

VOLUME 1 - NÚMERO 2
JULHO/DEZEMBRO 2015

REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS



Vol. 1 / N.2



LTR[®]

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

ISSN 2446-8908

Volume I,
Número 2
Julho/Dezembro 2015

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. 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. Giancarlo Perone (Universidade de Roma Tor Vergata, Itália)
Prof.^a Dr.^a Roberta Bortone (Universidade de Roma La Sapienza, Itália)
Prof.^a Dr.^a Maria do Rosário Palma Ramalho (Universidade de Lisboa, 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 Barreto Ghione (Universidade da República, Uruguai)
Prof.^a Dr.^a Rosina Rossi Albert (Universidade da República, Uruguai)
Prof. Dr. José Roberto Freire Pimenta (PUC Minas)
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 (UFPE)
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)

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)

Co-Editor Acadêmico: Dr. Gustavo Filipe Barbosa Garcia (Professor Titular UDF)

Editor Adjunto: Dr. Marcus Firmino Santiago (Professor Titular UDF)

Editores Assistentes: Dr^a Renata de Assis Calsing (Professora Titular UDF)

Editor Assistente: Dr. Marcelo Borsio (Professor Titular UDF)

Contatos

www.udf.edu.br

mfsantiago@udf.edu.br

Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas / Centro Universitário do Distrito Federal. – Vol. I, n. 2 (Jul./Dez. 2015). Brasília, DF, 2015 [on-line].

Semestral.

ISSN: 2446-8908

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

CDU: 349.2:331.1

APRESENTAÇÃO

A *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas – periódico científico do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF* – divulga seu segundo número, relativo ao segundo semestre deste ano letivo (julho-dezembro). Ao lado da edição inaugural da Revista, publicada ainda no primeiro semestre letivo (janeiro-junho), o presente n. 2 completa o Volume I do periódico, correspondente ao ano de 2015.

A conclusão, em outubro de 2015, do Volume I da *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, com seus dois números semestrais do ano em curso, confere continuidade ao trabalho que vem sendo desenvolvido pela Instituição de Ensino no sentido de expandir a pesquisa científica e funcionar como um espaço para debate e divulgação do pensamento jurídico de ponta. Confirmam-se neste instante as palavras da Magnífica Reitora do Centro Universitário do Distrito Federal, Profa. Dra. *Beatriz Maria Eckert-Hoff*, inscritas no número inicial do periódico científico:

“O lançamento da *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas – periódico científico do Curso de Direito do UDF* – representa mais um passo nessa trajetória rumo ao incremento e à disseminação da pesquisa acadêmica de elevada qualidade que já vem sendo realizada na Instituição. Desponta ademais como passo decisivo rumo à franca e sólida internacionalização de sua atuação e inserção acadêmicas. O periódico afirma-se ainda, e já desde seu nascimento, como um espaço para divulgação e debate acerca do que há de mais relevante e atual no pensamento jurídico nacional e estrangeiro, o que reforça e consolida o compromisso social do UDF”

Publicada em meio digital e com acesso livre, a *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* já se apresenta como um periódico de referência no meio jurídico, contemplando estudos de elevada profundidade e temáticas altamente inovadoras nas áreas do “*Constitucionalismo, Direito do Trabalho e Processo*” e “*Direitos Humanos Sociais, Seguridade Social e Meio Ambiente do Trabalho*”.

Tal qual no primeiro número deste Volume I (janeiro-junho 2015), novamente há significativa presença de publicações de autores estrangeiros, que trazem reflexões notavelmente densas sobre os debates mais atuais realizados em países como Alemanha, França e Espanha, abrangendo, na verdade, temas de forte impacto em toda a Europa. Destaca-se também este número da Revista pela participação de autores brasileiros de

importantes instituições nacionais, ao lado da contribuição de Professores Doutores do próprio UDF.

Os artigos componentes da Revista foram dispostos de maneira lógica e coordenada, sob a perspectiva temática.

Em um primeiro bloco, de dois artigos, discute-se o papel, antigo e novo, do Direito do Trabalho no Ocidente e no Brasil, com os desafios que se apresentam em seu mais recente desenvolvimento. Nessa linha, o jurista Wolfgang Däubler, da Alemanha, contribui com o estudo “Human dignity of workers and competition”, ao passo que a Professora Doutora, Valéria Marques Lobo, de Minas Gerais (UFJF), contribui com o texto “O direito como instrumento de desmercantilização do trabalho: perspectiva da história e da ciência política no século XX”.

No segundo bloco de artigos, inserem-se estudos sobre o Direito do Trabalho contemporâneo na Europa, a partir de temas sociais e jurídicos de impressionante atualidade.

Nesse grupo, o jurista José Luis Monereo Pérez, da Espanha, apresenta a primeira parte de seu trabalho de pesquisa e reflexão, “La subcontratación como instrumento de descentralización productiva y su incidencia jurídico-laboral”; o jurista Antonio Ojeda Avilés, da Espanha, agrega seu estudo intitulado “La situación jurídica de los ‘expatriados’ laborales”; finalmente a jurista também da Espanha, Maria Yolanda Sánchez-Urán Azaña, traz sua contribuição acadêmica pelo trabalho denominado “Libertad de circulación em la Unión Europea y derechos de protección social”. Por fim, a jurista da França, Marie-France Mialon, apresenta seu artigo sob o título “Nouvelles formes de gouvernance et attentes morales des salariés: l’expérience française”.

No plano do Direito Processual do Trabalho, a contribuição acadêmica é trazida pelo Professor Doutor Ricardo José Macedo de Britto Pereira, Professor Titular do UDF, sob o título “Princípios de direito processual do trabalho. Reflexões em face do novo Código de Processo Civil”.

No quadro do Direito da Seguridade Social, o Professor Doutor Gustavo Filipe Barbosa Garcia, Professor Titular do UDF, apresenta seu artigo, “Direitos sociais e fundamentos constitucionais: modificações no regime jurídico do benefício previdenciário da pensão por morte”. E a Professora Doutora Zélia Luiza Pierdoná, de São Paulo (Universidade Mackenzie), traz como contribuição seu trabalho intitulado “A assistência social como subsistema subsidiário na seguridade social e o valor do benefício previsto no art. 203, V, da Constituição: uma análise a partir do Relatório Beveridge”.

Importa destacar a natureza plural deste periódico científico que, ao mesmo tempo em que se mantém fiel à sua linha editorial, abre espaço para que pontos de vista divergentes sejam apresentados a seus leitores. Nesse quadro, abordam o tema ‘Direitos Individuais e Sociais de Seguridade Social’ dois artigos, redigidos pelos Professores Doutores Gustavo Filipe Barbosa Garcia e Zélia Luiza Pierdoná, nos quais é possível encontrar opiniões verdadeiramente conflitantes e que muito enriquecem o debate acadêmico.

Nesse verdadeiro debate acadêmico que se instaura, a *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* reafirma sua compreensão de que os direitos trabalhistas, previdenciários e de seguridade social constituem, no Brasil, um *patamar civilizatório mínimo* assegurado pela Constituição da República a todos os brasileiros, caracterizados pela qualidade de núcleo intangível de direitos individuais e sociais da pessoa humana na estrutura constitucional.

Essa linha editorial se expressa nos dois números da Revista, inclusive no campo do Direito da Seguridade Social, como bem o demonstram os artigos do Professor Doutor Marcelo Borsio, Professor Titular do UDF (“Seguridade Social. Proibição do Retrocesso e Sustentabilidade das Políticas Públicas”), componente do n. 1 do periódico científico, e do Professor Doutor Gustavo Filipe Barbosa Garcia (“Direitos sociais e fundamentos constitucionais: modificações no regime jurídico do benefício previdenciário da pensão por morte”), também Professor Titular do UDF, integrante do n. 2 do mesmo periódico científico.

Desta maneira, os artigos que compõem este segundo número do primeiro volume da Revista, abrangendo o semestre julho-dezembro de 2015, constituem reflexo significativo do tema central desta publicação, demonstrando a preocupação com o estado atual das relações sociais e trabalhistas e a necessidade de se prosseguir e aprofundar os debates sobre seus problemas, insuficiências e potencialidades.

Por fim, nova e excelente notícia: a partir do presente número 2 do Volume I desta Revista, dois notáveis Professores Catedráticos de importantes Universidades Europeias integram-se ao Conselho Editorial: o Professor Doutor Antonio Ojeda Avilés, da Universidade de Sevilla, na Espanha, e a Professora Doutora Maria do Rosário Palma Ramalho, da Universidade de Lisboa, em Portugal.

Brasília, outubro de 2015.

Equipe Editorial

SUMÁRIO

ARTIGOS

Human dignity of workers and competition

Dignidade humana dos trabalhadores e competição capitalista

Wolfgang Däubler p. 9

O direito como instrumento de desmercantilização do trabalho: perspectiva da história e da ciência política no Século XX

Law as work de commodisation instrument: perspective of history and political science in the twentieth century

Valéria Marques Lobo p. 24

La subcontratación como instrumento de descentralización productiva y su incidencia jurídico-laboral

Outsourcing as an instrument of decentralization productive labour and its legal implications

José Luis Monereo Pérez p. 59

La situación jurídica de los “expatriados” laborales

The legal status of “expatriate” workers

Antonio Ojeda Avilés p. 90

Libertad de circulación en la Unión Europea y derechos de protección social

Freedom of movement in the European Union and rights of social protection

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña p. 126

Nouvelles formes de gouvernance et attentes morales des salariés: l’expérience française

New forms of governance and moral traits in workers: the French experience

Marie-France Mialon p. 146

Princípios do direito processual do trabalho. Reflexões em face do novo Código de Processo Civil

Principles of labor procedural law. Reflections about the new Civil Procedure Code

Ricardo José Macêdo de Britto Pereira p. 169

Direitos sociais e fundamentos constitucionais: modificações no regime jurídico do benefício previdenciário da pensão por morte

Social rights and constitutional foundations: changes in the legal system of social security benefit of pension for death

Gustavo Filipe Barbosa Garcia p. 197

A assistência social como subsistema subsidiário na seguridade social e o valor do benefício previsto no art. 203, V, da Constituição: uma análise a partir do Relatório Beveridge

Social assistance as subsidiary subsystem on social security and the value of the benefit provided for in article 203, V of the Constitution: an analysis from the Beveridge Report

Zélia Luiza Pierdoná p. 210

HUMAN DIGNITY OF WORKERS AND COMPETITION

DIGNIDADE HUMANA DOS TRABALHADORES E COMPETIÇÃO CAPITALISTA

Wolfgang Däubler¹

Abstract: The capitalist economic system treats the worker as a commodity, an object, in contradiction to the idea of human dignity. However, there are mitigations to this trend: the qualification of the worker, the protection of labor laws, the role of collective bargaining, the unwritten rules of coexistence among enterprises, their workers and society itself. Nevertheless, the inherent market forces such as globalization, neoliberalism and generalized social and economic deregulation flaunt more strength. The counterpoint to this weakening process of Unions, collective bargaining and strikes involves the search for new and efficient practices by the Union movement, among which stand out the actions in virtual network (network), the mechanisms of sensitization and mobilization of public opinion and diversification of the legal action of the Unions.

Keywords: Work as a commodity. Classic mitigations to its decommodification. Contemporary reinvigoration of market forces. New ways to Union actions.

Resumo: O sistema econômico capitalista trata o trabalhador como uma mercadoria, um objeto, em contradição com a ideia de dignidade humana. Há, porém, atenuações a essa tendência: a qualificação do trabalhador; a proteção da legislação trabalhista; o papel da negociação coletiva; as regras não escritas de boa convivência entre empresas, seus trabalhadores e a própria sociedade. Ostentam mais vigor, contudo, as forças inerentes ao mercado, como a globalização, o neoliberalismo e a desregulamentação econômica e social generalizadas. O contraponto a esse processo de enfraquecimento dos sindicatos, da negociação coletiva e das greves passa pela busca de novas e eficientes práticas pelo movimento sindical, entre as quais se destacam as ações em rede virtual (*network*), os

Artigo recebido em 18 de julho de 2015

¹ University of Bremen, Germany.

mecanismos de sensibilização e mobilização da opinião pública e a diversificação da atuação jurídica das entidades sindicais.

Palavras chave: Trabalho como mercadoria. Atenuações clássicas à sua mercantilização. Revigoração contemporâneo das forças de mercado. Novas formas de atuação do sindicalismo.

1. Point of departure: the worker treated as an object

In a market economy, labour is a commodity. The economic existence of the worker depends on the development of the markets. This is obvious for self-employed workers, but employees are in a comparable situation: if the employer gets into economic difficulties, the wage earner becomes redundant and can be dismissed. As an unemployed person, he can find a new job only under the conditions determined by the market. Despite the fact that the employee is a bearer of rights vis-à-vis the employer during the employment relationship, it is misleading to call him a “citizen” of the enterprise. An individual who can be “expatriated” at any moment is no “citizen” – and the employer can always take economic decisions that make the employee redundant. In reality, the worker is treated as an object. This is in contradiction to human dignity.²

2. Mitigating the situation

The fact of a person being a commodity can be more obvious or less obvious, more felt or less felt. Four factors play a role in this field.

2.1. The indispensable worker

It may happen that the worker cannot be replaced because of his special qualification or his experience in the enterprise. To dismiss such a worker would create considerable problems in the working process. There is a good chance that such workers will remain in the position they desire and that their dignity is respected, especially in cases of highly qualified

² See Däubler, Das Grundrecht auf Mitbestimmung, 4. Aufl., Frankfurt/Main 1976, p. 129 et seq.

persons. This is a market-created protection against dismissal. Protection against dismissal is not just one element of an employee's situation, it is the fundamental condition for the exercise of all other labour law rights.³

2.2. Protection by labour law

There are a lot of legal rules protecting the worker: health and safety, fundamental rights at the workplace, minimum wages, stability of real earnings, protection against dismissal. A big part of them is judge-made law whose occurrence varies from country to country. These legal rules reduce the level of being treated as a commodity. In some legal orders the employer is not allowed to examine the private life of an applicant and genetic screening is forbidden as well; the "commodity" must not be inspected in an "exaggerated" way.⁴ Labour law rules are important especially for those workers who are not protected by the market. This implies considerable problems of implementation: powerful and well-equipped authorities are required in order to correct the development of the market. The gap between law in the books and law in action is quite a big one in most countries. The tendency to a simple "law in the books" is especially visible in collective labour law, where the creation of institutions often depends on an initiative of the workers who elect a representative or become members of a trade union. In Germany, less than 50 % of the employees in the private sector is represented by a works council; only 58 % is protected by a collective agreement. The real conditions in this "shadow sector" of the economy where there is no collective labour law often escapes the notice of labour lawyers.⁵

2.3. Collective agreements

Even nowadays, there may be a collective counterforce defending or even increasing workers' rights. Rules in collective agreements are an important tool when it comes to the lives of workers. They improve the position of the worker by taking into account the concrete situation of an enterprise or a specific part of the economy like metal industry, textile industry

³ See Hanau, Verfassungsrechtlicher Kündigungsschutz, in: Hanau/Heither/Kühling (Hrsg.), Richterliches Arbeitsrecht. Festschrift für Thomas Dieterich, München 1999, S. 201 ff.

