greve geral do dia 28 de abril de 2017, e estudo de dois casos referência, nos quais

⁴BLYTH, M. *Austeridade: a história de uma ideia perigosa*. Tradução Freitas e Silva. São Paulo: Autonomia Literária, 2017.

⁵ SCHIAVONE, M. *Austerity and the labor movement*. Albany: State University of New York Press, 2016.

realizaremos descrição dos argumentos apresentados pelos diferentes atores que atuaram nas ações judiciais, tendo sido selecionados processos envolvendo trabalhadores rodoviários do Espírito Santo e bancários de Nova Friburgo, no Estado do Rio de Janeiro. A metodologia utiliza revisão bibliográfica, levantamento, catalogação de autos de dissídio coletivo e de ação civil pública, bem como de documentos públicos divulgados por atores sindicais econômicos e profissionais.

No Brasil, as reformas institucionais de austeridade⁶ promovidas no último triênio implicaram a desconstrução democrática e da legislação trabalhista, com o enfraquecimento das instituições laborais (inclusive a própria Justiça do Trabalho), sendo combatidas com a deflagração de greves gerais⁷, cuja adesão incluiu atores sindicais tradicionais e novos personagens. Neste cenário, cabe refletir sobre relações entre direito, greve e austeridade mediante o estudo de casos-referência envolvendo greves contra o projeto de austeridade e indagar sobre a atuação do Judiciário Trabalhista diante de tais conflitos coletivos. Tendo em vista que o campo jurídico é um espaço institucional de disputa de sentidos⁸, o artigo analisa demandas envolvendo a greve geral de abril de 2017 e indaga sobre a permanência ou a mudança do padrão repressivo decisório até então hegemônico no país⁹. Retomaremos a disputa das narrativas em torno da qualificação da greve como política ou não, que envolve

⁶SILVA, S. G. C. L.; EMERIQUE, L. B.; BARISON, T. (Org.). *Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2018.

⁷GALVÃO, A.; MARCELINO, P. O sindicalismo brasileiro diante do golpe. In: SILVA, S. G. C. L.; EMERIQUE, L. B.; BARISON, T. (Org.). *Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2018, p. 85-96; KREIN, J. D. O desmonte dos direitos, as novas configurações do trabalho e o esvaziamento da ação coletiva: consequências da reforma trabalhista. *Tempo social*, v. 30, n. 1, abr. 2018.

⁸BOURDIEU, P. *O poder simbólico*. Tradução Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Difel, 1989.

⁹SILVA, S. G. C. L. *Relações coletivas de trabalho: configurações institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008; MANDL, A. T. *A judicialização das relações coletivas de trabalho: uma análise das greves julgadas pelo TST nos anos 2000*. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Econômico) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2014. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/abet/article/viewFile/25678/13867>>. Acesso em 10 out. 2016.; BIAS, R. B. A perspectiva emancipatória da greve nos limites do direito: uma análise histórica do tratamento jurisprudencial da greve no TRT-6. In: COUTINHO, A. R.; WANDELLI, L. (Org.). *Anais do II encontro RENAPEDTS*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 655-684.; SILVA, S. G. C. L.; GONDIM, T. P. Conflitos Coletivos de Trabalho: Implicações Institucionais e Evidências Empíricas Sobre a Greve dos Bombeiros Militares do Estado do Rio de Janeiro. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte. V. 20, p. 28-60, 2017. Disponível em <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2017v20n39p28/11346>. Acesso em 09 de set. 2018.; GUEIROS, D. G. Greve. Análise de julgados de Dissídios Coletivos de Greve do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região (2006-2016). *Revista OAB/RJ*. Rio de Janeiro: Edição Especial – Revista CJT. 2017. Disponível em: <<http://revistaelectronica.oabRJ.org.br/?artigo=greve-analise-de-julgados-de-dissidios-coletivos-de-greve-do-tribunal-regional-do-trabalho-da-primeira-regiao-2006-2016>>. Acesso em: 13 maio 2018.

não somente o dissenso interpretativo em torno da Constituição¹⁰, mas, sobretudo o mecanismo de deslegitimação das estratégias e reivindicações dos grevistas promovido pelos atores políticos¹¹, que na arena judicial corresponde a reconhece-las, ou não, como abusivas¹². Retomaremos tal discussão na quarta seção.

2 REFORMAS INSTITUCIONAIS DE AUSTERIDADE NO MUNDO CONTEMPORÂNEO

Em diferentes partes do globo, as reformas institucionais de austeridade foram respondidas com múltiplas formas de reações coletivas, inclusive por meio de greves, como ocorreu na Grécia, na Espanha, na Irlanda, nos Estados Unidos e eclodem no Brasil. Para compreender este fenômeno é necessário compreender a disseminação do discurso da austeridade no período pós-crise de 2008.

O sistema capitalista é marcado pela continuidade de crises financeiras e orçamentárias¹³ que em cada contexto social, econômico e político são combatidas pelas “forças do mercado” para a sua suposta superação e manutenção do funcionamento do sistema¹⁴. Após a crise financeira de 2008 a austeridade foi redesenhada como uma nova gramática, tornando-se a *palavra da moda* em democracias industrialmente avançadas, na academia, na mídia e nos discursos políticos, não obstante as convicções ideológicas¹⁵.

A crise financeira de 2008, cuja origem remonta ao “sistema bancário sombra ou paralelo” consubstanciado em um “mercado de operações compromissadas” em que empresas realizavam empréstimos e pediam emprestados a si mesmas por um período curto de tempo e com taxas de juros baixas, levou a formação de um mercado de empréstimo, em sua maioria, mediante a utilização de títulos hipotecários¹⁶. Ao ser considerado “grande demais para falir”,

¹⁰SILVA, S. G. C. L. da. *Relações coletivas de trabalho: configurações institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008, p. 235-238.

¹¹PAIXÃO, C.; LOURENÇO FILHO, R. Greve como prática social: possibilidade de reconstrução do conceito a partir da constituição de 1988. In: SENA, A. G.; DELGADO, G.N; NUNES, R. P. (Org.). *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010.

¹²SILVA, S. G. C. L. *Relações coletivas de trabalho: configurações institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008, p. 458-472.

¹³STREECK, W. *Tempo comprado: a crise adiada do capitalismo democrático*. Tradução Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Conjuntura Actual Editora, 2013, p. 13.

¹⁴Ibid., p. 136.

¹⁵SCHIAVONE, M. *Austerity and the labor movement*. Albany: State University of New York Press, 2016, p. 8.

¹⁶BLYTH, M. *Austeridade: a história de uma ideia perigosa*. Tradução Freitas e Silva. São Paulo: Autonomia Literária, 2017, p. 49-52.

o sistema bancário construído pela Europa foi resgatado, sendo que os custos de tal resgate foram despendidos inicialmente pelo Estado e, posteriormente, pelos consumidores através da implementação de políticas de austeridade¹⁷.

Segundo a interpretação de Mark Blyth¹⁸, após a retração da economia em decorrência da crise do sistema bancário global, que levou os Estados a se dedicarem a cobrir prejuízos orçamentários decorrentes do resgate de seus bancos, alguns países europeus entraram em crise, pelo fato de o sistema bancário ser “grande demais para resgatar”¹⁹, que atingiu principalmente Portugal, Itália, Irlanda, Grécia e Espanha²⁰. Em resposta ao colapso financeiro criou-se a narrativa de que se tratava de uma crise da dívida soberana, quando na realidade era uma crise da dívida bancária. Blyth classificou esta narrativa de “propaganda enganosa”²¹ promovida pelo sistema financeiro, por determinados partidos políticos e pela grande mídia, caminhando na mesma perspectiva de Streeck, para quem o endividamento público se deve mais à receitas baixas do que as despesas altas, um problema estrutural do Estado moderno capitalista, fundado no princípio da propriedade privada, individualista, tendente a restringir a capacidade tributária enquanto exige a presença do Estado para manter a ordem e dar segurança²².

Diante da configuração desse cenário, as políticas de austeridade se tornaram a componente chave do Fundo Monetário Internacional (FMI) para a superação da crise mediante programas de ajustes estruturais²³. Em uma perspectiva econômica, a austeridade pode ser definida como um ajuste econômico “através da redução de salários, preços e despesas pública para restabelecer a competitividade, que (supostamente) se consegue melhor cortando o orçamento dos estados, as dívidas e os déficits”²⁴.

Para Michael Schiavone o ponto central das políticas de austeridade encontra-se na crença de que o governo deveria intervir o mínimo possível no funcionamento do mercado, com evidente raiz neoliberal por clamar pelo afastamento do Estado de qualquer ingerência na

¹⁷ Ibid., p. 83-84.

¹⁸ Ibid., p. 87.

¹⁹ Ibid., p. 140.

²⁰ BLYTH, M. *Austeridade: a história de uma ideia perigosa*. Tradução Freitas e Silva. São Paulo: Autonomia Literária, 2017, p. 101-113.

²¹ Ibid., p. 26.

²² STREECK, W. *Tempo comprado: a crise adiada do capitalismo democrático*. Tradução Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Conjuntura Actual Editora, 2013, p. 106.

²³ SCHIAVONE, M. *Austerity and the labor movement*. Albany: State University of New York Press, 2016, p. 8.

²⁴ BLYTH, M. *Austeridade: a história de uma ideia perigosa*. Tradução Freitas e Silva. São Paulo: Autonomia Literária, 2017, p. 22.

economia e permitir que o mercado exerça o seu papel²⁵. Neste sentido, os governantes devem realizar privatizações dos empreendimentos públicos, estabilizar a inflação, liberar as transações e as finanças e recepcionar políticas de austeridade, acrescidas de reformas flexibilizadoras das relações laborais e com o conseqüente enfraquecimento do trabalho organizado com o objetivo de garantir menos resistência à adoção de novas medidas²⁶.

Ainda que Blyth²⁷ compreenda que a austeridade careça de sensatez política, de coerência de ideias econômicas e de análises técnicas sobre as possibilidades de cumprimento dos efeitos pretendidos, ela emerge “como uma consequência derivada de outras convicções partilhadas – uma sensibilidade -, concernentes à natureza e ao papel do Estado na vida econômica que estão no cerne do pensamento econômico liberal”²⁸, servindo de resposta nos momentos em que os mercados falham²⁹. Tanto Blyth quanto Schiavone estabelecem relação estreita entre austeridade e neoliberalismo, sobretudo considerando as prescrições do chamado Consenso de Washington que determinaram a ordem de políticas obrigatórias de ajuste fiscal e inversão de prioridades das despesas Estatais, inclusive com medidas comerciais liberalizantes, privatizações e desregulamentações³⁰.