⁴ Cf. Auzero/Dockès, Droit du travail, 29th edition, Paris 2015, No 134 et seq (French law); Däubler, Gläserne Belegschaften? Das Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, 6. Aufl., Frankfurt/Main 2015, No 207 et seq. (German Law)

⁵ Empirical evidence as to France and Germany at Artus, Interessenhandeljnenseits der Norm, Frankfurt/New York 2008, p. 187 et seq.

or public service. In this way, they are more flexible than the law created by public authorities.⁶ Unfortunately, this set of autonomous rules is now much less important in most European countries than it was 30 years ago, an obvious consequence of trade union weakness.

2.4. Informal rules

There are informal standards on “good behaviour” in many enterprises as well as in society. If they are disregarded, the workers and the public may protest against that. In some cases, protest of the workers will reduce productivity: for workers, the feeling of being treated in an unjust way is an obstacle to identify themselves with their tasks and to develop good and new ideas. Public critique, on the other hand, may damage the reputation of the enterprise. The management will be worried about losing customers – a “sanction” which can hurt the enterprise much more than a strike of two weeks of which the consequences will be overcome by overtime work within a month.⁷ The existence of these informal rules as well as the moral values and the social consciousness of the population differ from country to country.

3. Returning to the market forces

The four factors are of a quite precarious nature.

The mechanisms of the market do not always provide reliable protection. Although it is in the interest of an employer not to lose qualified and experienced workers, one can never exclude that some employers are going to damage their own interests with their actions. The protection disappears if the enterprise (or part of it) is closed for economic or other reasons. Highly qualified people will rapidly find a new job. People whose “value” depends on long experience in the plant will lose their “human capital” and will often find themselves in a comparable situation on the labour market as unqualified workers.

Neoliberalism reduces legal protection, especially in the field of employment stability, because it is considered to be an unnecessary obstacle to market freedom. Workers find themselves in a weaker position than before. Criticism on neoliberalism is considered a defence of outdated structures. In some countries like Britain the deregulation is possible by a

⁶ As to the inherent flexibility of labour law see Däubler, Die Flexibilität des Arbeitsrechts, in: Festschrift Dieterich (above N. 2) p. 63 et seq.

⁷ See Ray, Droit Social 2003, 591: „économie de la réputation“

majority decision of Parliament whereas in other countries an amendment of the constitution would be necessary.

Neoliberalism brings individualistic ideologies with it which even attract a lot of workers and their unions. The consequence is a reduction of union density in many countries and a decreasing importance of collective agreements. Once again, workers lose an important part of their protection.

Even informal rules will no longer function in the same way. Moral standards become less strict if the argument “this is a consequence of the market” has a high authority in public reasoning: if the free market is the best way of organizing the economy, one has to accept social disadvantages. Wide-spread criticism can be found in extreme cases only.

As a result of neoliberalism, the number of people whose dignity is in danger is increasing considerably. In some societies, the majority of workers may remain without effective protection.

4. Internationalization of the markets

Globalization is perhaps the most important economic basis for the success of the neoliberal ideology. Not only is there social competition but also what you may call social dumping. Countries with a low wage level and/or a favourable exchange rate of their currency can offer goods and some services at a very low price. Enterprises from industrialized countries invest in these countries and use the comparative advantage for their products. The first well-known example of this strategy is the textile industry during the 1970ies;⁸ other industries followed. In the high wage countries enterprises limit themselves to producing very sophisticated products. A new international division of labour appears.

The internationalized production is not confronted with international labour law rules. Although there are UN and ILO Conventions, they are normally not implemented in low-wage countries. Although there is a patchwork of national rules, those rules are mostly of no real importance in developing countries. Some enterprises have concluded framework agreements with international trade unions but their legal value seems doubtful. It is difficult

⁸ Cf. Fröbel/Heinrichs/Kreye, Die neue internationale Arbeitsteilung, Reinbek 1977

if not impossible to control their application and local subcontractors are usually not included in the conclusion of such agreements.⁹

In the EU, the freedom to deliver services implies the right of employers to send their workers to another Member State. If the average wage level “at home” is 10 % of the wage level in the country where the work is done, social dumping will automatically occur. The EC directive on posted workers¹⁰ offers a modest level of protection. Some fundamental rules like health protection and minimum wages apply, but there is no further adaptation to the social standards of the host country. In the construction sector collective agreements about minimum wages and annual leave apply; the Member States can include other parts of the economy too. The directive is interpreted by the European Court of Justice in such a way that other rules in collective agreements (e.g. about normal wages) do not apply. The Court considers the directive to have an exhausting character defining at the same time the highest possible wage level.¹¹ It is quite difficult to check whether minimum standards are observed in concrete cases since national authorities are not allowed to have a look at the workers’ bank accounts in their home countries. Contributions to the social security system are often quite low, because they are calculated on the basis of minimum wages and require a lower percentage than in the host country. The comparative cost advantage remains quite important. Labour standards in the host countries are therefore under pressure. This brings a short-term advantage to the less developed Member States, which they consider to be essential. But even at a medium-term perspective, it will prove to be a disadvantage: instead of developing the productivity of their own economies the countries of origin earn money by sending their most flexible workers abroad. No transfer of technology occurs. Although this was already a topic of discussion in the 1970s¹² societies do not always learn from the past.

5. Using information technology

Information technology, especially the Internet, facilitates the recourse to low-price services in developing countries. Growing importance is attached to the so-called crowd

⁹ Cf. Hepple, *Labour Laws and Global Trade*, Oxford and Portland 2005; Zimmer, *Soziale Mindeststandards und ihre Durchsetzungsmechanismen. Sicherung internationaler Mindeststandards durch Verhaltenskodizes?* Baden-Baden 2008

¹⁰ Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, *Official Journal L 018*, 21/01/1997 P. 1 - 6

¹¹ ECJ 11.12.2007 – C-438/05 – Viking; ECJ 18.12.2007 – C-341/05 - Laval

¹² See Däubler, *Zur rechtlichen und sozialen Situation der Gastarbeiter in der BRD, Demokratie und Recht (DuR)* 1974 p. 3 - 35

working:¹³an enterprise in Europe or the US offers small tasks on the Internet which can be performed by workers all over the world. The prices are quite low because there are a lot of competitors from low-wage countries. Estimates show that in many cases the income amounts to approximately two US dollars an hour.¹⁴For more complicated tasks, there are two kinds of contracts. The first one is (relatively) fair: interested people can declare their willingness to do the “job” and mention the conditions; the best offer will be accepted. The second one is not so fair: everyone who is interested is invited to perform the task but only the best person will earn money. The other ones have worked for nothing and have even had to transfer all their copyrights to the enterprise.¹⁵Recently, there was a lawsuit in California dealing with the question whether the practice of crowd working contradicts the minimum wage act of California and the US Fair Labour Standards Act.¹⁶ Crowd workers only stand a chance of invoking labour law rules if the notion of “employee” is interpreted broadly.¹⁷ In this particular case, a settlement was reached which resulted in 65 % of the money going to the lawyers and only a modest pay increase for the crowd workers.¹⁸

6. Proposals to improve the situation

6.1. Better trade unions?

The decrease of union membership is not a universal trend. There are some exceptions like Sweden and Belgium which could serve as examples to other countries.¹⁹Why not use the “best practice” in this field? The obvious objection is that trade unions are embedded in a national tradition of industrial relations which cannot be transferred to other countries. If in one country the trade unions manage unemployment insurance - which can be quite important

¹³ Cf the contributions in: Benner (ed.), *Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit*, Frankfurt/Main 2014

¹⁴ Leimeister/Zogaj, *Neue Arbeitsorganisation durch Crowdsourcing*, Düsseldorf (Hans-Böckler-Stiftung) 2013 – www.boeckler.de/pdf/p_arbp_287.pdf

¹⁵ The question whether this is compatible with the German Civil Code is examined by Däubler, *Crowdworker – Schutz auch außerhalb des Arbeitsrechts?* In: Benner (ed.) – Note 12 - p. 243, 253 et seq.

¹⁶ *Otey, et al., v. Crowdflower*, United States District Court Northern District of California, Case No. 12-cv-05524-JST

¹⁷ For US law see Cherry, *Working for (virtually) Minimum Wage: Applying the Fair Labor Standards Act in Cyberspace*, *Alabama Law Review* 60 (2009) p. 1077 et seq.

¹⁸ <http://www.staffingindustry.com/Research-Publications/Daily-News>

¹⁹ Overview of membership in different European countries established by the European Trade Union Institute (ERUI): <http://de.worker-participation.eu/Nationale-Arbeitsbeziehungen/Quer-durch-Europa/Gewerkschaften>

when it comes to attracting new members – there is no realistic chance of implementing this model in a country where trade unions have already lost a big part of their influence.

Traditional trade unions often resemble an industrial plant with its hierarchic setting: there is a CEO and a board of directors at the top, there are department leaders and group leaders, and there are normal collaborators. Like in big enterprises, new ideas are not easily accepted: will they not create a lot of work? Will they perhaps have an adverse effect? Are they really compatible with the principles laid down in the general programme? Could their realization change the balance between different departments? There are so many questions with no clear answers. Would it not be reasonable to renounce such a hazardous game? The description refers to a couple of German experiences which hopefully cannot be generalized. Nevertheless, sociologists agree that the traditional structure is not adequate if you are looking for experience and innovation. Enterprises have changed a lot for the same reason, too.

In the U.S., there is a “National Day Laborer Organizing Network” with member organizations across the different states. The main centre of the network is located in California.²⁰ Some points seem to be of general interest. Day workers are organized in a “network”. There are so-called contact persons in different parts of the big towns. They inform members of the normal rate for a certain activity and which employers are good and which are bad. Bad employers will, of course, be avoided. If many people consult the “contact person” bad employers will have difficulties finding day workers at all. The union gives information that can lead to a kind of boycott. We can find the same principle in the movement of the “travelling journeymen” (“Gesellenbewegung” in German) which came into existence in Central Europe in the 13th century. Bad employers, i. e. (at that time) craftsmen, were formally “discredited”; no journeyman could conclude a contract with them without being discredited himself, too.²¹In a way, boycotts replace strikes and other forms of collective actions.

Can this form of organization gain importance in modern Europe? There are some advantages of a network in comparison with traditional organizations of the labour movement.

The people involved have a clear objective and a well-defined role. The information given to a member (or even to other persons) is obviously useful and can therefore justify a small monthly fee.

²⁰ <http://ndlon.org>

²¹ See Däubler, in: Däubler (ed.), *Arbeitskampfrecht*, 3. Aufl., Baden-Baden 2011 § 1 Rn 5 et seq (with further references)

Repression against a network is difficult. Meetings between two or three people cannot be controlled by the authorities, the contact can easily be declared to be of a private nature.

Ideological differences play no role. The fulfilment of the function does not depend on the political opinions of the people involved. The collaboration merely requires the conviction that the situation of day workers should be improved. It is not relevant whether this conviction comes from a Christian, socialist or communist point of view.

New ideas developed by a “contact person” may be realized at once. Each collaborator can try to fulfil his tasks in a better way – there is no hierarchy and therefore no person with more authority who needs to give his approval.

Is such a network not the only solution when it comes to organizing crowd workers?

The network solution is, however, not a universal one. The issue with a network is that there is a certain level of instability – the value of the information may be doubtful. If that is indeed the case, people will seek information elsewhere. However, there is one argument which is difficult to refute. A lot of lawyers who are on the side of workers are part of such networks: you will find one or several law firms of this kind in the big towns and they are usually in contact with comparable law firms in other towns. There are even networks all over Europe. It would be very difficult to bring these people together in the same political party, but collaboration in the interest of workers is possible. You will even find people who have kept their political position from the seventies and the eighties whereas trade unions have often given it up without replacing it by a new perspective.

6.2. Mobilizing public opinion

Schlecker, a German retail chain, has had a very specific reputation for years. For a long time, they had trouble with their works councils whose rights were often neglected. The press wrote about it and the majority of newspapers supported the works councils who were in the position of an underdog. Eventually, Schlecker fully recognized the legal situation and the discussion calmed down. However, the story continued. Schlecker had economic difficulties and restructured a lot of shops. A lot of small shops were merged into a single bigger one. Workers were dismissed. During the period of notice, they received a “kind offer” to come to a firm called “Meniar” which was an abbreviation for “bringing people into jobs” (“Menschen in Arbeit”). Meniar was a temporary employment agency and 100 % a branch of

Schlecker. Workers were offered new contracts with wages more than 35 % below the former level. Those who accepted were sent to a shop quite near the place where they had worked before; sometimes it was even the same shop. They had to perform the same kind of work as before, but for much lower wages.

Trade unions protested but were not able to organize a strike. Press and television gave critical reports. The majority of the population was on the side of the workers and some lawyers tried to prove that the way these workers were being treated was a circumvention of the law which guarantees acquired rights in cases of transfer of enterprises and plants. However, this was not decisive. The volume of sales went down and it seemed likely that this was a consequence of the public campaign. The owners decided to close down Meniar, their temporary employment agency, thus improving their reputation and winning back their customers.²² Workers were given their previous salaries again too.

This story illustrates some features which are never dealt with in labour law. Let us assume a union density of 80 % in the shops of Schlecker. The union would have decided to fight against the intended decrease of wages, demanding that Meniar goes out of business. Of course, Schlecker would have refused and the union would threaten the firm with a strike. What would be the consequence? Schlecker would take this to the labour tribunal to get an injunction against the trade union. The strike would be prohibited because of its illegal aim: to continue or not to continue a business is a so-called entrepreneurial decision which must not be an object of a collective agreement or a strike.²³ One could organize a strike for better working conditions at Meniar – but even then it is doubtful whether workers not affected by the measures would be able to participate in a kind of solidarity strike. All these legal obstacles do not exist if the press advocate the end of the temporary employment agency and if a number of consumers go to another firm. It becomes an advantage for the workers to leave the sphere of collective bargaining. Dear labour law colleagues – please bear this in mind!