Para Schiavone a ordem neoliberal é marcada por iniciadores essenciais – companhias e redes financeiras - que também se encontram presentes nas políticas de austeridade, o que demonstraria a sua identidade com o neoliberalismo³¹. As “companhias multinacionais ou transnacionais” que, diante de sua capacidade de decidir geograficamente seu local de produção (deslocalização), podem pressionar governos a alterarem políticas tributárias e reduzirem gastos com serviços públicos para atingir o agrado da elite transnacional, incentivando a lógica de competitividade entre os países, inclusive os colocando um contra o outro. No mesmo sentido, as “redes financeiras transnacionais”, diante da mobilidade do capital, que obrigam os países a fornecerem um ambiente propício ao investimento dentro os padrões globais.

²⁵SCHIAVONE, M. *Austerity and the labor movement*. Albany: State University of New York Press, 2016, p. 8-11.

²⁶Ibid., p. 10.

²⁷BLYTH, M. *Austeridade: a história de uma ideia perigosa*. Tradução Freitas e Silva. São Paulo: Autonomia Literária, 2017, p. 321.

²⁸BLYTH, M. *Austeridade: a história de uma ideia perigosa*. Tradução Freitas e Silva. São Paulo: Autonomia Literária, 2017, p. 147.

²⁹Ibid., p. 145.

³⁰Ibid., p. 229.

³¹SCHIAVONE, M. *Austerity and the labor movement*. Albany: State University of New York Press, 2016, p. 9.

Os últimos dois iniciadores da ordem neoliberal são a “rede de elite transnacional” e os “principais países capitalistas”. Conforme sua análise, o primeiro se caracteriza por “intelectuais orgânicos” encontrados em corpos não oficiais, como comissões trilaterais e corpos oficiais, como o Fundo Monetário Internacional - FMI e universidades, que por meio de seus estudos fortalecem a agenda neoliberal e pressionam os Estados soberanos a aderirem tais políticas, enquanto os principais países capitalistas desempenham o papel de globalizar as medidas neoliberais, impondo-as aos demais.

Para tais autores que acentuam as características econômicas, a austeridade equipara-se a um redesenho das políticas neoliberais em um contexto de crise financeira e orçamentária, mediante a pressão de empresas multinacionais e organismos financeiros, para o afastamento do Estado na ingerência na economia. Por estar inserida em um contexto de crise, o diferencial da austeridade, conforme explicitado por Blyth e Schiavone se encontra na lógica da transferência das responsabilidades de erros de terceiros para o Estado soberano e, posteriormente, para os consumidores, que através de sacrifícios individuais devem arcar com a recuperação financeira mediante suas privações subjetivas.

A austeridade, desse modo, é legitimada por intermédio de um discurso de que não há alternativa para a crise que não realizar sacrifícios na esfera pessoal, o que Blyth define como TINA³², abreviação para a expressão “*There Is No Alternative*”³³.

Tanto Schiavone quanto Blyth concluem que as medidas estudadas não foram eficazes para a recuperação econômica dos Estados soberanos e levaram ao aumento do desemprego, da mortalidade infantil e da qualidade de vida nos países atingidos pela austeridade. Para Schiavone ainda que as economias tivessem sido devidamente recuperadas, o sofrimento causado por tais políticas não permitiria que fossem analisadas como histórias bem-sucedidas.

A Grécia, que vivencia até os dias atuais tais consequências, registra mais de oitocentas mil pessoas sem acesso aos serviços sociais e ao sistema de saúde (dados colhidos até 2016). O país apresentou um drástico aumento no número do desemprego e na fome, sendo que de um total de onze milhões de pessoas, quatro milhões se encontram abaixo da

³²BLYTH, M. *Austeridade: a história de uma ideia perigosa*. Tradução Freitas e Silva. São Paulo: Autonomia Literária, 2017, p. 143-150.

³³Antônio Casimiro Ferreira (2012) ao estudar o caso português analisa que uma das formas de legitimação das políticas de austeridade, alicerçada na ausência de alternativa, se encontra na promoção do “medo social” diante da falsa previsão de cenários distópicos em sua ausência. Observe-se, contudo, que enquanto Blyth e Schiavone analisam as políticas de austeridade no bojo do neoliberalismo, sob um prisma econômico, Ferreira desloca o olhar para a sociedade e propõe uma compreensão mais profunda da austeridade que penetra a sociedade e o direito.

linha da pobreza, levando-o a receber auxílio, inclusive da organização não governamental “médicos sem fronteiras”³⁴.

Na Espanha, para a tentativa de recuperação da economia, foram implementados congelamentos salariais dos servidores públicos e de benefícios previdenciários, alterações nas idades mínimas necessárias para a aposentadoria, reformas trabalhistas e sindicais e alteração nas normas de recebimento do seguro desemprego³⁵.

Ainda que a Irlanda seja lida por alguns como um caso bem-sucedido, Schiavone rejeita tal conclusão. O congelamento de gastos públicos, aumento de jornada de trabalho, redução de benefícios sociais e demais medidas ocasionaram a miséria da população, o desemprego e a emigração da população. Para o autor, a alegada recuperação econômica não decorre da austeridade, mas sim no fato de o país sediar inúmeras empresas multinacionais em decorrência das vantagens fiscais que fornece³⁶.

Nos diferentes países analisados pelos autores os resultados, em sua maioria, são similares: crescimento do desemprego, aumento da fome, da mortalidade infantil e da miséria. Desta forma, é possível concluir pela relação entre a implementação da austeridade com o sofrimento da população, que arca com o pagamento de dívidas que não são de sua responsabilidade, através de uma falácia produzida pelo mercado financeiro.

No Brasil as reformas e, especificamente, a reforma trabalhista, miram em direção da institucionalização da austeridade com claro objetivo de diminuir o Estado, de enfraquecer a organização dos trabalhadores, de reduzir os recursos de poder e de resistência do movimento sindical. Até o momento (2018) não se verifica aumento do emprego formal, tendo ocorrido a redução de negociações coletivas (finalizadas com realização de convenções e acordos coletivos), além das dificuldades econômicas das entidades sindicais, com potencial tendência à sua desestruturação³⁷.

³⁴SCHIAVONE, M. *Austerity and the labor movement*. Albany: State University of New York Press, 2016, p. 22-27.

³⁵Ibid., p. 32.

³⁶SCHIAVONE, M. *Austerity and the labor movement*. Albany: State University of New York Press, 2016, p. 35-39.

³⁷DIEESE. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. Balanços das Negociações dos Reajustes Salariais de 2017. *Estudos e Pesquisas*. N. 86. São Paulo. 2018. Disponível em <https://www.dieese.org.br/balancodosreajustes/2018/estPes86BalancoReajuste2017.html>. Acesso em 09 set 2018a; DIEESE. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. *Boletim de Conjuntura* Número 14. São Paulo. Maio de 2018. Disponível em <https://www.dieese.org.br/boletimdeconjuntura/2018/boletimConjuntura014.pdf>. Acesso em 09. set. 2018b.

Destarte, ainda que demonstrações empíricas evidenciem o não funcionamento da austeridade, por não recuperar a economia e gerar o sacrifício dos mais pobres, ela continua a ser vista por muitos como uma boa ideologia, razão pela qual Mark Blyth a define como uma ideia muito perigosa baseada em preferências políticas e ideológicas e carecida de estudos técnicos e econômicos³⁸.

3 GREVES GERAIS E RESISTÊNCIAS SINDICAIS ÀS POLÍTICAS DE AUSTERIDADE

As políticas de austeridade apresentadas na seção anterior obtiveram respostas diferenciadas de entidades sindicais e movimentos sociais no decorrer de sua implementação, inclusive entre nós.³⁹ Neste artigo, privilegiamos as resistências por meio de greves, porquanto, mesmo considerando-se as diferenças culturais, normativas, institucionais, políticas, econômicas e sociais, estas ocorreram como reação dos trabalhadores em países europeus, nos Estados Unidos e no Brasil. Por outro lado, a Organização Internacional do Trabalho - OIT, por seu Comitê de Liberdade Sindical, interpreta como em conformidade com a liberdade sindical movimentos paredistas de caráter nacional que contestem políticas econômicas governamentais relacionadas ao trabalho. Deste modo, os protestos nacionais contra reformas trabalhistas que implicam em paralisação laboral são albergados pelo conceito amplo de greve, ainda quando suas reivindicações não se voltam diretamente aos empregadores ou para aspectos puramente contratuais. Constituem-se, pois, em mecanismos privilegiados de reações sindicais, como apresentaremos nas duas próximas seções.

3.1 Resistências sindicais às políticas de austeridade na Europa e nos Estados Unidos da América por Michael Schiavone

A presente seção se beneficia do estudo de Michael Schiavone⁴⁰ sobre resistências sindicais às políticas de austeridade. Para o autor, a Grécia foi o país que inicialmente mais sofreu com as profundas medidas de austeridade e no qual eclodiram mais de cinquenta

³⁸BLYTH, M. *Austeridade: a história de uma ideia perigosa*. Tradução Freitas e Silva. São Paulo: Autonomia Literária, 2017, p. 44.

³⁹Em trabalho apresentado em GT ocorrido no 8º Encontro de Pesquisa Empírica de Direito Pessanha, Artur e Freitas apresentaram um levantamento das posições das centrais sindicais sobre a reforma trabalhista e suas ações no cenário nacional recente (2018).

⁴⁰SCHIAVONE, M. *Austerity and the labor movement*. Albany: State University of New York Press, 2016.

greves gerais até o término de seu levantamento ocorrido em 2014⁴¹. Schiavone relata que em um primeiro momento as ações ensejadas pelos movimentos trabalhistas organizados aparentavam reivindicar por toda a comunidade com a realização de protestos e paralisações contra as políticas austeras. No entanto, tais ações coletivas foram enfraquecidas pela edição de leis antissindicais, que culminaram na divisão dos movimentos laborais, em especial quanto aos setores público e privado.

Para o autor, grande parte do movimento sindical grego almejava a cooperação estatal, razão pela qual após as leis antissindicais, o foco de atuação foi redirecionado para um processo de negociação com os representantes estatais. Tal atitude se relaciona com a crença de não existir mais razões para a convocação de protestos contra a austeridade, por não verificar alternativa possível naquele momento. Para Schiavone, a ausência de união entre as entidades sindicais, diante de sua vinculação à partidos políticos, teria culminado na preocupação dos sindicatos com os seus próprios interesses, levando à uma época de negociações e de concessões, “*era of concession bargaining*”⁴². Diante de tais preferências estratégicas de atuação, segundo Schiavone, a população perdeu a credibilidade nos sindicatos, sendo que nem as medidas de resistência e nem as preferências por práticas negociais foram o suficiente para impedir que a austeridade se tornasse uma realidade⁴³.

Assim como na Grécia, a Espanha vivenciou inúmeros protestos com grande participação popular no início de 2010 que, da mesma forma, não foram capazes de levar à reversão do processo. Os movimentos paredistas se caracterizaram pela natureza defensiva e, conforme Schiavone, só envolviam diretamente os sindicatos se as medidas afetassem a sua sobrevivência ou se versassem sobre reforma laboral, redução de salários e desemprego, razão pela qual não havia um combate direto contra a austeridade como um todo, mas apenas quanto às questões relacionadas ao contrato de trabalho⁴⁴.