What is possible in Germany may happen in China, too. On 1 January 2008, the new labour contract law came into force. One of its provisions contained the rule that after ten years of service with the same employer a fixed-term contract is automatically transformed into an open-ended contract. Huawei, an IT firm, had a lot of employees who fulfilled this condition. The enterprise “asked” them to cancel the employment contract in October or November 2007. In the beginning of January they would get a new fixed-term contract with

²² <http://www.zeit.de/wirtschaft/2010-01/schlecker-meniar-kuendigung>

²³ That is at least the prevailing opinion in Germany; see Däubler (note 20) § 13 Note 36 et seq.

the conditions they had before. Legally it was as doubtful as Schlecker's strategy, but it is difficult for a worker who wants to continue his employment to go to court. However, the press intervened: it seemed to be obvious that the new rule was circumvented. Huawei gave in and granted open-ended contracts to all workers concerned.²⁴

As in the Schlecker case, it would have been risky to use the route of labour law. It was quite unclear how the courts would have decided: if it was obvious that Huawei pressed workers to sign a cancellation contract, the court would probably have decided in favour of the workers. But what would have happened if the pressure could not be proven? The employer would merely have argued that the worker asked for unpaid leave. Why not? There is no necessity to use the suspension of the employment contract; an interruption of the contractual relationship is admissible, too.

How can the public opinion be able to get such results? The first thing you need is the personal commitment of some critical journalists and a political framework that allows such reports. Usually, a private owner of a newspaper will not oppose to such articles as long as the articles in question will be read and the newspaper will be quoted. The second requirement is that a lot of people share the social value that over-exploitation is unacceptable and immoral. That is still the case in Germany as well as in France or Spain; it is less likely however that this will be the case in the United States as well. In China, capitalist exploitation is still considered a transitional phenomenon; the big majority of people will accept critique on excesses. To share certain values is a much lower threshold than to engage in trade union activities or a strike. Even the boycotting of certain goods does not require a high degree of courage. Public pressure can therefore be organized much easier than traditional collective actions.

Most enterprises are quite sensitive as to their public reputation – another advantage for the workers. They never know if a newspaper article will have a negative impact on their volume of sales. The risk of losing customers seems to be much more important than the reduction of wage costs which is usually the reason for socially unacceptable measures. This sensitivity is very high in the case of retail firms which have a direct contact with the consumers, but it is less developed with heavy industry which sells its products to the state (weapons!) or exclusively to other enterprises.

However, critique on the behaviour of undertakings does not always deal with clear facts like in the Schlecker or the Huawei case. It may happen that the enterprise denies the

²⁴ <http://www.wiwo.de/unternehmen/huawei-umstrittener-chinesischer-export-seite-3/5469512-3.html>

accusation, affirming that everything is ok. The company may go to court in order to get an injunction giving it the right to publish a counterstatement. If the information comes from an employee he/she is confronted with the problems of a whistle blower whose position is quite ambiguous, balancing between betrayer and hero. The European Court of Human Rights has strengthened the position of such people by enabling them to invoke the freedom of opinion even in cases in which the facts cannot be proven. This fundamental right is restricted only if the facts are wrong and the whistle blower has acted with gross negligence.²⁵

What is true for the press and television is also true for the Internet. Whether a blog can replace a newspaper in a certain way and become a starting point of a campaign depends on the actual role of the Internet in the country in question. In the near future, it will be a decisive forum in terms of influencing the public opinion everywhere. The difference with the press and television, however, is the fact that the Internet has a more democratic character: one does no longer need critical “journalists”; a few critical bloggers can fulfil the same function. On Twitter and other social media, popular people can have many “followers” who automatically receive all their statements. The Chilean students’ leader Camila Vallejo, for instance, has 874.000 followers²⁶, which is equivalent to the power of a big newspaper. In a way, the Internet offers more possibilities to individuals than other media have ever done before. If a few people give a good and convincing evaluation of an event, that can be the starting point of a campaign against socially unacceptable behaviour of enterprises and managers.

6.3. Collective action on the Internet

More and more work is done via the Internet. One can use it to support collective actions in the “real world” and one can disturb the working process via the Internet.

As to the first alternative, I would like to mention the collective actions realized by workers and their friends against IBM Italy. Like in other countries, there is the Internet platform “Second life”. Each person can create a virtual human being (“avatar”) giving him certain good and certain bad qualities. In 2007, about 3000 people from more than 30 countries “played” the collective bargaining process at IBM Italy adding some important modifications to the reality: hundreds of pickets were present, big demonstrations took place and a meeting of the board of directors could not continue because many strikers entered the room. The decision-makers were highly impressed; could it not be possible for the actions in

²⁵ European Court of Human Rights 21.7.2011 – 28274/08 – NZA 2011, 1269 - Heinisch

²⁶ https://twitter.com/camila_vallejo

the game to become reality? The next day an agreement was signed in which IBM renounced all intended wage reductions.²⁷ This situation is similar to a public campaign: unlike in a strike, the individuals did not run any risk. For some of them, participation may even have been a funny thing bringing some new accents into the routine of everyday life.

IT technology can be disturbed as well. In 2002, there was a new form of collective action against the German Lufthansa. The company had collaborated with the government to return people to their home countries, people who had tried to get political asylum in Germany but were not successful in their attempt. It was clear that many of them would go to prison at arrival in their country, some of them would even be tortured or brought to death. A group of citizens protested against this practice. They developed the following slogan: “Three classes with Lufthansa - economy class, business class, deportation class”. The conflict escalated when a Nigerian citizen arrived dead in his country despite being accompanied by two German policemen. The group decided to block the Lufthansa booking system by sending so many e-mails that it would break down. They developed new software which sent three e-mails to the Lufthansa computer every second. The Lufthansa website was off-line for a couple of hours but the company then found a way around this problem by using other computers. One of the members of the group was prosecuted for duress but was acquitted by the Frankfurt court of appeal.²⁸

Other forms of protest are considered to be illegal sabotage. A computer scientist was dismissed and about to be replaced by a private firm. He installed a very sophisticated computer virus which blocked the whole system two days after he left his job. The new firm was quite helpless. As a second firm could not find the reason either, he was asked to come back as a “subcontractor” for a short time in order to repair the system. After some hours he succeeded in repairing the system but he installed a new virus which became effective two weeks later. So once again, he was asked to come back until his method was accidentally discovered.²⁹ Another computer scientist changed the main passwords of his employer before leaving so the firm was paralyzed for several days.³⁰ Another story concerns a system administrator: he modified the programmes in such a way that everything was deleted if the words “dismissed by the employer” would appear in his personal file.

²⁷ Cf. Berg/Kocher/ Platow/Schoof/Schumann, Tarifvertrags- und Arbeitskampfrecht, Kompaktkommentar, 4. Aufl., Frankfurt/Main 2013, AKR Rn. 224

²⁸ OLG Frankfurt/Main 22.5.2006 – 1 Sa 319/05 – CR (= Computer und Recht) 2006, 684

²⁹ See LAG (=Landesarbeitsgericht) Saarland 1. 12. 1993 – 3 Sa 154/92 – Beilage 7/1994 zu BB S. 14

³⁰ See the case Hessisches LAG 13.5.2002 – 13 Sa 1268/01 - RDV (=Recht der Datenverarbeitung) 2003, 148

7. Perspectives

The decline of trade unions and collective bargaining is not the end of defending workers' interests. Labour lawyers will perhaps be forced to look into other fields of law such as freedom of the press, consumers' activities and Internet communication. In the medium and long term this way of action could even be more efficient than traditional collective bargaining. Would it not be a good advice to give to employers: defend collective bargaining! You will be better off! This can (and should) be an object of further discussion.

References

ARTUS, *Interessenhandel jenseits der Norm*, Frankfurt/New York 2008.

AUZERO/DOCKES, *Droit du travail*, 29th edition, Paris 2015.

BENNER (ed.), *Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektivendigitaler Arbeit*, Frankfurt/Main 2014.

DÄUBLER, in: Däubler (ed.), *Arbeitskampfrecht*, 3. Aufl., Baden-Baden 2011 § 1 Rn 5 et seq.

DÄUBLER, *Crowdworker – Schutz auch außerhalb des Arbeitsrechts?* In: Benner (ed.).

DÄUBLER, *Zurechtlichen und sozialen Situation der Gastarbeiter in der BRD, Demokratie und Recht (DuR)* 1974.

DÄUBLER, *Die Flexibilität des Arbeitsrechts*, in: *Festschrift Dieterich* (above N. 2).

DÄUBLER, *Gläserne Belegschaften? Das Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz*, 6. Aufl., Frankfurt/Main 2011.

DÄUBLER, *Das Grundrecht auf Mitbestimmung*, 4. Aufl., Frankfurt/Main 1976.

FRÖBEL/HEINRICHS/KREYE, *Die neue internationale Arbeitsteilung*, Reinbek 1977.

HANAU, *Verfassungsrechtlicher Kündigungsschutz*, in: Hanau/Heither/Kühling (Hrsg.), *Richterliches Arbeitsrecht. Festschrift für Thomas Dieterich*, München 1999.

HEPPLE, *Labour Laws and Global Trade*, Oxford and Portland 2005.

LEIMEISTER/ZOGAJ, *Neue Arbeitsorganisation durch Crowdsourcing*, Düsseldorf (Hans-Böckler-Stiftung) 2013 – www.boeckler.de/pdf/p_arbp_287.pdf

ZIMMER, Soziale Mindeststandards und ihre Durchsetzungsmechanismen.
Sicherung internationaler Mindeststandards durch Verhaltenskodizes? Baden-Baden 2008.

**O DIREITO COMO INSTRUMENTO DE DESMERCANTILIZAÇÃO DO
TRABALHO: PERSPECTIVA DA HISTÓRIA E DA CIÊNCIA POLÍTICA NO
SÉCULO XX**

**LAW AS WORK DECOMMODISATION INSTRUMENT: PERSPECTIVE OF
HISTORY AND POLITICAL SCIENCE IN THE TWENTIETH CENTURY**

Valéria Marques Lobo*

“Pois me dei conta de que o direito (...) era um braço da política e a política era uma de suas armas; era uma disciplina acadêmica, sujeita ao rigor de sua própria lógica autônoma; contribuía à definição da própria identidade tanto dos governantes quanto dos governados; e, acima de tudo, proporcionava um terreno para a luta de classes, onde se esgrimiam noções alternativas da lei” (Thompson, 1981: 157).

“Por várias vezes, suas reivindicações incluíam um salário mínimo legal, o controle do ‘suor’ das mulheres e meninos, a arbitragem, o compromisso dos mestres em encontrar trabalho para trabalhadores qualificados tornados supérfluos pela introdução das máquinas, a proibição de trabalhos ordinários de imitação, o direito à livre associação sindical. Todas essas reivindicações olhavam para a frente, tanto quanto para trás, e traziam em si uma imagem vaga de uma comunidade não tanto paternalista, mas sim democrática, onde o crescimento industrial seria regulado segundo prioridades éticas e a busca do lucro se subordinaria às necessidades humanas” (Thompson, 1987, Vol. 3: 123).

Resumo: O Direito do Trabalho tem cumprido papel histórico no capitalismo de reduzir desigualdades sociais e de poder entre empregadores e empregados. Em sua regulação, diminui o caráter de mercadoria que o sistema econômico tenta impor ao trabalho humano. No Brasil, esse papel foi atenuado em vista da tendência do século XX de deixar fora do sistema oficial de regulação trabalhista grande número de trabalhadores. Mesmo no final do século, quando o País parecia encontrar condições ideais de desmercantilização do trabalho, pelo advento da Constituição e de outros fatores sociais e políticos relevantes, o elevado desemprego vivido na época, aliado a um revigoração da ideologia de mercado,

Artigo recebido em 10 de setembro de 2015

* Doutora em Ciência Política pelo IUPERJ, atual IESP (2005). Mestre em Ciência Política pela UFMG (1995). Professora Associada de História da UFJF.

mantiveram como enigma e desafio o contraponto histórico entre desmercantilização e mercantilização do trabalho humano na economia e sociedade brasileiras.

Palavras chave: Direito do Trabalho. Papel histórico no capitalismo. Desmercantilização do trabalho. Peculiaridades da evolução brasileira.

Abstract: Labor Law has played historical role in capitalism by reducing social and power inequalities between employers and employees. In its regulation, it decreases the character of merchandise that the economic system tries to impose on human labor. In Brazil, this role was mitigated given the trend of the twentieth century to leave outside the official system of labor regulation a large number of workers. Even at the end of the century, as the country seemed to find ideal conditions for the decommodification of labor due to the advent of the Constitution and other relevant social and political factors, the high unemployment experienced at the time, combined with a strengthening of market ideology, maintained as both an enigma and a challenge the historical contrast between decommodification and commoditisation of human labor in the Brazilian economy and society

Keywords: Labor Law. Historical role in capitalism. Labor decommodification. Peculiarities of the Brazilian evolution.

1.Introdução

O Direito do Trabalho tem cumprido um papel primordial na história do capitalismo mundial no sentido de promover a redução das desigualdades entre empregadores e empregados, tanto no que diz respeito ao aspecto socioeconômico, como no que se refere ao desequilíbrio de poderes entre essas duas forças fundamentais da economia capitalista. O grau em que isso ocorre varia conforme a sociedade e pode indicar o patamar civilizatório de cada uma delas. Tendo surgido em meio ao processo de desenvolvimento das sociedades industriais, o Direito do Trabalho emerge como um campo de disputas no qual os contendores tendem a se comportar como agentes dispostos a maximizar seus ganhos. Do ponto de vista dos empresários, o melhor resultado é quase sempre a ampliação do poder do mercado na

definição das regras de contratação, ao passo que, para os trabalhadores, a ação direcionada a maximizar os ganhos orienta-se pela perspectiva da *desmercantilização* do trabalho.

Tanto nas comunidades do século XVIII que inspiraram o historiador inglês Edward Palmer Thompson nas análises acima como nas sociedades atuais, verifica-se uma tendência no sentido de que, quanto mais as leis que regulam a vida de um determinado agrupamento de pessoas estiverem orientadas por prioridades éticas e pelas necessidades humanas, mais elevado será o patamar civilizatório alcançado por aquele grupo. Nas sociedades capitalistas que se constituíram a partir do século XIX, isso equivale à suposição de que o grau em que o Direito se orienta por razões éticas e pelas necessidades humanas é diretamente proporcional ao nível de dependência em que o cidadão se encontra em relação à venda de sua força de trabalho no mercado para sobreviver.

No decorrer do século XX, o arrefecimento da perspectiva revolucionária que marcou a luta dos trabalhadores em diversos cenários nacionais deu lugar a uma postura reformista, no âmbito da qual as políticas sociais em geral e as leis de proteção aos assalariados em particular aparecem como pressupostos da cidadania. À medida em que direitos individuais vão sendo implementados, a ação coletiva dos trabalhadores e suas entidades representativas tendem a se fortalecer, favorecendo, por suposto, o desenvolvimento do Direito Coletivo do Trabalho e da própria Cidadania.

No Brasil, não obstante a fixação de distintas leis trabalhistas desde fins do século XIX, o Direito do Trabalho só se torna objeto de um tratamento mais sistemático a partir das décadas de 1920 e 30 do século passado, refletindo o aumento da participação dos assalariados no conjunto da população e do poder de barganha exercido por esses trabalhadores nas mais diversas arenas em que o conflito Capital/Trabalho se manifesta. Para os trabalhadores brasileiros, contudo, em face da presença de um elevado contingente de pessoas excluídas do mercado formal de trabalho, *desmercantilizar* implica considerar também a situação dessa população excedente, que por se situar a uma grande distância em relação aos benefícios da Cidadania, pressiona permanentemente o mercado de trabalho, fragilizando a posição dos próprios trabalhadores formalizados e, por conseguinte, sua ação coletiva. De modo que, para os trabalhadores brasileiros, reduzir o poder do mercado implica formular proposições que considerem também a presença daquele vasto segmento populacional. Do contrário, é sua própria posição no mercado de trabalho, mas também nas disputas que ocorrem no campo do Direito, que se fragiliza.

O objetivo deste artigo é rastrear as condições em que o movimento sindical brasileiro buscou assegurar a desmercantilização da força de trabalho na trajetória do capitalismo no País, conectando-as à atitude que desenvolve em relação às diferentes modalidades de superpopulação relativa que são engendradas em meio àquela trajetória. A abordagem centra-se estritamente no século XX, em especial nas décadas de 1950, 80 e 90, períodos nos quais, dada a natureza aberta do sistema político, a ação sindical ganhou visibilidade, e os sindicatos foram levados a se pronunciar sobre temas diversificados, inclusive acerca da política social.

As variáveis consideradas como fios condutores da pesquisa que originou esta abordagem são: a estrutura do mercado de trabalho; as formas de organização prevalecentes no meio sindical; o ambiente político em que os sindicatos atuam e fazem suas escolhas. A primeira, porque, ao mesmo tempo em que registra as bases estruturais do poder de classe dos trabalhadores, salienta a natureza e a dimensão da superpopulação relativa em cada período. A segunda, porque registra a moldura institucional da organização e da expressão da identidade dos trabalhadores, afetando o modo como esses se veem como atores sociais e a percepção que desenvolvem em relação a outros atores. Por fim, o ambiente político registra a presença (ou não) de outros atores a interferirem nas formulações do movimento sindical, bem como a sua relação com o Estado.

Antes, contudo, de passarmos à identificação desses fatores em cada período e da postura sindical, cumpre tecer algumas considerações a respeito da trajetória de formação das políticas sociais tais como apresentadas pela literatura pertinente, buscando aquilatar a importância da organização dos trabalhadores na fixação de tais políticas, bem como a relevância dessas políticas para a desmercantilização da força de trabalho no sistema econômico capitalista.

2. Leis trabalhistas, políticas sociais e desmercantilização do trabalho

Desde Marshall (1967), a conquista dos direitos sociais tem sido tratada como o corolário do processo de construção da cidadania. Assim compreendidas, as políticas sociais são consideradas pressuposto da democracia e, em certos casos, revelaram-se um requisito fundamental para a estabilidade democrática. A ampliação da participação política que acompanha a instalação do regime democrático suscita, entre as camadas menos favorecidas da sociedade, expectativas de *bem-estar*. Nesse sentido, é essencial a presença de uma contrapartida institucional capaz de sistematizar tais expectativas e canalizá-las para o sistema

político. Do contrário, tende a estabelecer-se um quadro de instabilidade, em função da ausência de resposta institucional às expectativas de bem-estar engendradas pelo processo de ampliação da participação política. Noutros termos, a ausência de políticas sociais amplamente aplicadas dificulta a formação do consenso em torno da democracia, introduzindo desafios importantes para a consolidação do regime democrático¹.

Do ponto de vista dos trabalhadores, as políticas sociais são essenciais ainda no sentido de promover a desmercantilização da força de trabalho. Nessa medida, elas representam uma inflexão na trajetória das sociedades capitalistas, que conduz à mercantilização do trabalho, de sorte que a sobrevivência e o bem estar das pessoas passavam a depender progressivamente de relações monetárias². A organização dos trabalhadores cumpriu um papel crucial na formulação de demandas direcionadas à fixação de políticas sociais e, por conseguinte, à desmercantilização da força de trabalho, num processo que culminou com a afirmação do Estado de Bem-Estar em países da Europa Ocidental no pós-Segunda Guerra.

Em formulação que se tornaria clássica, Karl Polanyi (1980) destacava a natureza fictícia do mercado de força de trabalho, o caráter utópico do Liberalismo e a reação social suscitada pela transformação do trabalho em mercadoria. Historicamente, a utopia liberal seria superada com o advento e desenvolvimento das políticas sociais, e o subsequente afrouxamento do caráter de exclusiva mercadoria que o desenvolvimento capitalista, em bases liberais, conferira à força de trabalho. Considerado um dos principais expoentes da *abordagem institucional*, Polanyi não atribuía centralidade ao papel desempenhado pelos agentes sociais no desencadeamento das políticas sociais e do *Welfare State*. No entanto, estudiosos de diferentes matizes enfatizaram a presença da organização dos trabalhadores no processo de formação do Estado de Bem-Estar Social, seja porque esses foram capazes de pressionar o poder público em direção à implementação de tais políticas, seja porque o Estado, em antecipação a uma suposta radicalização da ação ideologicamente enraizada dos

¹ A relação entre *bem-estar social*, *democracia* e *estabilidade política* foi estabelecida por diversos autores, a exemplo de Przeworski (1989). Aceitar tal aceção não implica, naturalmente, ignorar a validade de proposições que vinculam estabilidade política também a contextos autoritários, tal como em Huntington (1975). Trata-se aqui apenas de compreender que a estabilidade de regimes democráticos em geral supõe, para além dos direitos políticos, direitos sociais, tal como concebidos por Marshall (1967).

² É provável que jamais a força de trabalho tenha assumido integralmente a condição de mercadoria, uma vez que, mesmo no apogeu do liberalismo, verificam-se traços de relações de proteção pré-capitalistas, ao mesmo tempo em que formas modernas de proteção começavam a se desenvolver (ESPING-ANDERSEN, 1990: 37).

trabalhadores, assegurou-lhes direitos sociais a fim de inibir uma mobilização que pudesse pôr em risco as bases do desenvolvimento capitalista³.

Atestando a importância dos trabalhadores na instituição de políticas sociais, Przeworski (1989) indica que a montagem do *Welfare State* na Europa Ocidental se deveu à orquestração de um *compromisso* entre trabalhadores e empresários, no qual os primeiros renunciam à pretensão de subverter os fundamentos da economia capitalista - e mesmo à perspectiva de ganhos imediatos -, de modo a garantir a continuidade da expansão econômica. Os empresários, por seu turno, admitem a instalação de uma ampla rede de benefícios e serviços sociais assegurados pelo Estado, desde que garantida a intocabilidade da propriedade capitalista e a preservação de ganhos adequados à manutenção de um ritmo de investimento elevado⁴. De sua parte, Esping-Andersen (1990) ressalta a importância da atuação dos trabalhadores não apenas no desencadeamento das políticas sociais, mas na formatação dos diferentes modelos de Estado de Bem-Estar Social que, nos termos do autor, condicionam-se, entre outros, ao grau de desmercantilização do trabalho que são capazes de promover. Trazendo a discussão para o Brasil, Wanderley Guilherme dos Santos destaca que, ao organizar-se e reivindicar direitos sociais, os trabalhadores denunciam o caráter mercantil do capitalismo e falacioso do contratualismo liberal, "*determinando o desmascaramento de sua expressão mercantil e jurídica e revelando o seu conteúdo de exploração*" (Santos, 1979: 23). A implementação de políticas sociais e a desmercantilização do Trabalho caminharam, pois, lado a lado, na construção do *Welfare State*, a despeito da forma que esse tenha adquirido.

De todo modo, a fixação de políticas sociais produz o efeito, nem sempre desejado, de reduzir a dependência do trabalhador em relação ao empregador, e termina por se transformar em fonte potencial de poder (Heimann *apud* Andersen, 1990: 89), desencadeando um círculo virtuoso que tende a alimentar o processo de construção da cidadania baseada em direitos sociais e na desmercantilização da força de trabalho. Noutros termos, a desmercantilização fortalece o trabalhador e enfraquece a autoridade absoluta do empregador. Os direitos sociais, a igualdade e a erradicação da pobreza que um Estado de Bem-Estar universalista busca constituem pré-requisitos importantes para a força e a unidade necessárias à mobilização coletiva de poder (Esping-Andersen, 1990: 95). Na presença de mecanismos de proteção

³ A política bismarckiana é paradigmática desse modelo.

⁴ Melo (1991: 265) lembra que, fundado no princípio da seguridade social, da proteção ao trabalho e da redistribuição, o *Welfare State* aparece como corolário do processo de desmercantilização. Segundo o autor, "a emergência do WS é indissociável da constituição histórica de atores coletivos como burocracias públicas, e trabalhadores mobilizados em formas organizacionais específicas como sindicatos e partidos – e sua subsequente incorporação à vida política. Estes atores realizaram escolhas estratégicas que tiveram fortes implicações sobre a formação dos WS".

referentes a problemas de interesse do conjunto da sociedade, tais como desemprego, velhice, doença, acidente etc., trabalhadores emancipados em relação ao mercado habilitam-se com mais facilidade à ação coletiva, fortalecendo a *solidariedade de classe* e ampliando as chances para o estabelecimento de uma sociedade menos desigual. Ao contrário, quando os trabalhadores se encontram em situação de inteira dependência em relação ao mercado, o custo da adesão à ação coletiva eleva-se, inibindo o potencial mobilizador das organizações do Trabalho. Nos termos de Esping-Andersen (1990:103), uma vez que os recursos dos trabalhadores espelham as desigualdades do mercado, surgem divisões entre os *de dentro* e os *de fora*, dificultando a constituição de movimentos reivindicatórios. Os trabalhadores constituem, nessa perspectiva, por mais de uma razão, a força mais interessada na implementação de políticas sociais universalistas e na desmercantilização do trabalho por elas induzida.

Portanto, as políticas sociais operam não só como instrumentos redistributivos, mas, do ponto de vista dos trabalhadores, asseguram também a *solidariedade de classe* necessária à preservação de uma forte presença política desses atores.

De sua parte, a ação estatal na regulação das relações de trabalho, dos processos de dispensa, bem como na proteção àqueles que se encontram fora do mercado de trabalho, por meio da legislação trabalhista e securitária, é, pois, fundamental no sentido de aumentar a segurança do trabalhador, o poder sindical e, assim, desonerar a participação na ação coletiva. Consideremos um instituto como o *seguro-desemprego*. Ao garantir condições de sobrevivência àqueles trabalhadores que são expelidos do mercado em suas variações cíclicas - ou mesmo como retaliação patronal pela participação em ações coletivas, ou ainda como estratégia para o rebaixamento dos salários -, ele dificulta que operem os elementos de desagregação na solidariedade dos trabalhadores provocados pela presença do que Marx designou pela noção de *exército industrial de reserva*, constituído a partir das inovações tecnológicas verificadas com o esgotamento da *acumulação extensiva* do capital. Assim, se a presença de um excedente de força de trabalho permanece indispensável para a continuidade do investimento capitalista, sua capacidade de afetar negativamente o comportamento dos salários é mitigada, diante da redução da pressão que o desempregado exerce na disputa por vagas no mercado de trabalho⁵.

⁵ Na clássica formulação de Marx, a *população excedente* constitui um *exército industrial de reserva* que "pertence ao capital de maneira tão absoluta como se fosse criado e mantido por ele" (MARX, 1975: 733). Essa percepção tem respaldo na literatura sobre exclusão no Brasil dos anos 1950, a exemplo de Kowarick (1981), mas sustentamos que o volume da população excedente naquele período é superior às *reservas* de força de trabalho necessárias à reprodução do Capital mesmo nas condições particulares do desenvolvimento brasileiro,

O mesmo poder-se-ia dizer de outros benefícios sociais promovidos pelo Estado e assegurados universalmente àqueles que, por alguma razão - doença, acidente, velhice, invalidez para o trabalho, carência de vagas -, encontram-se fora do mercado de trabalho. A presença de vastos contingentes fora do mercado e sem proteção assegurada por políticas sociais aumenta a insegurança dos *de dentro*, tornando-os mais susceptíveis às imposições do Capital, cuja lógica tende a pautar-se pelas condições do mercado. Grosso modo, pode-se dizer que quanto maior for a abrangência das políticas sociais, menos mercantilizada será a força de trabalho. Dessa forma, *no processo de desmercantilização, são importantes não apenas as leis trabalhistas, mas as políticas sociais em geral*. Noutros termos, a desmercantilização ocorre quando a prestação de serviços é concebida como um direito social, ou seja, quando tais serviços não precisam ser adquiridos no mercado. Isto é, quando a sobrevivência e o bem-estar das pessoas não estão condicionados à venda de sua força de trabalho no mercado.

Por outro lado, a realização de um Estado de Bem-Estar supõe um vasto contingente inserido no mercado de trabalho, tanto para reforçar um mercado interno de consumidores, como para assegurar um volume de contribuições - a despeito do formato que essas venham a assumir - capaz de proporcionar a oferta de serviços de boa qualidade.

Sobretudo, um mercado de trabalho amplo e inclusivo fortalece a ação coletiva direcionada à obtenção de benefícios universais, o que tende a contribuir para a redução de manifestações corporativistas e individualistas. Ao contrário, quando a massa de desempregados atinge um volume *crítico*, acentua-se a pressão do *exército de reserva* sobre os trabalhadores em atividade, fragilizando a proteção a esses setores, com impacto sobre a maneira de defender-se dos assalariados. A parcela *protegida* do mercado de trabalho tende a se desestabilizar na presença de um vasto contingente de desempregados, gerando, nos termos de Brunhoff (1991:93), atitudes de "*salve-se-quem-puder*", que atentam contra as formas coletivas de organização e ação. Desse modo, políticas de geração de empregos configuram uma contrapartida importante das políticas sociais no plano da economia, contribuindo para aumentar a *disposição para agir* dos trabalhadores e para a obtenção de novas conquistas sociais. Em boa medida, políticas de pleno emprego e compensações pelo funcionamento inadequado do mercado, assegurando níveis elevados de solidariedade entre os trabalhadores, revelaram-se instrumentos cruciais nos arranjos que possibilitaram a compatibilização entre

para as quais chama a atenção Oliveira (1981).

expansão industrial e ampliação da rede de proteção social nos países de economia central; entre Capitalismo e Democracia, portanto.