Ainda que uma grande greve geral com adesão de milhares de membros da população tenha sido deflagrada em setembro de 2010, apenas alterações pontuais foram realizadas quanto a questões que envolviam diretamente a classe trabalhadora. Na posição do autor, bastante crítica ao sindicalismo em geral, boa parte dos sindicatos espanhóis, em posição

⁴¹Ibid., p. 27-30.

⁴²Ibid., p. 29.

⁴³SCHIAVONE, M. *Austerity and the labor movement*. Albany: State University of New York Press, 2016, p. 28-29.

⁴⁴Ibid., p. 32-35.

similar ao grego, teria acatado as medidas de austeridade com pontuais alterações, que não culminaram na redução do núcleo duro de tais políticas. A posição decorreria de uma avaliação de descrença em alternativa naquele momento, com o temor de que um enfrentamento poderia culminar em medidas mais duras, resultando na divisão do movimento de resistência e a conseqüente falha no recuo das medidas austeras⁴⁵.

A resposta sindical no caso irlandês ocorreu de modo diverso, tendo em vista que as lideranças sindicais não demonstravam disposição para resistir às políticas de austeridade e fazer com o que o governo as abandonasse⁴⁶. Conforme o pensamento de Schiavone, o fato de as entidades sindicais assinarem o *Croke Park Agreement* e o *Haddington Road Agreement* que são, respectivamente, acordos de congelamento de gastos praticados pelo governo em troca da manutenção da paz industrial pelo sindicato e o aumento das horas de trabalho semanais, cortes de pagamento de pensões e maior flexibilidade laboral, representa uma concordância com tais práticas, o que explicaria tal participação inexpressiva.

Embora parte do movimento sindical não tenha concordado com a assinatura de tais acordos, gerando a divisão do movimento sindical entre os setores público e privado, os dirigentes sindicais tendiam a acreditar em uma parceria com o Estado e na inevitabilidade da austeridade⁴⁷. Por esta razão os protestos na Irlanda foram esporádicos, diante da aceitação da população irlandesa por motivos religiosos, históricos e pelo fato de a população preferir emigrar para não resistir, não tendo sido levantados grandes protestos neste caso.

O Reino Unido, em decorrência da crise econômica mundial, iniciou uma série de processos de pressão da agenda austera, dando início, em 2009, à denominada “era da austeridade”⁴⁸. Nesta situação em particular, os líderes sindicais direcionaram seus esforços para a condenação verbal das medidas sem a necessária tomada de ações imediatas, sendo que a quantidade de dias dedicados a greves até março de 2011 foi o menor desde 1931, em virtude de o movimento sindical se encontrar em uma situação desfavorável diante da aceitação da população quanto as medidas apresentadas⁴⁹.

Quando as medidas começaram a ser vivenciadas, a população aparentou maior descontentamento, sendo convocado o primeiro grande protesto em março de 2011, momento

⁴⁵Ibid., p. 32-35, 84-90.

⁴⁶Ibid., 39-40.

⁴⁷SCHIAVONE, M. *Austerity and the labor movement*. Albany: State University of New York Press, 2016, p. 40.

⁴⁸Ibid., p. 42.

⁴⁹Ibid., p. 52-53.

em que as políticas de austeridade já estavam devidamente estabelecidas, tornando a sua revogação mais dificultosa⁵⁰. Em novembro do mesmo ano, aproximadamente trinta sindicatos e dois milhões de pessoas deflagraram greve contra as políticas de austeridade, ocasionando o fechamento de escolas, túneis, rodovias e operações não emergenciais de hospitais, sendo que a maior participação no referido movimento de resistência foi de mulheres. Não obstante o sucesso do movimento, a duração de um dia não alterou as medidas, levando as entidades sindicais a negociar mudanças para o setor público por acreditarem que a recusa da proposta apresentada pelo governo viria a gerar a piora no cenário. Assim como nos casos anteriores, segundo Schiavone, a população deixou de acreditar na força das entidades laborais, por pensarem que estavam adstritos aos seus próprios interesses⁵¹.

No caso brasileiro, Dari Krein resgata índice de confiança apurado por instituto de pesquisa para evidenciar que as entidades sindicais permanecem tendo espaço de atuação no Brasil, e podem adotar estratégias e ações para ampliar este espaço, em um contexto de avanço da institucionalização da austeridade⁵². Segundo o autor, pesquisa do Ibope sobre o Índice de Confiança Social verificou que a instituição sindicato recuperou credibilidade na sociedade: aumentou de 37 para 44 o percentual da população que confia na instituição sindicato, no período entre 2013 e 2017.

Os Estados Unidos da América sofria os impactos da crise econômica iniciada após a quebra do grupo Lehman Brothers quando a austeridade foi adotada⁵³. A resposta sindical inicial foi similar à apresentada pela resistência no Reino Unido, onde o foco direcionou-se para o discurso de denúncia a tais políticas, com pouca ação grevista. Schiavone relaciona a opção pelo esforço eleitoral para eleição de parlamentares à existência de poucos protestos diretos⁵⁴.

Para realizar a análise do cenário de resistência vivenciado nos Estados Unidos da América, Michael Schiavone analisa dois casos paradigmáticos, sendo eles os Movimentos Trabalhistas de Wisconsin e a greve dos professores de Chicago. O primeiro caso se inicia em 2010, com a eleição do Governador do Partido Republicano Scott Walker que, em sua

⁵⁰Ibid., p. 53.

⁵¹Ibid., p. 56-57.

⁵²KREIN, J. D. O desmonte dos direitos, as novas configurações do trabalho e o esvaziamento da ação coletiva: consequências da reforma trabalhista. *Tempo social*, v. 30, n. 1, abr. 2018, p. 94-95.

⁵³SCHIAVONE, M. *Austerity and the labor movement*. Albany: State University of New York Press, 2016, p. 61.

⁵⁴Ibid., p. 68-69.

primeira semana de governo editou a *The Repair Bill* que implementava o corte de gastos em serviços públicos, salários dos servidores públicos e leis antissindicais que proibiam que as negociações coletivas de trabalho versassem sobre benefícios, ficando adstritas à questões salariais, e estipulando o prazo máximo de um ano para o mandato do representante sindical, à exceção do sindicatos da categoria de servidores públicos da área de segurança, normalmente vinculados ao Partido Republicano⁵⁵.

Posteriormente, realizaram-se medidas de corte de gastos em escolas estaduais e serviços médicos o que culminou em grandes protestos realizados no Estado. Conforme narra o autor, o crescimento do engajamento da população nos protestos assustou os sindicatos, que temiam que as resistências obstaculizassem a assinatura de um bom acordo, levando ao afastamento da participação sindical nos movimentos e a reivindicação de *recall*⁵⁶. Após a obtenção dos requisitos para o *recall*, nova eleição foi convocada, sendo que Scott Walker foi novamente eleito. Schiavone relaciona tais acontecimentos com o descrédito dos sindicatos no imaginário popular, o que foi visível após os resultados de pesquisas que demonstravam que alguns sindicalistas e pessoas que com eles residiam votaram no candidato republicano responsável pelas medidas implementadas. Segundo Schiavone, processos semelhantes ocorreram em outros estados dos Estados Unidos da América, mesmo naqueles governados pelo Partido Democrata⁵⁷.

O segundo caso paradigmático apresentado pelo autor também tem início em 2010, quando o Sistema Público de Ensino de Chicago apresentou um déficit de um bilhão de dólares. Neste contexto, o chefe do sistema de ensino clamou por reformas de austeridade, inclusive quanto à privatização do sistema escolar, afirmando que os sindicatos deveriam realizar concessões e aceitar a redução de empregos⁵⁸. No presente caso, é necessário compreender que em 2008 um grupo de professores e profissionais do ensino, insatisfeitos com a gestão do Sindicato, deram início a um grupo de leitura e estudo, formando a Frente dos Educadores⁵⁹. Este grupo deu início a uma série de mobilizações e conscientização dos profissionais da área de educação, principalmente quanto ao pacote de austeridade

⁵⁵Ibid., p. 69-70.

⁵⁶Ibid., p. 70-71.

⁵⁷SCHIAVONE, M. *Austerity and the labor movement*. Albany: State University of New York Press, 2016, p. 71-73.

⁵⁸Ibid., p. 73.

⁵⁹Tradução livre do original *Caucus of Rank and File Educators* (SCHIAVONE, 2016, p. 73).

governamental. Posteriormente, a Frente dos Educadores concorreu a eleição do Sindicato dos Professores de Chicago e obteve a vitória do pleito eleitoral⁶⁰.

Após a posse, o sindicato rejeitou a proposta feita pelo prefeito que, por sua vez, editou uma lei restritiva ao exercício do direito de greve, estabelecendo uma maioria “inatingível” e a necessidade de negociação perante um árbitro imparcial para a deflagração do movimento paredista. O Sindicato atendeu aos requisitos necessários, com o apoio de movimentos sociais e da comunidade, deflagrando uma grande greve que culminou na apresentação de proposta de acordo, rejeitado pela entidade sindical por atender apenas aos interesses de seus representados. O movimento grevista, então, permaneceu em crescimento até a apresentação de nova proposta pelo Poder Público, que neste momento, incluiu questões sociais envolvendo toda a comunidade, com políticas de inclusão social, razão pela qual foi aceita pelo sindicato⁶¹.

O autor conclui o estudo deste caso mediante a análise de que, ainda que tenham sido tomadas novas medidas de austeridade nos anos seguintes sem o devido sucesso das entidades laborais nas medidas de resistência, trata-se de um movimento bem-sucedido.

3.2 Reações sindicais às reformas de austeridade no Brasil

Assim como em diversos países, o Brasil iniciou, no último triênio, uma série de reformas institucionais de austeridade⁶², por intermédio da desconstrução democrática e pelo desmonte de direitos trabalhistas, sindicais e sociais⁶³. Um conjunto expressivo de estudos indica como as reformas trabalhistas se iniciam na década de 1990 e prosseguiram com maior ou menor ênfase, ao menos até 2017, com a aprovação da Lei nº 13.467/2017⁶⁴. Uma comparação dos discursos de modernização e de valorização da negociação coletiva presentes

⁶⁰SCHIAVONE, M. *Austerity and the labor movement*. Albany: State University of New York Press, 2016, p. 74-75.

⁶¹Ibid., p. 76-78.

⁶²SILVA, S. G. C. L. da; EMERIQUE, L. B.; BARISON, T. (Org.). *Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2018.

⁶³ Em artigo no qual apresentam as reações sindicais às políticas pós-impeachment, Galvão e Marcelino (2018, p. 93) elencam mais de 10 medidas de austeridade adotadas no Brasil, dentre as quais, a reforma trabalhista.

⁶⁴SILVA, S. G. C. L. da. *Relações coletivas de trabalho: configurações institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008; KREIN, J. D.; BIAVASCHI, M. B. Brasil: movimentos contraditórios da regulação do trabalho dos anos 2000. *Revista Cuardenos Del Cendes*, Caracas, año 32, n. 89, mayo/ago. 2015; KREIN, J. D. O desmonte dos direitos, as novas configurações do trabalho e o esvaziamento da ação coletiva: consequências da reforma trabalhista. *Tempo social*, v. 30, n. 1, abr. 2018.

nos cenários de 2001 e 2017 foi realizada por Silva, Allan e Triani⁶⁵ que indicam as apropriações das críticas e reivindicações de movimentos autonomistas para desqualificá-los.

A Reforma Trabalhista de 2017 inicia-se com a apresentação de Projeto de Lei ao Congresso pelo Presidente da República em dezembro de 2016, com tramitação em regime de urgência na Câmara dos Deputados, aprovação no Senado em julho, e sanção presidencial da Lei nº 13.467, em 11 de julho de 2017. Duas greves gerais foram deflagradas neste semestre, sendo que a principal, que será objeto das demandas analisadas neste artigo, ocorreu em 28 de abril de 2017⁶⁶.

Galvão e Marcelino⁶⁷ avaliaram que as entidades sindicais demoraram a fornecer uma resposta às políticas de austeridade, uma vez que a greve geral, convocada por todas as centrais sindicais, foi realizada apenas no final de abril de 2017 diante da ameaça de aprovação das reformas trabalhista⁶⁸ e previdenciária. Ressalvamos, porém, a constatação sobre o tempo de reação, porquanto negociar estratégias comuns entre seis centrais sindicais, pelo menos dois fóruns populares abertos, aglutinadores de inúmeras organizações, e as particularidades de suas respectivas atuações exige amadurecimento de ideias e diálogo democrático, o que foi atropelado pelas medidas impostas em pequeno lapso temporal. De toda sorte, concordamos na avaliação de ter sido a maior greve geral da história do país,

⁶⁵SILVA, S. G. C. L.; ALLAN, N. A.; TRIANI, V. Negociado sobre o legislado em Dois Tempos: a Lei n.13.467/2017 em diálogo com o PL 5.483/2001. In: SILVA, S. G. C. L.; EMERIQUE, L. B., BARISON, Thiago (orgs.). *Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2018, p. 168-180.

⁶⁶A greve geral em todo o país contra as reformas trabalhista e previdenciária foi convocada pelas centrais sindicais (Central Única dos Trabalhadores (CUT), a Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil (CTB), a Intersindical, a Nova Central, a Central dos Sindicatos Brasileiros, a Força Sindical, a União Geral dos Trabalhadores (UGT), a CSP-Conlutas e a Central Geral dos Trabalhadores do Brasil) e pelas Frentes Brasil Popular e Povo Sem Medo que aglutinam inúmeros coletivos do movimento popular. Disponível em <http://www.frentebrasilpopular.org.br/conteudo/organizacoes-participantes/>. Acesso em 02 de maio de 2018. Frente Povo Sem Medo (<http://www.povosemmedo.org/>), se apresenta como uma frente de mobilização com participação de mais de 30 movimentos nacionais, centrada nas mobilizações contra o ajuste fiscal e o conservadorismo. Acesso em 02 de maio de 2018.

⁶⁷GALVÃO, A.; MARCELINO, P. O sindicalismo brasileiro diante do golpe. In: SILVA, S. G. C. L. da; EMERIQUE, L. B.; BARISON, T. (Org.). *Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2018, p. 93-94.

⁶⁸Galvão e Marcelino (2018, p. 94) no tocante à reforma trabalhista consideram que “embora o foco da reforma seja a legislação trabalhista, vários de seus aspectos atingem diretamente o sindicalismo, mediante a descentralização da negociação coletiva, o aprofundamento da fragmentação das bases de representação sindical como ampliação das formas de contratação precária, a possibilidade da negociação individual de aspectos importantes da relação de trabalho, a rescisão contratual sem a intermediação sindical, a representação dos trabalhadores no local de trabalho por fora dos sindicatos. Além de esvaziar as prerrogativas sindicais, a reforma impacta suas finanças, condicionando a cobrança do imposto sindical à anuência prévia por parte do trabalhador”.

diante da adesão de 35 milhões de trabalhadores e a paralisação de 26 estados e do Distrito Federal⁶⁹.

Nova greve foi realizada em 30 de junho de 2017, sem a mesma expressão numérica de adesão. Ainda que tais movimentos de resistência possuam extrema relevância para a história da classe trabalhadora brasileira, os mesmos não foram, por ora, bem-sucedidos quanto aos seus propósitos de recuo do governo e do congresso quanto à recusa das reformas.

Diante da aprovação da reforma trabalhista e das consequências proporcionadas às entidades sindicais e à classe trabalhadora, Galvão e Marcelino examinam que as centrais sindicais se dividiram quanto as estratégias de ações coletivas a serem adotadas⁷⁰. Enquanto algumas buscaram a realização de acordos com representantes estatais, outras visaram o maior engajamento e participação em campanhas políticas nas eleições de 2018 para a eleição de representantes com possibilidades de revogação dos retrocessos advindos da Lei nº 13.467 de 2017, não tendo sido realizada nova greve geral com a mesma amplitude desde a de 28 de abril de 2017, embora diversas categorias tenham deflagrado greves. Pessanha, Artur e Freitas⁷¹ apontam que dentre as seis centrais reconhecidas somente duas persistem exigindo a revogação da reforma trabalhista em sua pauta atual.

4 DIREITO E GREVE GERAL NO BRASIL: ESTUDO DE CASOS REFERÊNCIA

Diante da importância da greve geral deflagrada às vésperas do dia do trabalhador, em protesto contra a maior reformulação do sistema legislado de relações laborais do país, que provocou alteração direta nos contratos de trabalho, regimes de contratação coletiva, direitos sindicais e direitos laborais, e diante da grande adesão sindical, abre-se uma agenda de pesquisas⁷² sobre as consequências no âmbito das relações coletivas de trabalho⁷³. A

⁶⁹ GALVÃO, A; MARCELINO, P. O sindicalismo brasileiro diante do golpe. In: SILVA, S. G. C. L. da; EMERIQUE, L. B.; BARISON, T. (Org.). *Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2018, p. 94.

⁷⁰Ibid., p. 94-95.

⁷¹PESSANHA, E.; ARTUR, K; FREITAS, L. *Estudos sobre a Justiça do Trabalho e Desafios da Reforma: legitimidade da lei, poder dos tribunais e sua ativação pelos atores*. Trabalho apresentado no 8º Encontro de Pesquisa Empírica de Direito, Juiz de Fora, 2018.

⁷²SILVA, S. G. C. L.; GONDIM, T. P., GUEIROS. D. G. Políticas de Austeridade, Negociação Coletiva e a Institucionalização da Excepcionalidade no Direito Coletivo do Trabalho Brasileiro. 56 ICA Congresso Internacional de Americanistas. Salamanca. 2018. Evento disponível em <http://ica2018.es/principal/>. Acesso em 09 de set. 2018.

⁷³Das alterações implementadas pela reforma trabalhista, sobressai a institucionalização do regime de supletoriedade da norma estatal em relação à negociada (CASTELLI, 2014. p. 122). A inclusão do art. 611-A na

intrínseca relação entre direito do trabalho e esta greve geral, substancialmente maior e mais intensa que nas greves gerais anteriores deflagradas sob o regime da Constituição de 1988 e voltadas a combater planos econômicos, bem como o momento de mudança paradigmática e de ataque às instituições laborais, inclusive à Justiça do Trabalho, abre espaço para recolocar em discussão as relações entre direito e greve. Na esteira de valorização da Constituição e das Convenções Internacionais como reservas de justiça no âmbito do trabalho, os sentidos atribuídos à Lei nº 7.783/1989 serão repensados? Ao conceito de greve albergado pelo artigo 9º da Constituição será mantida a interpretação prevalecente e limitativa? Como a adesão das entidades sindicais à greve geral será classificada e assimilada pelo direito? Como greve política? Caso positivo, com que finalidade? Como greve de solidariedade? Quais as consequências jurídicas das respectivas classificações? A judicialização do movimento paredista ocorrerá de que modo (preventivo ou reparatório), iniciada por que atores (sindicatos patronais, estado ou sindicatos de categorias profissionais)? Investigações sobre as respostas que o direito brasileiro tem dado às resistências sindicais à austeridade apenas se iniciam.

Nos limites deste artigo, faremos a análise de dois casos paradigmáticos: a greve dos rodoviários do Estado do Espírito Santo e a greve dos bancários do Município de Nova Friburgo, Estado do Rio de Janeiro, quanto aos argumentos referentes ao conteúdo do direito de greve, as diferentes interpretações em disputa e os sentidos atribuídos ao conflito coletivo em resistência à reforma. O objetivo é tão somente mapear os posicionamentos existentes para saber se nos casos referência escolhidos, o Judiciário entendeu que a greve geral foi albergada pela proteção constitucional e quais as consequências jurídicas da resposta (em especial se poderiam os sindicatos que aderiram ao movimento serem apenados com multas ou os trabalhadores sofrerem desconto do dia paralisado).

Compreendemos a greve como um fenômeno social que comporta múltiplos sentidos, que variam desde conflitos coletivos inerentes aos contratos de trabalho a ações de protesto,

CLT– Consolidação das Leis do Trabalho, subverteu o sentido da descentralização das fontes de produção normativa, antes orientado pela prevalência da norma mais favorável aos trabalhadores, para admitir eficácia e validade de convenções e acordos coletivos com cláusulas menos benéficas. A relação entre austeridade e reconfiguração do direito do trabalho no Brasil se constitui em importante agenda de pesquisa, sendo profícuo agregar aos estudos sobre reforma trabalhista indagações, investigações direcionadas à atuação dos atores sociais e econômicos e as estratégias utilizadas pelas entidades sindicais (SILVA, GUEIROS, GONDIM, 2018).

de denúncia e de resistência da classe trabalhadora⁷⁴. Segundo Edelman⁷⁵ e Ermida Uriarte⁷⁶, com a positivação da greve o ordenamento jurídico reconhece a legalidade de determinadas formas de lutas coletivas em detrimento de outros modos de resistência, taxados como ilícitos.

Barreto Ghione⁷⁷ interpreta que as técnicas de definição jurídica assumem o papel redutor da capacidade de conflito dos trabalhadores, principalmente no que concerne à greve, haja vista ser a principal ferramenta de autotutela dos trabalhadores. Ermida Uriarte analisa que a rigidez de regulamentação da greve é um fenômeno comum nos países sulamericanos, que vivenciam há décadas a redução da clássica proteção trabalhista nas relações individuais de trabalho em contraponto à extrema regulação, intervenção, rigidez, limitação e opressão na esfera dos direitos coletivos⁷⁸.