3. Brasil, século XX: peculiaridades da transição rural-urbana

Tomando por base as considerações acima, cumpre indagar em que medida essa situação é diversa quando têm peso na estrutura social contingentes de pessoas que se ligam *marginalmente* ao mercado de trabalho, pressionando os trabalhadores nele ocupados, sem que sua presença resulte da exaustão da acumulação extensiva do capital, isto é, sem que apareçam como um fenômeno cíclico da operação do mercado capitalista. Tal indagação revela-se crucial no estudo das relações estabelecidas entre o movimento sindical e as políticas sociais no âmbito da industrialização retardatária e periférica, onde os processos de inovação tecnológica guardam pouca relação com o esgotamento da *reserva de força de trabalho*, antes se efetuando pela aquisição de equipamentos no mercado mundial.

No Brasil, a transição rural-urbana, pelo menos em suas fases iniciais, realiza-se constituindo amplos contingentes ocupados em pequenos serviços, na medida em que o crescimento de postos de trabalho gerados no mercado formal não é capaz de absorver tais segmentos da população⁶. Nesse contexto de acelerada transição demográfica, configura-se um quadro dicotômico no qual um restrito mercado formal contrasta com um volumoso mercado informal; o trabalho organizado, protegido e estável contrasta com o desorganizado, desprotegido e instável, tendência que parecia se reverter nos anos 1970 e 80, mas que findou por se acentuar na década de 1990, como destacou Mattoso (1995). Nesse quadro, políticas

⁶ Em texto clássico, Oliveira (1981: 31) indaga acerca da relação de causalidade estabelecida entre a incapacidade de retenção da mão de obra pelo setor primário e de absorção dessa pelo setor secundário e o *inchaço* do Terciário. O autor sugere que o crescimento do terciário no Brasil, expresso na crescente absorção de força de trabalho, tanto em termos relativos como em termos absolutos, é inerente à forma como se processou a acumulação capitalista no País. Desse modo, o incremento do setor terciário “faz parte do modo de acumulação urbano adequado à expansão do sistema capitalista no Brasil; não se está em presença de nenhuma ‘inchação’, nem de nenhum segmento ‘marginal’ da economia”. Assim, o crescimento do setor de serviços não é contraditório com a forma de acumulação nem com a expansão global da economia, já que “os serviços realizados à base de pura força de trabalho, que é remunerada a níveis baixíssimos, transferem permanentemente, para as atividades econômicas de corte capitalista, uma fração de seu valor, ‘mais-valia’ em síntese” (ibid.: 33). Por seu turno, Kowarick (1981) indica que a transição rural-urbana se realiza constituindo amplos contingentes ocupados em pequenos serviços, já que o crescimento de postos de trabalho gerados direta ou indiretamente na indústria não é suficiente para absorver tais segmentos da população. Tais contingentes apresentam volume superior ao necessário para que o exército industrial de reserva cumpra seu papel de reprodução do capital, criando-se um segmento populacional permanentemente marginalizado. De um modo ou de outro, o que cumpre ressaltar é que, a despeito do lugar que ocupam ou do papel que desempenham no desenvolvimento capitalista nas condições brasileiras, esses segmentos ocupados em pequenos serviços situam-se à margem da cidadania, uma vez que, associados a um setor tipicamente informal, não têm acesso à política social, atribuída no Brasil apenas aos trabalhadores formais.

compensatórias, como o seguro-desemprego, podem revelar-se insuficientes para assegurar a desmercantilização do trabalho, porque dizem respeito apenas àquelas pessoas que se encontram **temporariamente** fora do mercado formal.

Na presença de um vasto contingente de pessoas que se ligam marginalmente ao mercado de trabalho, os trabalhadores podem ser levados a formular reivindicações em torno de medidas regulatórias e preventivas, que sejam capazes de ampliar o acesso ao mercado formal e, por conseguinte, à proteção social vinculada à formalização do trabalho, ainda que tais demandas sejam motivadas pelo desejo de ampliar a segurança no emprego dos próprios trabalhadores formais e o poder do Trabalho em face do Capital.

Nesse ponto, cumpre lembrar que as políticas sociais no Brasil foram vinculadas, desde os anos 1930, à inserção do indivíduo no mercado formal de trabalho, configurando um *estado de bem-estar ocupacional* (SPOSATI, 1995), sob o imperativo da *cidadania regulada* (SANTOS, 1979), assertiva que deve ser adicionada como ingrediente básico especialmente quando analisamos a postura do movimento sindical nos anos 1950, momento em que o mercado formal esteve longe de abranger a totalidade da PEA nacional e a política social limitava-se, por conseguinte, a uma pequena parcela da população. De modo que a desmercantilização da força de trabalho no Brasil supunha, em boa medida, a superação da cidadania regulada.

Partindo das considerações acima, buscaremos indicar, doravante: 1- Em que medida a estrutura do mercado de trabalho e a presença de contingentes que não se engajam no mercado formal afetam a percepção dos setores *protegidos* acerca das políticas sociais – sua extensão e natureza - nas condições brasileiras; 2- Qual a influência que a estrutura organizacional dos atores exerce nesse processo e em que medida os trabalhadores organizados buscam superar a estrutura corporativa para além dos aspectos organizacionais, elegendo pautas e definindo agendas que extrapolem os interesses diretamente relacionados à categoria profissional da qual fazem parte, traçando estratégias mais abrangentes, que digam respeito ao conjunto dos setores populares, inclusive os que se encontram fora do mercado de trabalho; 3- Em que medida o ambiente político nacional afeta as escolhas do movimento sindical.

4.Os anos 1950/60 e as vicissitudes da desmercantilização do trabalho no Brasil

Na década de 1950, verifica-se um intenso crescimento da economia nacional, que repercute no perfil da população brasileira. Segundo divisão proposta por Baltar e Dedecca, esse período corresponde à terceira etapa da formação do mercado de trabalho no Brasil⁷, quando o padrão de acumulação resultante da industrialização pesada induz à consolidação do mercado de trabalho urbano.

No entanto, a imagem otimista que se tinha acerca do potencial de absorção do mercado de trabalho era embaçada pela presença de um volume crescente de trabalhadores informais, tendo em vista que o ritmo de crescimento da população urbana era sensivelmente superior à criação de vagas no mercado formal de trabalho. Quanto à criação de vagas na indústria de transformação, mola propulsora do crescimento econômico no período, o quadro apresentava-se ainda mais severo: se a PEA ocupada neste setor correspondia a 1.608,3 milhões de pessoas em 1950, em 1960 este número aumentava para apenas 1.954,1. Em termos percentuais, verifica-se um decréscimo da parcela da PEA ocupada na indústria de transformação, de 9,4% em 1950 para 8,6% em 1960 (LOBO, 2005). Assim, a criação de novos empregos nos anos 50 ficava a cargo, especialmente, do setor de serviços e, mais particularmente, do subsetor de serviços pessoais e do pequeno comércio, que cresciam em bases precárias, com baixa densidade de capital, baixa rentabilidade, nível inadequado de desenvolvimento legal e institucional, instabilidade ocupacional e baixos salários (FARIA, 1986).

Esse quadro reflete-se nos indicadores de formalização do mercado de trabalho, que apresenta trajetória declinante entre 1950 e 1960. Tomando por base o número de contribuintes ativos para a previdência social em 1950 e 1960 e contrastando-o com os indicadores referentes à PEA urbana, constata-se que, em 1950, havia 45,63% da PEA urbana inserida no mercado formal de trabalho, ao passo que, em 1960, essa taxa declina para 42,76%⁸.

Tendo em vista a modernização da indústria tradicional, somada à baixa capacidade revelada pelas indústrias dinâmicas de absorverem força de trabalho na proporção em que esta

⁷ O primeiro momento constitutivo do mercado de trabalho brasileiro corresponderia à fase de expansão acelerada do complexo cafeeiro, quando se desenvolvem conexões diferenciadas nas relações de trabalho agrícolas (colonato, parceria, assalariamento etc) e relações de trabalho assalariadas (avulso ou não) nas atividades urbanas. O segundo, desenvolve-se a partir da crise de 1929, quando o trabalho vinculado a atividades urbanas ganha expressão cada vez maior, apesar da preservação do elevado peso do trabalho agrícola (BALTAR E DEDECCA, 1992: 4-5).

⁸ O número de contribuintes do sistema previdenciário foi publicado regularmente entre 1948 e 1966 (implantação do INPS). Diante da dificuldade de se mensurar o mercado formal de trabalho no Brasil dos anos 1950, optamos por contrastar os números de contribuintes da Previdência com os números da PEA a fim de obtermos uma aproximação com a proporção real de empregados no setor formal em relação à PEA urbana. Cf. LOBO, 2005.

é gerada, forjam-se, nos principais centros industriais do País, massas desempregadas ou subempregadas desprovidas de direitos sociais, de capacidade adequada de consumo e, fundamentalmente, de tendência associativa⁹. O que se verifica é, pois, a formação de uma população excedente *para além do exército industrial de reserva*, cuja presença tende a acentuar o desequilíbrio da ação própria do Capital sobre o Trabalho e a definição, pelo mercado, das regras de contratação e uso do trabalho. É provável que isso tenha contribuído para que os trabalhadores priorizassem uma agenda direcionada à preservação de seus direitos e à manutenção do poder aquisitivo dos salários, em detrimento de ações direcionadas à superação da cidadania regulada.

No que diz respeito ao ambiente político, o período que se estende de 1946 a 1964 foi, durante muito tempo, tratado como um simulacro de ordem democrática, seja pela interdição à presença, na cena política nacional, de forças como o PCB, seja pela preservação da estrutura sindical corporativa, seja pela fragilidade do sistema partidário e da representação política. Essa imagem, entretanto, tem sido revista. Não obstante a exclusão do PCB - efetivamente uma medida não democrática -, o sistema partidário brasileiro de 1946 a 1964 parecia seguir uma trajetória de crescente consolidação (LAVAREDA, 1991), enquanto a estrutura corporativista cumpriu papel ambíguo para a mobilização dos trabalhadores (LOBO, 2005). De qualquer forma, apenas durante o governo Dutra, o Estado recorreu de forma intensa à prerrogativa de intervir nos sindicatos. De modo que a ação destes, na maior parte do período, foi marcada por razoável e progressivo grau de autonomia e combatividade¹⁰.

Todavia, nos anos 1950, os sindicatos dispunham de visibilidade crescente num cenário político marcado pela ausência – ou pelo caráter ainda muito incipiente - de outros movimentos sociais¹¹. Em face da ausência na cena política de outros atores de extração popular com os quais os trabalhadores pudessem se aliar, é possível indicar que não havia

⁹ As associações de trabalhadores não inseridos no mercado formal é recente no País, com exceção dos rurais. Contribui para isso, além da propalada dificuldade de organização de autônomos, domésticos, eventuais - em função da própria natureza dessas ocupações -, a presença de uma estrutura sindical oficial, que só permitia a criação de sindicatos por categorias reconhecidas pelo Ministério do Trabalho.

¹⁰ Cf. números e natureza das greves em SANDOVAL, 1994.

¹¹ Os movimentos sociais existentes nos centros urbanos naquele período em geral destinavam-se à defesa de interesses bastante específicos, a exemplo dos Comitês Pró-Melhoramento, que representavam moradores de bairros de periferia, e as Uniões de Defesa Coletiva, agrupando habitantes de vilas e favelas. Esses movimentos proclamavam-se a-políticos e portavam reivindicações relacionadas às condições de moradia, como saneamento e transporte (MOISÉS, 1978; SOMARRIBA, 1984). De sua parte, os trabalhadores rurais começam a sair da passividade política a partir de meados dos anos 1950, mas é só a partir do final da década que suas organizações adquirem peso na cena nacional, a exemplo das Ligas Camponesas. O mesmo se verifica em relação aos estudantes, que começam a se constituir como ator coletivo nos anos 50, mas só ganham visibilidade no cenário político na passagem aos anos 1960, quando, paralelamente à defesa de interesses específicos, assumem bandeiras “macro”, como a Reforma Agrária.

incentivos de natureza política para que os trabalhadores formais reivindicassem medidas orientadas para a superação da cidadania regulada, por meio da extensão da política social aos segmentos situados à margem do mercado formal de trabalho, diferentemente dos anos 1980, como veremos adiante. Por outro lado, também não havia constrangimentos à adoção de uma pauta restritiva, voltada para a defesa do aprimoramento de políticas para o universo inserido no mercado formal, tal como, de certa forma, verificar-se-á nos anos 90.

Nesse ponto, o papel desempenhado pelos atores na constituição da cidadania adquire relevo e nos remete às análises de Abram de Swaan (1988). O autor sugere que as modernas políticas sociais se desenvolvem dentro de uma *figuração de quatro lados*, envolvendo o Estado, os trabalhadores assalariados, o empresariado e os pequenos proprietários. A ação do primeiro depende das coalizões que o sustentam, enquanto os trabalhadores assalariados seriam a principal força a reivindicar as modernas políticas sociais. A perspectiva empresarial, por seu turno, será balizada pelo impacto das políticas sociais para o desempenho das empresas, o que confere peso à forma como as economias nacionais se inserem no mercado mundial e ao tipo de tributação que sustenta os aparatos públicos de política social¹². De sua parte, os pequenos proprietários, especialmente trabalhadores autônomos em atividades *craft*, seriam, segundo Swaan (1988), uma força que opõe resistência à instalação das modernas políticas sociais, por verem nelas uma forma de recompensa que desconsidera o mérito. Seu peso na estrutura social francesa, por exemplo, teria representado um fator relevante a explicar o ritmo relativamente lento da implantação do Estado de Bem-Estar Social naquele país.

É pouco provável que tal papel, de interdição política e ideológica à instalação das modernas políticas sociais, fosse cumprido pela grande massa de trabalhadores autônomos ocupados em pequenos serviços urbanos ao longo do processo de industrialização brasileira. Ao contrário dos pequenos proprietários assinalados por Swaan, no caso europeu, eles não constituíam um contingente representativo de atividades tradicionais *que a dinâmica capitalista fez erodir progressivamente*. De fato, ocupavam atividades precárias no setor de serviços, criadas com o processo de industrialização, dado o caráter desigual desse, conforme mencionamos. Dessa forma, aspiravam a ocupações modernas, inclusive para alcançarem os benefícios à disposição das pessoas que estavam dentro do mercado formal e da cidadania regulada. Para os trabalhadores assalariados, contudo, sua incorporação poderia representar um rebaixamento dos benefícios recebidos, mantidas as formas de custeio das políticas

¹² O estudo da participação empresarial, nesta perspectiva analítica, na gênese e trajetória da política social brasileira, particularmente a previdência social, de 1930 a 1998, foi feita por DELGADO (2001).

sociais. Assim, propugnavam, fundamentalmente, que o acesso do contingente situado à margem do mercado formal às políticas sociais se processasse por via de sua incorporação ao próprio mercado formal, através do incremento do processo de industrialização.