Após o seu reconhecimento como direito fundamental social na Constituição de 1988, a greve recebeu novo tratamento jurídico. Apesar de sua questionável constitucionalidade, a Lei nº 7.783 de 1989 formata tempo, modo e circunstância para a exteriorização dos conflitos mediante a burocratização do processo de deflagração das greves.⁷⁹ A jurisprudência, mediante giros interpretativos, além de aplicar sanções e ordenar o retorno de trabalhadores aos postos de trabalho, criou novos requisitos para o reconhecimento da legalidade dos movimentos paredistas⁸⁰, reconhecendo regra geral apenas a juridicidade de paralisações cujas

⁷⁴VIANA, M. T. Da greve ao boicote: os vários significados e as novas possibilidades das lutas operárias. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 49, n. 79, p. 101-121, jan./jun. 2009; GONDIM, T. P. Análise sobre os pressupostos teóricos do direito de greve. In *Revista Fórum de Direito Sindical - RFDS*. Belo Horizonte, ano 2, n.2, P. 63-75, jan./ju. 2016.

⁷⁵EDELMAN, B. *A legalização da classe operária*. São Paulo: Boitempo, 2016.

⁷⁶ERMIDA URIARTE, O. *A flexibilização da greve*. Tradução Edilson Alkmin. São Paulo: LTr, 2000.

⁷⁷BARRETO GHIONE, H. Indagaciones sobre la huelga: cuestiones de método, definición y derecho. *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, n. 2, Editorial Bomarzo, 2016.

⁷⁸ERMIDA URIARTE, O. *A flexibilização da greve*. Tradução Edilson Alkmin. São Paulo: LTr, 2000, p. 15.

⁷⁹Relevante meio de pressão e de resistência, a greve além de ser reconhecida como direito fundamental é assegurada como direito humano protegido no sistema internacional. Em síntese, são pressupostos legais fixados para a deflagração da greve de forma “não abusiva” a realização de assembleia convocada para este fim, a prévia tentativa de negociação coletiva, prévia comunicação ao empregador e/ou à população nas atividades arroladas como essenciais. A Lei exige a manutenção de equipe mínima de trabalho no caso de atividades essenciais e serviços inadiáveis. Há disputas interpretativas sobre o âmbito de tais existências. Por um lado, exige-se comunicação prévia escrita e expressa ao empregador, por outro, admite-se como despicienda tal formalidade quando ficar demonstrado o atendimento à finalidade de publicidade, previsibilidade e transparência no exercício do direito, sem excesso de formalismo (BRASIL, TST, RODC N. 2017400-02.2009.5.02.0000. Ministro Mauricio Godinho Delgado, SDC. 30/03/2012; conferir também BRASIL. TST. RODC n. 2004700-91.2009.5.02.0000. Ministra: Kátia Magalhães Arruda. SDC. 16/12/2011).

⁸⁰SILVA, S. G. C. L. *Relações coletivas de trabalho: configurações institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008, p. 458-472; MANDL, A. T. *A judicialização das relações coletivas de trabalho: uma análise das greves julgadas pelo TST nos anos 2000*. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Econômico) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2014. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/abet/article/viewFile/25678/13867>>. Acesso em 10 out. 2016; GUEIROS,

reivindicações se limitam a aspectos contratuais ou envolvidos na negociação coletiva. Não obstante, em 1999 o Brasil ratificou o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, conhecido como Protocolo de São Salvador, que em seu artigo 8º reconhece o direito de greve e estabelece parâmetros claros para evitar sua limitação na ordem interna.

A Lei nº 13.467/2017, ápice da reforma trabalhista no Brasil não alterou a normativa referente à greve e também manteve inalterada a regulamentação dos dissídios coletivos⁸¹, mas antigas disputas de sentidos da Constituição e da Lei nº 7.783/89 permaneceram intensas e, sendo a greve um dos mais fundamentais, tradicionais e eficazes recursos de poder de reação dos trabalhadores, tais disputas tendem a ser acentuadas na medida em que forem sentidos com a passagem do tempo os potenciais efeitos danosos das reformas para os trabalhadores e organizações.

Para a análise em tela utilizaremos a compreensão de direito adotada por Pierre Bourdieu⁸² como um espaço institucional de disputa de sentidos, uma vez que os sentidos da greve no pós-redemocratização se encontram em confronto desde a discussão na Assembleia Nacional Constituinte⁸³ e no momento pós-constituinte⁸⁴. Desta forma, serão analisados os argumentos utilizados pelos atores parte destes dois processos selecionados bem como as fundamentações apresentadas nas decisões judiciais. Sem desconsiderar a riqueza de um levantamento quantitativo das demandas sobre a greve geral em todo o território nacional, sua catalogação e sistematização, optou-se neste artigo pela metodologia do caso referência, que

D. G. Greve. Análise de julgados de Dissídios Coletivos de Greve do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região (2006-2016). *Revista OAB/RJ*. Rio de Janeiro: Edição Especial – Revista CJT. 2017. Disponível em: <<http://revistaeletronica.oabRJ.org.br/?artigo=greve-analise-de-julgados-de-dissidios-coletivos-de-greve-do-tribunal-regional-do-trabalho-da-primeira-regiao-2006-2016>>. Acesso em: 13 maio 2018.

⁸¹A Constituição de 1988 vedou a interferência do Estado nas organizações sindicais, assim, tribunais do trabalho não estão mais autorizados a instaurar dissídio coletivo de greve e revisão (não foram recepcionados os arts. 856 e 874 da CLT). A Consolidação das Leis do Trabalho - CLT faz referência a dissídio coletivo nas hipóteses de suspensão do trabalho (art. 856), mas é o Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho que prevê classificação dos dissídios coletivos de natureza econômica, de revisão, de extensão, de natureza jurídica, de greve (art. 241).

⁸²“O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa destruição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de interpretar (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social” (BOURDIEU, 1989, p. 212)

⁸³LOURENÇO FILHO, R. M. *Entre continuidade e ruptura: uma narrativa sobre as disputas de sentido da constituição de 1988 a partir do direito de greve*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Nacional de Brasília, Brasília, 2014.

⁸⁴SILVA, S. G. C. L.; EMERIQUE, L. B.; BARISON, T. (Org.). *Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2018, p. 235-238.

envolve a seleção de experiências que se aproximam e se distanciam para análise qualitativa. A partir do fato base (adesão à greve geral), em um mesmo espaço temporal (sudeste), foram selecionados para estudo e cotejo um dissídio coletivo de greve e uma ação civil pública, a seguir apresentados, razão pela qual o presente artigo se qualifica como uma pesquisa exploratória, mediante a análise de dois casos referência para possibilitar o mapeamento dos possíveis sentidos atribuídos à greve geral de 28 de abril de 2017.

4.1 A judicialização por meio de dissídios coletivos: a tutela preventiva formulada pelos sindicatos patronais para evitar a adesão dos rodoviários do Espírito Santo à greve geral de 2017.

A judicialização tradicional de conflitos coletivos de trabalho ocorre por meio de dissídios coletivos de greve, instaurados por entidades sindicais patronais ou pelo Ministério Público do Trabalho quando houver risco de lesão a interesse público. Sendo reconhecido como primeiro dissídio apreciado pelo Tribunal Superior do Trabalho sobre a greve geral de 2017, é um caso referência que envolve estratégia tradicional de criminalização das greves. Trata-se do processo de Dissídio Coletivo de Greve DCG n. 0000196-78.2017.5.17.0000 suscitado perante o Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região.

Com o intuito de impedir a adesão dos trabalhadores rodoviários do Estado do Espírito Santo à greve geral de 28 de abril de 2017, o Sindicato das Empresas de Transportes da Grande Vitória (GVBUS) e o Sindicato das Empresas de Transportes de Passageiros do Estado do Espírito Santo (SETPES) buscaram a arena judicial, com instrumento jurídico denominado “tutela de urgência de natureza antecedente”, com a classe processual tipificada por determinação do Presidente do Tribunal Regional para dissídio coletivo de greve (DCG). Postularam a proibição da paralisação dos serviços de transporte rodoviário a partir da zero hora do dia 28 de abril de 2017, com aplicação de multa diária a ser aplicada de forma solidária ao sindicato e seus diretores, bem como a qualquer pessoa vinculada ao sindicato que descumprisse a determinação judicial. GVBUS e SETPES aduziram a ausência de fundamento do coletivo de trabalhadores para aderir à paralisação sob o argumento de ter sido convocada como forma de pressão política pela não aprovação das reformas trabalhista e previdenciária.

As entidades patronais sustentaram que mesmo que a reivindicação detivesse validade, a categoria deveria providenciar outras formas de “fazer valer a sua voz” que não a paralisação dos transportes sem a prévia comunicação determinada pela lei infraconstitucional, sob o fundamento do desamparo da população e de violação ao direito de ir e vir, com prejuízos aos cidadãos e a economia do Estado do Espírito Santo. Com o intento de ver declarada a abusividade da adesão do Sindicato Laboral ao movimento, os Sindicatos Patronais fundamentaram o pedido com base em supostos descumprimentos dos dispositivos previstos na Lei nº 7.783 de 1989, como a vigência do instrumento coletivo de trabalho, a não superveniência de fatos novos que prejudiquem a relação de trabalho ou o descumprimento de cláusula pactuada em norma coletiva.

Os suscitantes, sindicatos patronais, alegaram a motivação política do movimento e sustentando ter sido planejada estrategicamente a não comunicação à população com a antecedência legal de setenta e duas horas, com objetivo de “*gerar caos, surpresa e tumulto da ordem pública*”. Em resumo, pretenderam a declaração de abusividade do movimento paredista e proibição de adesão por parte de todos os trabalhadores rodoviários diante do alegado abuso de direito, por compreender que a garantia constitucional não é absoluta, sob os argumentos de violação da lei infraconstitucional, inclusive quanto à manutenção de percentual de trabalhadores laborando, por se tratar de serviço essencial.

Alegaram ainda os possíveis prejuízos e impedimento de locomoção às escolas, trabalho, hospitais e outros locais de prestação de serviço que causariam danos irreparáveis e irreversíveis às empresas da categoria econômica, indústria, serviços públicos e comércio local. Por fim, pleitearam pela aplicação de multa de quinhentos mil reais por dia de paralisação, aplicada solidariamente ao presidente da entidade obreira e seus diretores e multa adicional de cem mil reais por pessoas vinculadas ao sindicato que viessem a aderir ao movimento, além de pena de prisão por descumprimento de ordem judicial e pela proibição de paralisações de cunho político partidário.

Tendo sido reatuado o processo como Dissídio Coletivo de Greve e distribuído para relatoria de desembargador pertencente à Seção Especializada de Dissídios Coletivos – SEDIC do TRT – 17ª Região, em sede de decisão liminar o desembargador relator afirmou o caráter de direito fundamental coletivo da greve.⁸⁵ Determinou que o exercício da greve

⁸⁵O processo prosseguiu com a desistência do Sindicato das Empresas de Transportes de Passageiros do Estado do Espírito Santo e apresentação de contestação por parte do Sindicato dos Rodoviários do Espírito Santo. Em

observasse as condições estabelecidas pela Lei nº 7.783/1989, com comunicação prévia e manutenção da prestação dos serviços essenciais. Nos termos da decisão, a não observância de quantitativo necessário para a garantia dos serviços inadiáveis levaria ao tumulto à ordem pública e causaria prejuízo à população e a economia capixaba. Embora apontasse a atipicidade do movimento por ausência de pauta de reivindicações e adesão por inconformismo com a política nacional, o relator argumentou que o exercício da greve não seria ilimitado e determinou manutenção do funcionamento de cinquenta por cento da frota, sob pena de multa diária de trinta mil reais.

No que concerne ao mérito do Dissídio Coletivo de Greve, a entidade suscitada reivindicou o caráter de garantia constitucional da greve de acordo com os direitos não acolhidos pela classe patronal que pretendiam defender e reivindicar, compreendendo ter cumprido os requisitos da Lei nº 7.783 de 1989 diante da publicação de edital convocatório para a assembleia no dia 21 de abril de 2017, que definiu a adesão à greve geral, bem como a aprovação assemblear de manutenção de trinta por cento da frota. O sindicato obreiro alegou ainda que a notificação da decisão judicial determinando a prestação de serviços de cinquenta por cento dos trabalhadores rodoviários ocorreu no dia da paralisação, momento em que as vias se encontravam bloqueadas pelas centrais sindicais, não sendo possível garantir a observância da decisão judicial, motivo pelo qual requereu a reconsideração da decisão proferida para revogar a liminar anteriormente concedida.

O Ministério Público do Trabalho apresentou manifestação na qual reconheceu a divulgação do movimento com a devida antecedência em mídias sociais e na imprensa. O Procurador-chefe, Estanislau Tallon Bozi, afirmou que a greve envolve o direito de causar prejuízos não só ao empregador, mas também àqueles com quem ele lida, sendo que no caso das greves gerais está presente o caráter atípico de convocação por parte das centrais sindicais e pela população. A procuradoria regional rechaçou o caráter abusivo que pretendia se impor ao movimento, e afastou o argumento de descumprimento da ordem judicial, tendo em vista a intenção do sindicato laboral em proteger a integridade física de seus representados e considerando que a Constituição não restringe a greve apenas a questões de cunho trabalhista.

razões finais a entidade patronal requereu a condenação do sindicato obreiro no pagamento do valor de multa estipulada na medida liminar, sob a alegação de que o sindicato impediu a saída de veículos da garagem e que a ordem judicial fora descumprida.

Onde a Constituição não restringe, não devem o intérprete ou o legislador reduzi-la, afirmou⁸⁶.

O Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região acolheu os argumentos apresentados pelo Ministério Público do Trabalho, afastando a responsabilização do sindicato e o consequente pagamento de multa por interpretar ter se tratado de movimento nacional atípico. O Dissídio Coletivo de Greve foi julgado improcedente com a vitória dos trabalhadores. Contudo, depois da interposição de Recurso Ordinário pelo sindicato da categoria econômica, o processo foi remetido ao Tribunal Superior do Trabalho, que reformou a decisão regional em julgamento ocorrido em 12 de março de 2018.

Para a compreensão da disputa de sentidos acerca da natureza da greve se faz necessária a observação dos argumentos acolhidos pelos Tribunais quando do julgamento meritório dos processos coletivos em análise. Neste sentido, serão analisados os acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região e Tribunal Superior do Trabalho quando da deliberação da abusividade ou não do movimento em comento. Inicialmente o Desembargador Relator José Luiz Serafini⁸⁷ discorreu acerca da natureza de direito fundamental de caráter coletivo da greve, que representou um “importante avanço democrático” como “um justo exercício pelos trabalhadores da prerrogativa de pressionarem os empregadores no intuito de obterem melhores condições de trabalho”, sendo que “existem requisitos de validade estabelecidos pela ordem jurídica, estabelecidos na Lei 7.783/89” Quanto à greve geral, o Relator compreendeu que “a paralisação foi deflagrada pelos movimentos sociais e pelas centrais sindicais, bem como sindicatos, com adesão expressiva da população nacional”. No que se refere à natureza política do movimento, o Regional se manifestou no sentido de acolher tal argumento, por se tratar de “reflexo de descontentamento de milhares de pessoas com as reformas trabalhista e previdenciária em curso no Congresso Nacional”, no entanto não julgou possível a atribuição de responsabilidade ao Sindicato dos Rodoviários pela paralisação dos serviços com a aplicação de multa por descumprimento da decisão judicial “devido à amplitude do movimento, dos reflexos causados no País na histórica data de 28.04.2017”, concluindo que “como movimento atípico e de vultosa

⁸⁶BRASIL. Parecer Procuradoria Regional do Trabalho da 17ª Região. Procurador Estanislau Tallon Bozi. Tribunal Regional do Trabalho 17ª Região. DCG 0000196-78.2017.5.17.0000. 16/06/2017. PJe. ID b988253. Disponível em <https://pje.trtes.jus.br/segundograu/download.seam?cid=1177>. Acesso em 09 de set. de 2018.

⁸⁷BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. Dissídio Coletivo de Greve - DCG 0000196-78.2017.5.17.0000. Acórdão. Desembargador Relator José Luiz Serafini, Julgado em 26 de julho de 2017.

repercussão nacional, não há como se exigir do SINDIRODOVIÁRIOS o adimplemento das regras da Lei de Greve”⁸⁸ e julgou improcedente os pedidos formulados pela entidade patronal.

Após a interposição de Recurso Ordinário, o Tribunal Superior do Trabalho apreciou o pedido patronal de modificação do acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. A Ministra Relatora Maria de Assis Calsing, ao apreciar o mérito, não reconheceu a inobservância de formalidade prevista na lei infraconstitucional para comunicação da greve à população como condição para a declaração de abusividade do movimento, em virtude da grande circulação nas mídias e redes sociais de notícias sobre a greve geral, compreendendo que “o juízo da abusividade da paralisação, contudo, recai sobre a motivação da greve”. Em sua fundamentação, a Ministra apresentou o argumento de que embora a greve política fosse valorizada pela doutrina trabalhista “por dar voz a trabalhadores diante de ações públicas voltadas à regulação de questões que afetem diretamente suas vidas, no campo específico ou não do contrato de trabalho”, não recebe o mesmo tratamento no campo jurisprudencial. Para a maioria dos Ministros que compõem a Seção Especializada em Dissídios Coletivos, embora o movimento paredista envolvesse questões ligadas aos trabalhadores “de forma visceral e direta, o que substancialmente legitima a ideia de mobilização com intuito de protesto”, o mesmo não foi direcionado ao patronal. Dessa forma, com base em jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, a Ministra Relatora acolheu o reconhecimento da abusividade do movimento “uma vez que o empregador não dispõe do poder de negociar e pacificar o conflito, dirigido claramente aos Poderes Constituídos (Executivo e Legislativo)”⁸⁹.

Por outro lado, em relação à multa por descumprimento da decisão judicial liminar do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, a Ministra Relatora afastou a sua aplicação por compreender que havia dificuldade em garantir a manutenção de parte dos serviços, inclusive por questões de segurança dos trabalhadores rodoviários. Assim, com base nos sentidos mencionados anteriormente, a Seção Especializada em Dissídios Coletivos do TST julgou parcialmente procedente o Recurso Ordinário para reconhecer a abusividade da greve, mas

⁸⁸BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. Dissídio Coletivo de Greve - DCG 0000196-78.2017.5.17.0000. Acórdão. Desembargador Relator José Luiz Serafini, Julgado em 26 de julho de 2017.

⁸⁹BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo 196-78.2017.5.17.0000. Inteiro teor. Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Disponível em <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=0000196&digitoTst=78&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=17&varaTst=0000&submit=Consultar.A> cesso em 07 de ag. de 2018.

evitou a condenação do sindicato dos trabalhadores, conduta bastante distinta daquela levada a efeito nas greves de resistência ao plano real. O acórdão regional foi mantido em parte, tendo sido negada a aplicação de multa diária, ante a impossibilidade do sindicato de trabalhadores garantir a prestação de serviços diante da atipicidade do dia proporcionada pela greve geral.

A decisão não foi unânime. Os ministros Maurício Godinho Delgado e Kátia Magalhães Arruda divergiram do voto vencedor que reconheceu que parte da doutrina pode vislumbrar a legalidade de greves deflagradas por motivos extracontratuais e de cunho político, mas asseverou que a jurisprudência da instância superior não respalda tal interpretação, sobretudo pelo fato de os empregadores não serem detentores de capacidade de solucionar conflitos com os poderes constituintes.

No voto vencido, entendendo pela não abusividade da parede, o Ministro Maurício Godinho Delgado, com adesão da Ministra Kátia Magalhães Arruda, fundamentou a não vedação da motivação política da greve por parte da Constituição Federal, que garante aos trabalhadores a decisão sobre as oportunidades de exercício de tal direito fundamental. Conforme o voto do Ministro os movimentos grevistas extracontratuais não são inválidos, principalmente se as motivações políticas interferirem na vida e no trabalho daqueles que desejarem aderir à greve. Para fundamentar seu voto, utilizou de posicionamento do Comitê de Liberdade Sindical da OIT, o qual rejeita apenas a greve puramente política e sem nenhuma vinculação com os grevistas. Por fim, o Ministro concluiu que o direito de greve deve ser utilizado como mecanismo de equiparação ao empregador, uma vez que este detém poder coletivo em essência e capacidade de influenciar no processo legislativo em decorrência do seu poder econômico⁹⁰.

4.2 Judicialização para reparar os prejuízos sofridos pelos trabalhadores com a adesão à greve: a Ação Civil Pública movida pelo Sindicato dos Bancários

⁹⁰BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo - RODC nº 2017400-02.2009.5.02.0000, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: 30/03/2012. Disponível em <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=2017400&digitoTst=02&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0000&submit=Consultar>. Acesso em 07 de ag. de 2018.

Considerando que a judicialização dos conflitos coletivos de trabalho adquiriu novas dimensões e sentidos depois da Constituição de 1988 com a intensificação da propositura de ações coletivas, para cotejo procedemos ao levantamento de caso que explicitasse as demandas formuladas por sindicatos de trabalhadores para o reconhecimento da juridicidade da greve deflagrada, disputando seus sentidos e pretendendo reparar danos porventura havidos. Como um segundo caso referência, examinaremos na presente seção o litígio envolvendo um Sindicato dos Bancários e o maior banco público brasileiro, nos autos da Ação Civil Pública – ACP n.º 0100604-43.2017.5.01.0511 em trâmite no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região⁹¹.

Em sentido diferente do caso anteriormente analisado, o Sindicato dos Bancários de Nova Friburgo e Região ajuizou Ação Civil Pública em virtude de mensagem eletrônica encaminhada pelo Banco do Brasil aos seus empregados informando o não reconhecimento da greve geral de 2017, contendo ameaça de descontos salariais aos trabalhadores que participassem do movimento no dia em que foi convocado e nos dias de sábado e domingo subsequentes.