Do ponto de vista organizacional, é possível indicar que, na *Democracia de 1946*, embora os trabalhadores estivessem organizados a partir da estrutura sindical corporativa e jamais tenham logrado – ou mesmo buscado¹³ - derrubar efetivamente os pilares que sustentavam a instituição, como a Unicidade e o Imposto Sindical, esta despiu-se de certos traços impressos em sua origem. Dessa forma, se, no contexto autoritário do Estado Novo, os sindicatos da estrutura oficial constituíam instrumentos de controle do Estado sobre os trabalhadores, a partir de 1943, quando a ditadura estadonovista começa a se dissolver, os trabalhadores apropriam-se progressivamente da estrutura montada pelo Estado e a transformam em *locus* de formulação de demandas e de mobilização¹⁴. Assim, em que pesem os *efeitos acomodativos* que a Unicidade e o Imposto tendem a provocar entre as lideranças sindicais (LOBO, 1995), os sindicatos oficiais tornam-se organismos que, mesmo que não dispusessem de forte enraizamento nas bases, eram capazes de mobilizá-las para a ação coletiva na defesa de seus interesses, como atestam os indicadores de participação em atividades grevistas¹⁵.

Além disso, ainda que o sindicato oficial fosse o único canal de intermediação de interesses reconhecido pelo Estado, no ambiente democrático dos anos 1950, a estrutura sindical já não era capaz de encapsular a ação coletiva, cada vez mais intensa no período.

¹³ Para os comunistas, por exemplo, a unicidade era válida para evitar a fragmentação. O imposto sindical, embora dividisse opiniões, era considerado instrumento útil para subsidiar a ação mobilizadora dos sindicatos. Cf., por exemplo, SANTANA, 2001.

¹⁴ A estrutura sindical corporativa parece ter sido a fórmula encontrada pelo Governo Vargas para facilitar o processo de acumulação nos anos 1930. O processo de industrialização desencadeado a partir dali, seja enquanto “industrialização restringida”, seja na industrialização pesada dos anos 50, não opõe os setores agrários aos industriais (MELLO, 1984; OLIVEIRA, 1981). Para os primeiros, assegurava-se preservação das formas de dominação já existentes no campo brasileiro, como uma espécie de compensação à reorientação das ações do Estado no sentido da industrialização, clara a partir de 1937. Já o movimento operário, submetido à estrutura corporativa, deixava de existir como ator autônomo. O caráter retardatário da formação do capitalismo no Brasil, ao lado de exigir uma forte presença do Estado e a transferência de recursos gerados no polo exportador - via confisco cambial -, implicou também a contenção dos salários dos trabalhadores industriais. Para garanti-lo, tornava-se necessária, na perspectiva do *getulismo*, a interdição da ação operária autônoma. Tal papel caberia à estrutura sindical, tal como foi montada no Brasil. Com a sua imposição, buscava-se criar um hiato entre as duas gerações do movimento operário, que, no Estado Novo, é submetido à passividade e/ou à participação tutelada. Subjacente a essa política havia a intenção de suprimir os conflitos entre as classes e substituí-los por uma estrutura que possibilitasse a cooperação entre os diversos setores sociais no sentido de facilitar a implementação da política de industrialização nacional em bases legítimas, isto é, assentada num certo consenso entre camadas sociais envolvidas no processo. Nessa medida, o modelo corporativo de intermediação de interesses apresenta-se como uma terceira via, situada a meio caminho entre as formas autoritárias e a democracia pluralista (LOBO, 1995).

¹⁵ A participação nas greves foi aferida por Sandoval, 1994. Para um período mais recuado, Aziz Simão (1966) oferece dados referentes ao estado de São Paulo.

Com efeito, organizações de base e experiências intersindicais, que escapavam ao formato verticalizado da estrutura corporativa, começavam a despontar, dividindo com os sindicatos a tarefa de mobilizar os trabalhadores. Contudo, durante o Governo Kubitschek, a presença do formato corporativo, inclusive no que diz respeito aos benefícios previdenciários, ainda segmentava a ação coletiva dos trabalhadores por categoria profissional, ao mesmo tempo em que se preservava o hiato entre os interesses dos trabalhadores formais e informais, ainda que, particularmente no início dos anos 1960, as greves de massa motivadas pela defesa de temas mais abrangentes, que afetavam inclusive os que estavam fora do mercado formal, adquirissem relevância.

Portanto, na década de 50, não havia incentivos nem pelo lado da economia nem pelo lado da política para que o movimento sindical formulasse pautas inclusivas, orientadas para a superação da cidadania regulada. Na perspectiva sindical, a desmercantilização do trabalho supunha, sobretudo, a intensificação do processo de industrialização, para aumentar o acesso ao mercado formal de trabalho e, por conseguinte, aos benefícios da cidadania. Embora o tema da previdência fosse central na agenda sindical, os trabalhadores tendiam a adotar uma postura defensiva, orientada para a manutenção dos benefícios conquistados pelos segurados dos institutos. Em alguns casos, reivindicava-se a isonomia de direitos dentro desse universo, conquistada com a promulgação da Lei Orgânica da Previdência Social, no final da gestão presidencial de Kubitschek, no início da década seguinte. A partir daí, intensifica-se a defesa de reformas mais abrangentes, a exemplo da Reforma Agrária, a qual poderia conter o crescimento de uma população urbana que não se integrava ao mercado de trabalho, e que, num ambiente de crise, pressionaria para baixo os salários, com a subsequente deterioração do padrão de vida dos trabalhadores urbanos com vínculos formais, tal como aparece de modo explícito em diversos documentos sindicais publicados no período (LOBO, 2005).

5.A década de 1980: a institucionalização da democracia e a questão social

Nos anos 1980, o cenário se modifica. A transição rural-urbana da população brasileira já se completara e o mercado urbano de força de trabalho revela-se mais inclusivo. A conclusão do processo de transição demográfica, bem como o sucesso dos processos de industrialização - dentro do paradigma fordista - e de modernização do campo, reduziam a presença dos contingentes marginalizados da população urbana.

Não obstante a interrupção que se verifica no processo de crescente assalariamento e

formalização da estrutura ocupacional, o desemprego aberto só foi expressivo no período recessivo do início da década. No final dos anos 80, o mercado de trabalho brasileiro apresentava taxas de desemprego bastante reduzidas (Baltar, Dedecca e Henrique, 1996), alcançando em 1989 o menor índice do decênio. A elevada capacidade de absorção do mercado de trabalho decorria de fatores tais como: a redução do ritmo de crescimento da PEA urbana, em contraste com o período precedente, tornando possível sua absorção nas atividades urbanas; a elevação do emprego no setor público, particularmente em atividades sociais; bem como a resistência dos principais agentes econômicos às reformas liberalizantes, que se processariam no Brasil apenas na década seguinte (BALTAR, DEDECCA e HENRIQUE, 1996; FIORI e TAVARES, 1993; MATTOSO, 1995). Por outro lado, a não ocorrência de uma ampla reestruturação do aparelho produtivo possibilitou, nos períodos de retomada da atividade econômica, o reemprego da força de trabalho que havia sido expelida do mercado no ciclo recessivo (BALTAR, DEDECCA e HENRIQUE, 1996).

O mercado de trabalho no período notabiliza-se, pois, por elevados indicadores de formalização, os quais, combinados ao processo de transição política, transformavam a *década perdida* numa conjuntura de certo otimismo nos meios sindicais, onde se desenvolvia a expectativa de superação do caráter fortemente mercantilizado que assumira a força de trabalho no País e da cidadania regulada, já mitigada pela universalização de certas políticas sociais.

Por outro lado, uma das características mais marcantes do mercado de trabalho nos anos 80 é a rotatividade de mão de obra, a qual se revela extremamente elevada não apenas num contraste com países de industrialização mais antiga, mas mesmo em comparação com outros países do subcontinente¹⁶. A despeito de suas causas, há que se salientar que índices elevados de rotatividade, além de serem indicativos de uma legislação incapaz de impor freios às dispensas arbitrárias, provocam uma extrema fragilização do trabalhador em face do empregador. Noutros termos, elevada rotatividade conduz à precarização dos postos de trabalho e reduz o poder de barganha do trabalho diante do capital. Werneck Vianna (1999: 344) há muito salientara, com base na visão dos próprios empresários, que a "*estabilidade no emprego aumenta o passivo trabalhista das empresas, diminuindo suas possibilidades de*

¹⁶A elevada rotatividade empregatícia não é uma novidade dos anos 1980. A introdução do FGTS, ao suprimir certos encargos associados aos processos de dispensa previstos na vigência do instituto da estabilidade, favoreceu a rotatividade de mão de obra, num contexto em que já era significativa a oferta de força de trabalho para uso do Capital (WERNECK VIANNA, 1999: 336 e ss.). Nos anos 80, a acentuação desse processo pode ser creditada às flutuações da economia nacional no período e à adoção de estratégias de ação empresariais nesse ambiente de instabilidade macroeconômica.

ação". A elevada rotatividade, ao contrário, subtrai poder do Trabalho e tende a reduzir a capacidade de mobilização dos sindicatos, configurando, assim, um fator de peso que tende a reforçar o caráter mercantilizado do trabalho.

Contudo, a despeito das elevadas taxas de rotatividade, o tempo de espera por novo emprego era reduzido nos anos 1980, sobretudo quando contrastado com os indicadores dos anos 90. Além disso, na ausência de reestruturação industrial, o retorno à categoria de origem era bastante provável, poupando-se assim as bases sociais dos sindicatos. Dessa forma, não obstante a elevada rotatividade contribuir sobremaneira para acentuar o caráter mercantil da força de trabalho, a vasta oferta de vagas, ao permitir um rápido retorno ao mercado de trabalho, anulava, ainda que parcialmente, o impacto da rotatividade no processo de mercantilização, favorecendo a difusão de disposições universalistas nos meios sindicais.

Noutras palavras, a *superpopulação relativa* presente na estrutura capitalista da economia brasileira dos anos 80 já não corresponde a um vasto contingente que o desenvolvimento econômico é incapaz de absorver, como nos anos 50; tampouco de pessoas permanentemente *expelidas* do mercado de trabalho, por força de um processo de acumulação regido pela reestruturação das empresas e pela emergência de um novo paradigma tecnológico, que se vale cada vez menos de trabalho vivo, como nos anos 90. Trata-se de um contingente que pertence às fileiras assalariadas e que delas se ausenta ciclicamente, contribuindo para que a agenda sindical contemple os interesses dos excluídos do mercado formal de trabalho.

Na política, o cenário é marcado pela efervescência social, expressa no surgimento dos *novos movimentos sociais*, parceiros potenciais do movimento sindical. Com efeito, em meio ao processo de transição política, a mobilização social não se restringiu ao Trabalho. Segundo Boschi (1987), dos campos, dos bairros, das favelas organizavam-se e lançavam-se à cena política outros movimentos, populares ou de classe média, muitos deles apoiados por entidades da sociedade civil egressas de setores da Igreja Católica ou agrupamentos ecumênicos, intelectuais etc. Por seu turno, entre os assalariados, a mobilização ultrapassou as fronteiras do movimento operário, atingindo a classe média, conforme atesta a organização de profissionais liberais e funcionários públicos.

Quanto às demandas dos grupos que compõem esse *renascimento da sociedade civil*, que marca a saída do último ciclo autoritário, verifica-se uma conjugação de questões especificamente relacionadas aos interesses particulares de cada segmento com a pressão por liberdade e igualdade, ponto que unificava os diversos movimentos. A mobilização desses

setores contribuirá para que, na década de 1980, a sociedade brasileira abra uma série de oportunidades à democracia tanto no seu aspecto político, como no campo mais substantivo da superação do abismo socioeconômico que separa o País em duas realidades. A forte mobilização em torno da campanha pelas eleições diretas para presidente, a articulação de demandas direcionadas ao Congresso Constituinte, a mobilização em torno da candidatura de Lula à presidência, em 1989, simbolizam algumas dessas oportunidades (RODRIGUES, 2001). Em todos esses episódios, a institucionalização da democracia dividia espaço com as expectativas de superação das profundas divisões socioeconômicas que marcavam desde sempre a sociedade brasileira. E era essa combinação que suscitava novas organizações e articulações que revitalizaram a cena política do período, num círculo virtuoso no qual mobilização e institucionalização pareciam alimentar-se mutuamente.

Segundo Rodrigues (2001), a organização e ação desses grupos se dava, pois, nos marcos de um campo ético-político que combinava a rejeição ao autoritarismo, que marcara o regime que combatiam diretamente, com a negação do padrão corporativo-clientelista que teria predominado no período anterior. É nessa perspectiva que os novos atores buscarão superar os limites da competição intra-elites e reinstaurar o eixo da *participação*, mas também a luta pela *redistribuição*¹⁷. Nos termos de Mota (1995: 151),

o horizonte ideológico e político dessas lutas é o da autonomização das condições de reprodução do trabalhador diante da esfera da reprodução econômica do capital. No plano material, o horizonte dessa luta projeta-se na esfera do consumo coletivo de bens e serviços não mercantis, cujo acesso, pelos trabalhadores, não dependeu, exclusivamente, do tempo de trabalho fornecido ao capital, pelo fato de muitos desses bens não se vincularem ao poder de compra dos salários (...) No plano jurídico-político, a mediação daquele processo se fez pela institucionalização dos direitos políticos e sociais, fundados nas necessidades do trabalho e não nas necessidades da venda da força-de-trabalho.

De modo que, nos anos 1980, havia incentivos tanto pelo lado da economia, como pelo lado da política, para que os trabalhadores organizados assumissem um discurso orientado para a proteção aos excluídos do mercado formal de trabalho por meio da universalização da cidadania.

Quanto à organização sindical, a despeito do retorno ao ordenamento corporativo que as antigas *oposições sindicais* elegerão como estratégia no momento imediatamente posterior ao recrudescimento do sindicalismo, a autonomia que marca seus primeiros passos será fundamental na aproximação que busca estabelecer com os *novos movimentos sociais* e na

¹⁷ “Participação” e “redistribuição”, tal como concebidos, respectivamente, por Dahl (1988) e Santos (1993)

definição de suas escolhas e de sua agenda¹⁸. Essa disposição para uma luta conjunta está colocada desde a formação da CUT, e teria sido de certo modo determinante do ritmo que assumia a transição para a democracia, ao mesmo tempo em que tornava o quadro pleno de incertezas, sobretudo no que tange à questão social¹⁹.

Por outro lado, conquanto permanecesse em aberto a solução para o secular problema das desigualdades sociais - o que de certa forma implicava a superação da cidadania regulada por meio da inclusão dos setores que até então vinham sendo mantidos à margem dos direitos sociais, os quais, na clássica formulação marshalliana, constituem o corolário do processo de universalização da cidadania -, na política, avançava-se firmemente em direção à democracia²⁰.