A entidade laboral argumentou que a legislação infraconstitucional estabelece que tais questões devem ser submetidas ao processo de negociação coletiva, não podendo serem realizadas de modo unilateral. Para o sindicato autor, os bancos, em obediência à determinação da Federação Nacional dos Bancos, passaram a agir de determinada forma para minar a representatividade do movimento, visando a sua ressignificação em mera falta injustificada, tentando persuadir os empregados com punições pela participação no movimento. Finalizou a argumentação no sentido de acrescentar o argumento da ilegalidade do desconto em virtude da paralisação dos vigilantes, que impediu a abertura dos estabelecimentos bancários.

O estabelecimento bancário, por sua vez, fez alusão aos requisitos elencados na Lei nº 7.783 de 1989, em especial à frustração da negociação coletiva, aprovação assemblear e comunicação com quarenta e oito horas de antecedência. Em seguida, o Banco do Brasil argumentou pelo reconhecimento da limitação ao exercício do direito de greve, que deve estar

⁹¹Do andamento processual verificado em 09/09/2018, consta informação de que as partes opuseram embargos de declaração, tendo disso publicado acórdão em 06/09/2018, tendo sido negado provimento aos embargos do Banco do Brasil SA, e dado provimento aos embargos do sindicato, sem efeito modificativo para constar no dispositivo do acórdão que caso tenha sido efetuado desconto do dia de paralisação, seja este valor devolvido pelo banco, com valor com juros e correção monetária.

vinculado estritamente à relação de emprego e possíveis de serem submetidos à negociação com a classe patronal, afirmando que, na situação em questão o banco empregador não detém legitimidade de negociar os pontos pelos quais a greve foi convocada, por se tratar de greve com fins políticos. Nesta esteira requereu o indeferimento do pedido, diante da alegada abusividade do movimento e ausência de caráter grevista.

Quando da apreciação do pedido de tutela de urgência, o magistrado acolheu os argumentos apresentados pelo sindicato autor da ação vedando o desconto das faltas que porventura ocorressem em período de greve, não podendo ser consideradas como faltas injustificadas, reconhecendo como legítimo o movimento paredista diante de seu caráter de defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores. Por fim, em analogia ao acordo firmado para o biênio 2016/2018 que determinou a compensação das horas dedicadas à greve do dia 07 de outubro de 2016, estabeleceu a compensação da jornada sem exceder o limite constitucional de duas horas extraordinárias por dia, fixando o pagamento de multa de cinco mil reais por cada empregado que sofrer desconto pela ausência no dia.

Não obstante tal determinação⁹², a sentença prolatada afastou o caráter de greve do movimento em virtude da ausência de reivindicações em face do empregador, compreendendo que tal movimento não se insere no conceito de greve estabelecido pela lei infraconstitucional, razão pela qual julgou não se tratar de faltas abonáveis ou justificáveis, acolhendo a declaração de licitude dos descontos, por compreender que não prejudicam a subsistência dos trabalhadores⁹³.

Com o Recurso Ordinário, os autos foram encaminhados para o Ministério Público do Trabalho - MPT. Todavia, a manifestação seguiu em trilha diversa àquela verificada no Espírito Santo. No caso em exame, o MPT recomendou a manutenção da sentença, diante da aplicabilidade da lei de greve, por compreender que o desconto dos dias de greve é a regra diante da suspensão do contrato de trabalho. Não obstante, o Tribunal Regional do Trabalho

⁹²BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Ação Civil Pública – ACP 0100604-43.2017.5.01.0511. Decisão. Juiz Luis Guilherme Bueno Bonin. 26/05/2017. Disponível em https://consultapje.trt1.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=1377204&p_grau_pje=1&p_seq=100604&p_vara=511&dt_autuacao=24%2F05%2F2017&cid=51008. Acesso em 07 de ag. de 2018

⁹³BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Ação Civil Pública – ACP 0100604-43.2017.5.01.0511. Sentença. Juíza Letícia Abdala. 04/08/2017. Disponível em https://consultapje.trt1.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=1377204&p_grau_pje=1&p_seq=100604&p_vara=511&dt_autuacao=24%2F05%2F2017&cid=51008. Acesso em 07 de ag. de 2018

da 1ª Região, por unanimidade⁹⁴, atribuiu à greve o seu sentido constitucional, afirmando a garantia irrestrita de tal direito, cabendo a legislação apenas versar sobre o modo de prestação dos serviços essenciais e inadiáveis à comunidade, não sendo aplicável a restrição proporcionada pela lei infraconstitucional, sendo que o desconto dos dias de paralisação apenas seriam permitidos por intermédio de negociação coletiva.

Em relação ao julgamento acerca da adesão dos empregados do Banco do Brasil à greve geral, a 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, em acórdão relatado pela Desembargadora Giselle Bondim Lopes Ribeiro⁹⁵, adotou o entendimento de que o direito de greve é reconhecido de maneira irrestrita pela Constituição, cabendo à lei apenas a definição das atividades essenciais e inadiáveis à população. Neste sentido, a desembargadora relatora afirmou que “se há tal direito, não pode a Lei ou o intérprete restringi-lo além do que a própria Constituição já restringiu (atividades essenciais e abusos)”, por esta razão compreendeu que “sonegar o salário do empregado no período da greve não encontra autorização no artigo 7º da Lei 7.783/89, como sustenta parte da doutrina e da jurisprudência” sendo que o desconto dos dias destinados à greve somente seria possível mediante a negociação com o Sindicato Laboral.

Quanto ao caráter político, o regional se pronunciou no sentido de reconhecer o cabimento de greve política, principalmente por se tratar de aprovação de reforma trabalhista oriunda da própria política. Segundo a relatora, os estabelecimentos financeiros realizaram diversas atitudes políticas pela aprovação da reforma trabalhista, estando os trabalhadores no direito de fazê-lo através de greve convocada por seu sindicato.

Conforme fundamentação da relatora, a Turma do TRT-1ª Região compreendeu que o caráter político da greve não foi o suficiente para o reconhecimento de sua abusividade, uma vez que “a reforma trabalhista tinha todo o interesse dos empregadores” razão pela qual fundamentou que “o empregador é sim aquele contra o qual se trava o embate, que possui efetivos meios de pressão ao legislador e por isso eventual custo da greve também pode lhe

⁹⁴Participaram do julgamento em 25 de abril de 2018, na Presidência, o Desembargador Federal do Trabalho Theocrito Borges dos Santos Filho, os Desembargadores Federais do Trabalho Giselle Bondim Lopes Ribeiro, Relatora, e José Luis Campos Xavier

⁹⁵BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Ação Civil Pública – ACP 0100604-43.2017.5.01.0511. Recurso Ordinário em Ação Civil Pública. Acórdão. Relatora Desembargadora Giselle Bondim Lopes Ribeiro. Disponível em https://consultapje.trt1.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=1377204&p_grau_pje=1&p_seq=100604&p_vara=511&dt_autuacao=24%2F05%2F2017&cid=51008. Acesso em 07 de ag. de 2018.

ser imputado”. Destarte a Turma, por unanimidade, reverteu a sentença de primeira instância, reconhecendo a legalidade do movimento paredista e a possibilidade de realização da denominada greve política, haja vista que “não se pode falar que a greve fosse abusiva, muito ao contrário, seu objetivo foi altruísta, solidário, posto que ultrapassou reivindicações próprias da categoria”. Com base nesta compreensão do direito de greve reconhecido de maneira irrestrita pela Constituição, o acórdão também reverteu a sentença no sentido de aplicação de indenização no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de dano moral coletivo, por considerar que o desconto salarial se tratava de ameaçava aos trabalhadores quanto ao efetivo exercício do direito de greve, a ser destinado à FIOCRUZ.

Foi reconhecida a possibilidade de exercício de greve com reivindicações tipicamente políticas, argumentando-se que a greve é protegida pela Constituição também para a defesa da política trabalhista, sendo declarada a ilegalidade dos descontos salariais, porquanto foram consideradas cumpridas todas as formalidades legais, motivo pelo qual foi determinado que não fosse imputados aos empregados “o ônus da paralisação”, entendendo que a greve não é dia de falta imotivada, sobretudo, no caso concreto, por se tratar de empregador que tem a União como seu maior acionista, tendo sido verificado o interesse do governo federal na aprovação da reforma trabalhista.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do presente estudo é possível considerar que ainda que a austeridade seja uma ideia perigosa que ocasiona o sofrimento de diversas pessoas para arcar com as custas de uma crise financeira da qual não tiveram ingerência, a mesma continua a ser aplicada no mundo. Ainda que resistências sindicais tenham sido vivenciadas tanto no continente europeu quanto em determinadas cidades dos Estados Unidos da América, como também no Brasil, a força do mercado dificulta que as resistências trabalhistas consigam obter êxito na interrupção das medidas de institucionalização da austeridade, sendo variadas as razões de acordo com cada um dos casos concretos.

No caso brasileiro, as políticas de austeridade implementadas no último triênio obtiveram a resposta na expressiva greve geral do dia 28 de abril de 2017 que, ainda que tenha sido a maior greve geral vivenciada no país, não foi o suficiente, por ora, para afastar a aplicação da reforma trabalhista. Pela análise dos casos judiciais, verifica-se que ainda que a

lei infraconstitucional tenha sido editada em 1989 com o intuito de restringir o exercício do direito de greve, resistências diferenciadas continuaram a existir no mundo do trabalho. No entanto, os sentidos do direito de greve se encontram em permanente disputa. Da análise dos casos judiciais, é possível observar, pelos sindicatos dos trabalhadores, uma tendência ao reconhecimento da prevalência da norma constitucional sobre a infraconstitucional, reivindicando pelo direito irrestrito de greve conforme os interesses e oportunidades dos trabalhadores, enquanto as entidades patronais reivindicam a aplicação literal da Lei nº 7.783 de 1989 com a necessidade de cumprimento de todos os seus requisitos burocráticos e dificultadores da eclosão da parede.

Por fim, em relação ao judiciário, é possível mapear diferentes posicionamentos, que, reconhecendo o caráter político da greve geral, variam desde uma combinação das interpretações, com a necessidade de cumprimento dos requisitos da lei infraconstitucional, mas sem a sua necessária vinculação estrita ao contrato de trabalho, como no caso do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, ao reconhecimento irrestrito do direito de greve à luz da constituição, conforme o julgamento proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. No entanto, quando os casos são submetidos ao Tribunal Superior do Trabalho é possível verificar uma maioria de Ministros com interpretação restritiva do direito, vedando greves com cunho político, ainda quando verificada uma vinculação com as condições de trabalho dos grevistas. Deste modo, tendem a reconhecer o exercício da política apenas à classe patronal, se adotarmos a concepção de Blyth⁹⁶, para quem políticas de austeridade são de ordem político-ideológica, restringido o exercício político aos trabalhadores.