Na esfera do sistema político, a reforma de 1979 abria caminho para a organização partidária dos trabalhadores²¹, permitindo o estabelecimento de vínculos mais consistentes entre o movimento sindical, demais movimentos sociais e a representação parlamentar. Em certa medida, o Partido dos Trabalhadores buscava cumprir, na esfera institucional, o papel de representante dos interesses dos trabalhadores, assumindo progressivamente o papel de

¹⁸ A disposição de aproximar-se de outros movimentos populares está explicitada em diversos documentos da CUT (LOBO, 2005), em formulações que partem da compreensão de que “*a exploração do trabalhador não se dá só no local de trabalho, mas também no seu dia-a-dia*”. No *Caderno de Resoluções* do terceiro congresso nacional da Central, assinala-se que “*a população vem resistindo e se organizando (...) os movimentos populares (mutuários, sem-terra, lutas de transporte, moradia, saúde, educação, favelas, cortiços, etc.) e entidades compõem hoje uma força de pressão sobre [a] aliança entre o Estado e o capital (...) os vários movimentos, sindicatos e entidades da sociedade civil, vêm buscando a unificação de suas bandeiras de ação*” (CUT, 1988: 53). No Congresso anterior, a CUT ressaltava a importância de “*apoiar, incentivar e contribuir para a organização das lutas populares por transporte, moradia, saúde, educação e abastecimento e outras, desenvolvendo a sua unidade com o movimento sindical*”.

¹⁹ Ainda segundo Boschi (1987: 138), “*a intensificação das práticas associativas de natureza politizada certamente não estava incluída nos planos governamentais. Quando muito o projeto de abertura tinha por objetivo uma sociedade domesticada, com grupos de interesse atuando dentro de estreitos limites (...) Ainda que a politização de segmentos organizados da sociedade não tenha ameaçado o projeto de transição gradual para a democracia, ele certamente afetou o seu ritmo*”.

²⁰ Obviamente que não se pretende defender aqui, contrariamente a todas as evidências, que o processo tenha sido linear, ao modo marshalliano. Obedeceu a uma trajetória pendular ou mesmo espiralar, que, do ponto de vista das elites, era fundamental na preservação de suas posições de mando, e, para os “de baixo” representava certa garantia de que não haveria retrocessos políticos ou qualquer espécie de contra-reforma. A despeito do processo de afirmação da democracia formal não ter sido linear, do descompasso entre os eixos de institucionalização e de participação, da instabilidade permanente que tal descompasso ocasiona e da persistência de procedimentos autoritários no processo de democratização, não parecia haver espaço para um eventual retorno ao ordenamento autoritário que marcara o regime militar. É precisamente nesse sentido que estamos afirmando que, na política, a sociedade brasileira avançava firmemente em direção à democracia. Uma boa análise acerca do compasso democratização política/ social e do caráter não linear desse processo encontra-se em Melo, 1990: 447 e ss.

²¹ A Reforma Partidária (Lei nº 6.767/79) fez-se à luz da expectativa de cindir a oposição e, segundo Meneguello (1989), de “*garantir a representação das classes trabalhadoras sob uma sigla confiável – o renascido Partido Trabalhista Brasileiro*”. O surgimento do PT, com base na proposta de tornar-se uma agremiação com forte enraizamento nas bases sociais e uma atuação voltada para o reforço dos laços com as lutas populares, representou, pois, uma novidade do ponto de vista organizacional e também um imprevisto em meio à liberalização conduzida de cima.

dissolver os interesses corporativos e organizar pautas mais abrangentes, que correspondessem a reivindicações comuns a várias categorias (MOTA 1995: 153). Além disso, o partido buscava tornar-se interlocutor também dos demais setores populares, fixando uma agenda que extrapolava demandas referentes especificamente aos trabalhadores formais e refletindo os interesses definidos pelos diversos setores organizados em suas bases, sob a forma de núcleos de moradia, de “minorias” etc.²².

No campo estritamente sindical, a emergência e afirmação das centrais sindicais aumentavam a visibilidade das correntes presentes dentro do sindicalismo e, de certo modo, homogeneizavam as demandas, favorecendo um tratamento não corporativo das questões que afetavam o conjunto dos trabalhadores e também os outros setores populares. Segundo Mota (1995: 151), os trabalhadores teriam logrado ampliar significativamente seu campo de reivindicações, inclusive “*por meio de propostas encaminhadas pelas centrais sindicais e pelos partidos políticos, de natureza mais universal, e que abriam espaço para a institucionalização de novos direitos políticos e sociais*”. Ao mesmo tempo em que, nos contratos coletivos de trabalho, obtinham benefícios específicos relacionados às condições de trabalho, produtividade e benefícios sociais junto às empresas.

De certa maneira, como que numa divisão de tarefas, os sindicatos oficiais, reapropriados pelos trabalhadores, realizavam greves localizadas e se concentravam nas campanhas salariais, no âmbito das quais defendiam interesses específicos dos empregados de uma empresa ou os membros de determinada categoria profissional, enquanto as centrais – ou a central, para ficarmos no âmbito da CUT²³ - e os partidos – mais precisamente o PT, mas não apenas²⁴ – lançavam-se à luta política pela extensão das conquistas obtidas pelas categorias mais organizadas ao restante dos trabalhadores e pela extensão de conquistas que historicamente eram atribuídas apenas aos trabalhadores com vínculos formais ao conjunto

²² Em que pese a forte presença de sindicalistas na formação do Partido dos Trabalhadores, esse recebeu, ao longo de seu processo de organização, a adesão de lideranças de variados movimentos sociais, tais como grupos de negros, feministas, amigos de bairro, movimentos libertários etc., além de membros da ala progressista da Igreja (MENEGUELLO, 1989: 64).

²³ Importante lembrar que a CUT, em que pese sua afirmação como ator relevante na cena política e sua hegemonia no ambiente sindical, não dispunha da prerrogativa de participar das negociações coletivas, competência dos sindicatos de base. (CARDOSO, 1999; 2003) Tal impedimento pode ter determinado a ampliação do escopo de sua pauta e ação, para além dos interesses dos trabalhadores sindicalizados ou inseridos no mercado formal de trabalho.

²⁴ A atuação das bancadas partidárias na constituinte é elucidativa da postura dos partidos em face das matérias de interesse dos trabalhadores. Nesse ponto, além do PT, cumpre indicar o PDT, o PSB, o Pcdob e o PCB como partidos que votaram sistematicamente a favor dos interesses dos trabalhadores. Outras siglas, como o PMDB, também abrigavam parlamentares portadores de projetos favoráveis aos trabalhadores e que votavam sistematicamente em favor das referidas matérias, mas constituíam exceções. No caso do PMDB, muitos parlamentares compunham o *Centrão*, articulação *conservadora* formada pelo PDS, PFL, PL, PTB e vários parlamentares do PMDB. Cf. DIAP (1988).

dos setores populares. Essa perspectiva se reflete na defesa da fixação constitucional de direitos aos trabalhadores domésticos, rurais, pescadores e avulsos, ponto essencial no embate que se trava durante a constituinte entre os partidos *progressistas* e o chamado *Centrão*²⁵.

De todo modo, o que importa marcar até aqui é que, nesse contexto, a emergência política de novos atores, associada à renovação do movimento sindical, força o estabelecimento de um novo campo ético-político que permite a constituição de redes sociais a partir das quais emanam discursos e práticas que pressionam não apenas pela abertura à participação política dos *de baixo* (RODRIGUES, 2001), mas o debate em torno da questão social. Da mesma forma que, na política, apontava-se para a superação não apenas da ordem autoritária, mas também da institucionalidade corporativa que antecede o regime militar, na questão social, buscava-se a ruptura com a segmentação e exclusão que marcava a política social desde sua instauração, entre as décadas de 1930 e 40, e que as alterações subsequentes não lograram superar.

Assim, a defesa da incorporação à cidadania via inserção no mercado formal, presente no discurso do movimento sindical nos anos 1950, será de certo modo ultrapassada no caso do desenvolvimentismo, dando lugar a formulações direcionadas à universalização dos benefícios previdenciários e à luta em favor da adoção de políticas regulatórias e compensatórias, de geração de empregos e de proteção ao desempregado, essenciais no processo de redução do caráter mercantilizado das relações de trabalho. No limite, pois, o que se buscava nos anos 1980 era a superação da cidadania regulada, não mais seu alargamento, como nos anos 50.

6. O final do século XX e os enigmas da desmercantilização e remercantilização do trabalho

As expectativas geradas nos anos 1980 dissolvem-se na década seguinte, diante do aparecimento do desemprego estrutural e de longa duração. Ao final dos anos 90, após uma década de políticas econômicas de estabilização monetária, o Brasil notabilizava-se por sua

²⁵ No caso dos avulsos, por exemplo, os partidos de *esquerda* defendiam que dispusessem de igualdade de direitos em relação aos trabalhadores com vínculo empregatício, enquanto o *Centrão* pretendia limitar a isonomia apenas aos direitos concernentes à área previdenciária. Quanto aos domésticos, as correntes *progressistas* defendiam que a Constituição assegurasse explicitamente uma série de direitos, ao passo que o *Centrão* remetia, de forma vaga, a situação dos empregados domésticos à legislação ordinária. Quanto aos trabalhadores rurais, o *Centrão* negava-lhes uma série de direitos defendidos pelos *progressistas*, diante do entendimento de que a fixação de direitos deveria se condicionar às peculiaridades de sua atividade. Cf. LOBO, 2005: 161.

posição de país campeão mundial de desigualdades sociais e com uma economia marcada por reduzidos níveis de crescimento. Tal condição era inimaginável nos anos 50, quando o País parecia apontar para a prosperidade e inclusão social, via crescimento econômico e ampliação do mercado formal de trabalho. De certa forma, esse quadro era impensável também em meados dos anos 1980, quando a CEPAL prognosticava que o Brasil dispunha de grandes chances de recuperar bons ritmos de crescimento (SOARES, 1999: 158) e as políticas sociais caminhavam em direção à universalização.

Na década de 1990, o desemprego, que já vinha se transformando num problema mundial desde pelo menos os anos 80 - quando os ciclos de crescimento das economias nacionais já não se faziam acompanhar da reposição de postos de trabalho, em função da reestruturação produtiva adotada de modo generalizado pelas empresas –, atinge em cheio a sociedade brasileira, alcançando mais de 10 milhões de pessoas em todo o País (MATTOSO, 1995). O emprego com registro em Carteira, por seu turno, que, em 1989, correspondia a 59,5% do total de ocupados no País, caiu para menos de 45% em 1999 (MATTOSO, 1999).

Fato é que o descontrole da inflação e o forte endividamento externo, dois aspectos centrais que o desenvolvimento mantido à *marcha forçada* envolvia, suscitavam a necessidade de redefinição das fontes de financiamento para a retomada do desenvolvimento industrial da Nação. Quanto a isso, não parecia haver objeções relevantes entre os economistas. A percepção de que o País vivia uma profunda crise de ordem macroeconômica e o esgotamento do padrão desenvolvimentista era consensual²⁶. A terapia adotada, contudo, foi objeto de controvérsias, na medida em que tendia a produzir efeitos colaterais de monta sobre a sociedade brasileira, agravando celeremente o problema do desemprego no País.

Com efeito, a ênfase atribuída a uma agenda econômica centrada na estabilização monetária, que envolvia políticas recessivas, acabou conduzindo à desestruturação do setor produtivo e, por conseguinte, ao aumento do desemprego e da informalidade, enquanto permaneciam elevados os indicadores de concentração de renda e de riqueza. A absorção do receituário do Fundo Monetário Internacional e outros organismos multilaterais, expresso no chamado *Consenso de Washington*, lançou o País numa rota que terminou por tornar mais significativo o fenômeno da exclusão social. Por outro lado, como parte de um conjunto de medidas de desregulamentação e redução do Estado, o executivo federal empenhou-se na

²⁶ Naquele período, a crise financeira do Estado, derivada do forte endividamento interno e externo, inviabilizava que se processassem novas *fugas para frente*, impondo reajustes estruturais na economia nacional (SOARES, 1999:153).

defesa da flexibilização das relações de trabalho, reduzindo direitos e proteções aos trabalhadores formais.

No agregado, essas medidas resultaram na precarização do trabalho, fenômeno que, somado ao crescente desemprego, atingiu os sindicatos e o movimento sindical de diferentes maneiras. Não apenas por conta da redução de suas bases - fator que, além de subtrair poder de barganha e pressão dos sindicatos, diminui as receitas sindicais -, mas pela insegurança que o desemprego proporciona entre aqueles que permanecem empregados, com a subsequente redução da disposição para a participação em ações coletivas, cujos custos elevam-se com a dilatação do contingente de desempregados. Ademais, a reestruturação produtiva e organizacional das empresas, chamadas a aumentar sua competitividade em função da abertura comercial, ao instituir os chamados *programas de qualidade*, forçam a lealdade do trabalhador em face da empresa, em detrimento do sindicato²⁷, ao mesmo tempo em que o fenômeno da terceirização pulveriza a força de trabalho, dificultando uma ação concertada desses trabalhadores, com impacto sobre a capacidade de mobilização dos sindicatos e também sobre sua agenda.

Quanto à presença de outros atores de extração popular na cena política, com os quais o movimento sindical pudesse estabelecer alianças em nome de uma pauta que extrapolasse demandas orientadas especificamente pelo interesse dos trabalhadores formais, o que se verifica nos anos 1990 é que, não obstante a mobilização de movimentos de diferentes matizes dispostos a reagir ao desemprego e à acentuação da exclusão, esses movimentos não chegaram a acumular forças que os habilitassem a pressionar o redirecionamento das políticas públicas, ainda que, em certos momentos, tenham logrado vetar certos projetos de *contrarreforma* da política social. Nesse período, a principal novidade política e social do cenário brasileiro foi o aparecimento do Movimento dos Trabalhadores Sem-Terra (LINHARES e SILVA, 1999), cujo impacto sobre a agenda governamental se exprime nos inúmeros assentamentos promovidos. No discurso do MST, estavam presentes a rejeição ao neoliberalismo, a defesa de uma maior intervenção do Estado na economia e a “integração de uma parcela dos excluídos ao processo de cidadania”, que só seria alcançada por meio do acesso à terra (LINHARES e SILVA, 1999: 207). De imediato, defendiam uma reforma da estrutura agrária capaz de promover rápida e sistematicamente o assentamento das famílias de

²⁷ Segundo Cardoso (2003: 41), "os sistemas de qualidade são canais institucionais por meio dos quais problemas de produção podem ser diretamente negociados entre trabalhadores e gerência, sem a interferência sindical. Queixas não devem exceder os portões da fábrica (...) o 'novo local de trabalho' caracteriza-se por parcerias e cooperação entre os agentes".

trabalhadores sem-terra. Quanto à relação com o movimento sindical, o MST mantinha uma “proximidade crítica” com a CUT, repelia o “engajamento na cooperação com o governo da Força Sindical” e divergia da postura *moderada* da CONTAG, que defendia a “via legal e institucional para conquistas sociais para os trabalhadores rurais e agricultores” (NOGUEIRA, s/d: 9).