De toda sorte, na própria Corte Superior trabalhista existem posicionamentos diferenciados conforme a Constituição Federal, no sentido de garantir a possibilidade de deflagração de greves políticas desde que se vinculem, de certa forma, com a vida e o trabalho dos grevistas. Destarte é possível observar que a exteriorização do conflito entre empregados e empregadores no fenômeno social da greve se estende ao campo jurídico quando da discussão do direito de greve, estando os espaços dinâmicos abertos para a disputa de sentidos. Neste sentido, evidencia-se a necessidade de elaboração de uma agenda de pesquisas acerca dos sentidos atribuídos à greve geral pelos tribunais para uma resposta concreta.

⁹⁶BLYTH, M. *Austeridade: a história de uma ideia perigosa*. Tradução Freitas e Silva. São Paulo: Autonomia Literária, 2017.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIAS, R. B. A perspectiva emancipatória da greve nos limites do direito: uma análise histórica do tratamento jurisprudencial da greve no TRT-6. In: COUTINHO, A. R.; WANDELLI, L. (Org.). *Anais do II encontro RENAPEDTS*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 655-684.

BLYTH, M. *Austeridade: a história de uma ideia perigosa*. Tradução Freitas e Silva. São Paulo: Autonomia Literária, 2017.

BOURDIEU, P. *O poder simbólico*. Tradução Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Difel, 1989.

DELGADO, M. G. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2018.

DIEESE, Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. Balanços das Negociações dos Reajustes Salariais de 2017. *Estudos e Pesquisas*. N. 86. São Paulo. 2018. Disponível em <https://www.dieese.org.br/balancodosreajustes/2018/estPes86BalancoReajuste2017.html>. Acesso em 09 set 2018a

DIEESE, Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. *Boletim de Conjuntura* Número 14. São Paulo. Maio de 2018. Disponível em <https://www.dieese.org.br/boletimdeconjuntura/2018/boletimConjuntura014.pdf>. Acesso em 09. set. 2018b

EDELMAN, B. *A legalização da classe operária*. São Paulo: Boitempo, 2016.

ERMIDA URIARTE, O. *A flexibilização da greve*. Tradução Edilson Alkmin. São Paulo: LTr, 2000.

FERREIRA, A. C. *Sociedade da Austeridade e Direito do Trabalho de Exceção*. Lisboa: Vida Econômica, 2012.

FRENTE BRASIL POPULAR. Disponível em <http://www.frentebrasilpopular.org.br/conteudo/organizacoes-participantes/>. Acesso em 02 de maio de 2018.

FRENTE POVO SEM MEDO. Disponível em <http://www.povosemmedo.org/>. Acesso em 02 de maio de 2018.

GALVÃO, A; MARCELINO, P. O sindicalismo brasileiro diante do golpe. In: SILVA, S. G. C. L. da; EMERIQUE, L. B.; BARISON, T. (Org.). *Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2018, p. 85-96.

GHIONE, H. B. Indagaciones sobre la huelga: cuestiones de método, definición y derecho. *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, n. 2, Editorial Bomarzo, 2016.

GONDIM, T. P. Análise sobre os pressupostos teóricos do direito de greve. In *Revista Fórum de Direito Sindical - RFDS*. Belo Horizonte, ano 2, n.2, P. 63-75, jan./ju. 2016.

GUEIROS, D. G. Greve. Análise de julgados de Dissídios Coletivos de Greve do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região (2006-2016). *Revista OAB/RJ*. Rio de Janeiro: Edição Especial – Revista CJT. 2017. Disponível em: <<http://revistaeletronica.oabRJ.org.br/?artigo=greve-analise-de-julgados-de-dissidios-coletivos-de-greve-do-tribunal-regional-do-trabalho-da-primeira-regiao-2006-2016>>. Acesso em: 13 maio 2018.

KREIN DARI, José; BIAVASCHI, Magda de. Brasil: movimentos contraditórios da regulação do trabalho dos anos 2000. *Revista Cuardenos Del Cendes*, Caracas, año 32, n. 89, mayo/ago. 2015.

KREIN, J. D. O desmonte dos direitos, as novas configurações do trabalho e o esvaziamento da ação coletiva: consequências da reforma trabalhista. *Tempo social*, v. 30, n. 1, abr. 2018.

LOURENÇO FILHO, R. M. *Entre continuidade e ruptura: uma narrativa sobre as disputas de sentido da constituição de 1988 a partir do direito de greve*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Nacional de Brasília, Brasília, 2014.

MANDL, A. T. *A judicialização das relações coletivas de trabalho: uma análise das greves julgadas pelo TST nos anos 2000*. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Econômico) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2014. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/abet/article/viewFile/25678/13867>>. Acesso em 10 out. 2016.

PAIXÃO, C.; LOURENÇO FILHO, R. Greve como prática social: possibilidade de reconstrução do conceito a partir da constituição de 1988. In: SENA, A.G.; DELGADO, G.N; NUNES, R. P. (Org.). *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010.

PESSANHA, E.; ARTUR, K; FREITAS, L. *Estudos sobre a Justiça do Trabalho e Desafios da Reforma: legitimidade da lei, poder dos tribunais e sua ativação pelos atores*. Trabalho apresentado no 8º Encontro de Pesquisa Empírica de Direito, Juiz de Fora, 2018.

SCHIAVONE, M. *Austerity and the labor movement*. Albany: State University of New York Press, 2016.

SILVA, S. G. C. L. da. *Relações coletivas de trabalho: configurações institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, S. G. C. L. da; EMERIQUE, L. B.; BARISON, T. (Org.). *Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2018.

SILVA, S. G. C. L.; ALLAN, N. A; TRIANI, V. Negociado sobre o legislado em Dois Tempos: a Lei n.13.467/2017 em diálogo com o PL 5.483/2001. In: SILVA, S. G. C. L.;

EMERIQUE, L. B., BARISON, Thiago (orgs.). *Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2018, p. 168-180.

SILVA, S. G. C. L.; GONDIM, T. P. Conflitos Coletivos de Trabalho: Implicações Institucionais e Evidências Empíricas Sobre a Greve dos Bombeiros Militares do Estado do Rio de Janeiro. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte. V. 20, p. 28-60, 2017. Disponível em <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2017v20n39p28/11346>. Acesso em 09 de set. 2018.

SILVA, S. G. C. L.; GONDIM, T. P., GUEIROS. D. G. Políticas de Austeridade, Negociação Coletiva e a Institucionalização da Excepcionalidade no Direito Coletivo do Trabalho Brasileiro. 56 ICA Congresso Internacional de Americanistas. Salamanca. 2018. Evento disponível em <http://ica2018.es/principal/>. Acesso em 09 de set. 2018.

STREECK, W. *Tempo comprado: a crise adiada do capitalismo democrático*. Tradução Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Conjuntura Actual Editora, 2013.

VIANA, M. T. Da greve ao boicote: os vários significados e as novas possibilidades das lutas operárias. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 49, n. 79, p. 101-121, jan./jun. 2009.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, Acesso em 02 de ag. de 2018.

BRASIL. Lei 7.783 . 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7783.htm. Conversão da Medida Provisória 59/1989. Acesso em 09 de set. de 2018

BRASIL. Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 09 de set. de 2018.

BRASIL. Decreto n. 3.321 de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador. El Salvador. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm. Acesso em 09 de set. de 2018.

BRASIL. Lei 13.467 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13467-13-julho-2017-785204-publicacaooriginal-153369-pl.html>>. Acesso em: 3 dez. de 2017.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Ação Civil Pública – ACP 0100604-43.2017.5.01.0511. Inteiro teor. Disponível em https://consultapje.trt1.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=1377204&p_grau_pje=1&p_seq=100604&p_vara=511&dt_autuacao=24%2F05%2F2017&cid=51008. Acesso em 07 de ag. de 2018.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Ação Civil Pública – ACP 0100604-43.2017.5.01.0511. Recurso Ordinário em Ação Civil Pública. Acórdão. Relatora Desembargadora Giselle Bondim Lopes Ribeiro. Disponível em https://consultapje.trt1.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=1377204&p_grau_pje=1&p_seq=100604&p_vara=511&dt_autuacao=24%2F05%2F2017&cid=51008. Acesso em 07 de ag. de 2018.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Ação Civil Pública – ACP 0100604-43.2017.5.01.0511. Decisão. Juiz Luis Guilherme Bueno Bonin. 26/05/2017. Disponível em https://consultapje.trt1.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=1377204&p_grau_pje=1&p_seq=100604&p_vara=511&dt_autuacao=24%2F05%2F2017&cid=51008. Acesso em 07 de ag. de 2018

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Ação Civil Pública – ACP 0100604-43.2017.5.01.0511. Sentença. Juíza Letícia Abdala. 04/08/2017. Disponível em https://consultapje.trt1.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=1377204&p_grau_pje=1&p_seq=100604&p_vara=511&dt_autuacao=24%2F05%2F2017&cid=51008. Acesso em 07 de ag. de 2018

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo 196-78.2017.5.17.0000. Inteiro teor. Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Disponível em <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=0000196&digitoTst=78&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=17&varaTst=0000&submit=Consultar>. Acesso em 07 de ag. de 2018.

BRASIL. Voto Vencido. Maurício Godinho Delgado. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo 196-78.2017.5.17.0000. Inteiro teor. Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Disponível em <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=0000196&digitoTst=78&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=17&varaTst=0000&submit=Consultar>. Acesso em 07 de ag. de 2018.

BRASIL. Parecer Procuradoria Regional do Trabalho da 17ª Região. Procurador Estanislau Tallon Bozi. Tribunal Regional do Trabalho 17ª Região. DCG 0000196-78.2017.5.17.0000. 16/06/2017. PJe. ID b988253. Disponível em <https://pje.trtes.jus.br/segundograu/download.seam?cid=1177>. Acesso em 09 de set. de 2018.

BRASIL. Parecer Procuradoria Regional do Trabalho da 17ª Região. Procurador Estanislau Tallon Bozi. Tribunal Regional do Trabalho. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário

em Dissídio Coletivo 196-78.2017.5.17.0000. Inteiro teor. Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Disponível em <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=0000196&digitoTst=78&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=17&varaTst=0000&submit=Consultar>. Acesso em 07 de ag. de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo - RODC nº 2017400-02.2009.5.02.0000, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: 30/03/2012. Disponível em <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=2017400&digitoTst=02&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0000&submit=Consultar>. Acesso em 07 de ag. de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo - RODC nº 2004700-91.2009.5.02.0000, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, SDC, DEJT 16/12/2011. Disponível em <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=2004700&digitoTst=91&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0000&submit=Consultar>. Acesso em 07 de ag. de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução Administrativa n. 1937, de 20 de novembro de 2017. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 2360, 24 nov. 2017. Caderno Judiciário do Tribunal Superior do Trabalho, p. 1-48. Disponível <https://hdl.handle.net/20.500.12178/116169> em Acesso em 09 de set de 2018.