Na cena nacional dos anos 1990, observam-se, ainda, formas variadas de protesto, sobretudo na segunda metade da década. Embora já não se verifique a efervescência social que marcou o período de transição política na década anterior, destacam-se manifestações diversas relacionadas ao tema do desemprego e da exclusão social. O *Grito dos Excluídos*, a *Marcha dos Cem Mil*, o *Grito da Terra Brasil*, a *Marcha Zumbi dos Palmares*, a *Marcha da Educação* são exemplos de manifestações destinadas a protestar contra os efeitos da política governamental e a pressionar o governo no sentido de incluir na agenda a questão social. O movimento sindical, particularmente a CUT, envolveu-se diretamente em todas essas manifestações. Na perspectiva de uma CUT-Cidadã²⁸, tratava-se de empreender uma “resistência propositiva ao neoliberalismo e da necessária vinculação dos interesses dos trabalhadores assalariados do ‘setor formal da economia’ com os interesses mais amplos da classe trabalhadora e do povo oprimido” (CUT, 2000: 9). O Fórum Nacional de Lutas, frente social que congregava movimentos de moradia, partidos políticos, sindicatos etc., foi resultado de um esforço conjunto que resultou na realização daquelas manifestações, as quais, contudo, dispunham de um caráter mais pontual que permanente.

De qualquer forma, essas ações conjuntas resultavam da constatação de que enfrentar Capital e Governo exigia um esforço de todos os movimentos populares no sentido de aliarem-se para combater e alterar “o modelo econômico excludente” (João Pedro Stédile *apud* NOGUEIRA, s/d: 9). Nos termos da CUT (2000: 9), tratava-se de combinar a “luta institucional às lutas de massa”, agregando à pauta sindical “elementos essenciais para a conquista da plena cidadania (...) construindo uma política de aliança com o movimento social (...) para forjar uma alternativa ao governo neoliberal e suas políticas”. Havia, portanto, por parte das lideranças dos movimentos sociais, exata noção das dificuldades a serem enfrentadas e da necessidade de se empreender uma ação concertada, passando da resistência que aquelas manifestações a que aludimos acima exprimiam à proposição de um projeto nacional que viabilizasse a consecução das diretrizes impressas na Constituição em matéria social e as aprofundasse.

²⁸ Projeto que começa a ser construído a partir das resoluções políticas do IV e do V CONCUT.

No entanto, o discurso desregulamentador emanado do governo federal e de organismos empresariais enfatizava as divisões entre os trabalhadores inseridos no mercado formal e os *de fora*, além de acentuar a cisão no interior do próprio movimento sindical. Ao insistir na tese de que o desemprego era tributário do elevado custo da contratação formal e que a solução se vinculava à supressão de direitos aos trabalhadores formais, o discurso governamental lançava água no moinho da remercantilização da força de trabalho no País. Por outro lado, a presença pontual daqueles movimentos inibia a efetivação de alianças mais persistentes e a fixação de um elenco de políticas sociais que permitissem a construção de laços amplos de solidariedade capazes de garantir os *contramovimentos* de *autodefesa da sociedade*, diante do acentuado processo de desestruturação do mercado de trabalho.

Portanto, o desafio era de monta e enfrentá-lo implicaria estender a ação sindical para além do mundo do trabalho, de certo modo recobrando o papel que o sindicalismo exerceu nos anos 1980, ao transformar-se em protagonista do processo de aprofundamento da democracia e de transformações sociais, em direção à universalização da cidadania²⁹. No entanto, isso dependia não só da mobilização de outras forças que oferecessem sustentação a tal projeto, mas de uma ação combinada também no interior do movimento sindical. Todavia, além das condições adversas que a crise de emprego suscitava, da necessidade de mobilizar outros setores da sociedade, do aumento e diversificação da população *marginalizada* e da impermeabilidade do poder público às proposições do sindicalismo mais combativo, o movimento sindical encontrava-se cindido entre duas correntes que, conquanto tenham sido capazes de empreender ações conjuntas em torno de demandas tópicas³⁰, passaram boa parte da década buscando marcar suas diferenças. Tais diferenças expressam-se tanto na forma de atuação da CUT e da Força Sindical, em sua relação com o Estado e o empresariado, como na postura diante das mudanças que se verificam no mundo do trabalho.

Essa divisão nos meios sindicais se reflete no conjunto dos movimentos sociais. Em que pesem as manifestações genéricas e unificadas contra a exclusão e o desemprego, pelo

²⁹ Cumpre mencionar que, a despeito da fragilização do movimento sindical e da adesão de parte do sindicalismo ao projeto de *contrarreforma* que o Estado e o Capital buscam empreender nos anos 1990, que tem como fundamento a tensão que se reacendeu entre política social e necessidades do mercado, não se obteve um consenso passivo das classes em torno desse projeto. Nos termos de Mota (1995: 64), "apesar das crises gerarem impactos negativos sobre os empregos, salários e mecanismos de seguridade social, elas não criam, mecanicamente, as condições para a burguesia operar sítios nas práticas sociais e nos comportamentos dos trabalhadores". De modo que o movimento sindical, particularmente o sindicalismo cutista, preserva, ainda que num contexto demasiado adverso, algumas chances para capitalizar os descontentamentos e canalizá-los para o apoio ativo em torno de um projeto alternativo que vise à integração à cidadania sem que essa tenha que se associar à subtração de direitos, mas, ao contrário, à sua universalização.

³⁰ A exemplo da luta pela redução da jornada de trabalho e do aperfeiçoamento do programa de seguro-desemprego.

menos, em um aspecto, a divergência era clara, dificultando a constituição de alianças mais consistentes entre o movimento sindical mais combativo, representado na CUT, e demais atores. O discurso desregulamentador que se fortalece nos anos 1990 tem respaldo na sociedade, na medida em que a desmercantilização da força de trabalho vista pelo ângulo da preservação dos direitos atribuídos ao trabalhador formal interessava, segundo aquele discurso, apenas a um grupo cada vez mais reduzido de pessoas, ao passo que o crescente e heterogêneo contingente situado à margem do mercado formal de trabalho desenvolvia expectativas que se distanciavam progressivamente da perspectiva dos trabalhadores formais, tendência que será reforçada pelo discurso governamental que atribuía aos *direitos* o caráter de *privilégios*.

Noutros termos, em contraste com os anos 80, na década de 1990, a defesa dos interesses dos *de dentro* já não se revela plenamente compatível com a perspectiva dos *de fora*. O protesto contra a política econômica, o desemprego e a exclusão unifica os diversos movimentos, mas a formulação de projetos alternativos que pudessem conter o processo de remercantilização foi de certo modo obstada por essa dicotomia.

Em síntese, se, no cenário nacional, os problemas a serem enfrentados pelo movimento sindical se tornam mais complexos, na cena sindical, a divisão e a disputa entre duas tendências bem delineadas impedem uma ação concertada no combate ao desemprego, à crescente exclusão dele resultante e à reconversão do trabalho em mercadoria. O que se observa são, pois, formulações direcionadas ao enfrentamento tópico de determinadas questões, seja reagindo às iniciativas estatais ou as ratificando, mas em geral por meio de uma ação que, porquanto desconexa, revelou-se incapaz de redefinir as regras do jogo, obtendo-se, no máximo, o adiamento de certos lances. O que não é pouco naquela conjuntura extremamente adversa de crise do Trabalho e da forte ofensiva governamental e empresarial em direção à transformação do trabalho em mercadoria, mas insuficiente para conter tal tendência.

Assim, na presença de um mercado de trabalho em retração, de um ambiente político pouco permeável à ação reivindicativa dos trabalhadores e de um sindicalismo cindido, a estratégia de confronto que predominara nos anos 80 e a agenda salarial serão substituídas por uma ação mais defensiva, centrada na garantia do nível de emprego. Tendo como preocupação primordial o desemprego, o movimento sindical amplia sua agenda e de certo modo sofisticava suas formulações, adquirindo uma noção mais integral dos mecanismos que conduzem ao desemprego, agora tido como estrutural e de longa duração. Dessa forma, adota

uma agenda orientada por um amplo espectro de demandas, que ora configura uma reação ao processo de remercantilização da força de trabalho, ora expressa uma tentativa de adaptação às novas condições do mercado de trabalho, ora exprime uma rendição à aceção da força de trabalho como mercadoria³¹.

Noutros termos, o movimento sindical foi levado a postular medidas em várias frentes, buscando conter o processo de remercantilização do trabalho impresso nas investidas empresariais e governamentais em direção à flexibilização das relações de trabalho, ao mesmo tempo em assumia funções que correspondiam às expectativas do mercado, procurando atender às novas exigências dos processos de produção reestruturados³².

Conclusão

Em síntese, a história do movimento sindical no século XX no Brasil tem revelado duas disposições desse ator no que se refere à relação entre Capital e Trabalho. De um lado, a tentativa, via ação coletiva, de estabelecer condições favoráveis à *venda* da força de trabalho, impedindo que seu preço seja determinado pelo intercâmbio entre os capitalistas e os trabalhadores individuais exclusivamente através do mercado. De outro, também através da

³¹ Em LOBO, 2005, verificamos que, enquanto a CUT alterna entre a primeira e a terceira perspectiva, a FS pratica um sindicalismo que pode ser enquadrado na segunda e na terceira. O tratamento direcionado à qualificação profissional é elucidativo. Para a Força Sindical, o envolvimento em políticas de formação aparece como estratégia desde o início, como meio de adequar a ação sindical à conjuntura dos anos 1990. Ao passo que, no âmbito da CUT, o tema sempre foi fonte de controvérsias entre as tendências que atuam no interior da Central, encontrando resistência nas correntes de esquerda, informadas pela noção de que a qualificação profissional é uma exigência do mercado e não uma função do sindicato, e que, ademais, qualificar mão de obra não gera vagas no mercado de força de trabalho. No entanto, ao final da década, a entidade parece ter despendido esforços cada vez maiores em direção à qualificação profissional e intermediação de mão de obra. Para além das possibilidades desses procedimentos estarem informados pelos interesses dos trabalhadores – empregados e desempregados –, o que parecia estar em jogo era a própria sobrevivência da entidade, uma vez que, nesse contexto adverso para a ação coletiva, a adesão a programas de treinamento e intermediação de mão de obra talvez configurasse uma estratégia dos sindicatos e das centrais de aproximação com os trabalhadores, tornando-se, assim, fonte de legitimação, bem como de captação de recursos. Por outro lado, a ação voltada para a formação profissional exprime uma certa rendição aos imperativos do mercado e ao discurso da *empregabilidade*, numa admissão tácita à própria mercantilização da força de trabalho, colidindo, dessa maneira, com a perspectiva que se tornara hegemônica nos anos 1980.

³² Convém adiantar que a qualificação via sindicatos dispensa os empresários de investirem no treinamento de trabalhadores que serão contratados por um curto espaço de tempo. Além disso, o tipo de formação que as empresas estão a exigir para seus trabalhadores "permanentes" é de outra natureza, que não está ao alcance dos sindicatos. De modo que o problema não é o investimento em programas de qualificação, fundamental nesse período de mudança de paradigma produtivo. O que está em questão é a substituição de uma postura reivindicativa mais ampla por uma ação limitada, voltada para a qualificação profissional, por um lado, e a compreensão de que o mercado exige, para compor seu quadro mais estável, trabalhadores com formação regular sólida. A qualificação oferecida pelos sindicatos e centrais não forma profissionais caros ao mercado. Apenas amplia a oferta de trabalhadores a serem selecionados, absorvidos e expelidos pelo mercado de acordo com seus critérios, necessidades e prerrogativas mais imediatas. Por outro lado, a oferta de programas de qualificação parece atender simultaneamente às expectativas dos trabalhadores em busca de qualificação, servindo também de alento ao desempregado, trazendo novos elementos para a discussão.

ação coletiva, a luta pelo estabelecimento de limites à conversão plena da própria força de trabalho em mercadoria, pela sua *desmercantilização*, através de políticas regulatórias, compensatórias, preventivas e redistributivas³³. Nesse caso, o que se busca é reduzir a *força unilinear do capital*, seja mitigando o poder de que dispõem os empresários em relação ao uso da força de trabalho, seja retirando da esfera do mercado aspectos diversos da reprodução da força de trabalho, incluídos os que afetam as condições de existência das diversas modalidades de *superpopulação relativa* que acompanham as diferentes trajetórias de desenvolvimento capitalista.

No limite, a utopia do mercado autorregulado corresponde à imagem de uma sociedade capitalista totalmente mercantilizada. Momento fugaz e improvável, não envolveria qualquer tipo de interferência política no mercado. Por seu turno, a presença de direitos sociais, que tanto regulem as condições da venda e do uso da força de trabalho, bem como assegurem a fruição de bens relacionados à saúde, educação, habitação, alimentação através do provimento público, além de garantir uma renda mínima às pessoas quando o mercado falha ou não as absorve, representaria a utopia da completa desmercantilização, ainda nos marcos da ordem capitalista.

No decorrer da *República Trabalhista* (1945-1964), o movimento sindical brasileiro alcançou conquistas expressivas no sentido da desmercantilização da força de trabalho incluída no universo da *cidadania regulada*. O elenco de direitos assegurados pela Previdência Social brasileira aos trabalhadores formais era bastante amplo, ao passo que a presença de um mercado de trabalho em expansão e a operação de institutos como a estabilidade no emprego, se não chegavam a eliminar, ao menos esmaeciam a força do capital nos processos de contratação e dispensa. Tais dispositivos, contudo, não alcançavam a parcela da população situada à margem do mercado formal de trabalho. Sua inclusão no sistema de direitos existente era apoiada de forma tênue pelo movimento sindical, organizado sob a égide da estrutura corporativa, seja pela ausência de expressões políticas relevantes daquele segmento na cena política, seja pelo temor de que a extensão dos direitos pudesse acarretar a precarização dos benefícios atribuídos aos trabalhadores formais, em função do modelo de financiamento prevalecente. Assegurada por contribuições incidentes sobre a folha de pagamentos das empresas e sobre os salários, corrigidos desde 1954, a estrutura dos benefícios concedida aos trabalhadores do mercado formal era custeada pelo conjunto dos consumidores, incluída a população marginal, despida de qualquer tipo de proteção

³³Para uma tipologia das políticas sociais, conferir Santos, 1979: 58 e ss.

assegurada pelo Estado (DELGADO, 2001). Assim, as formulações do movimento sindical apontavam a continuidade do desenvolvimento econômico como o mecanismo por excelência de inclusão daquela população, ao mercado de trabalho e à cidadania. Ao final do período, quando se reduz o ritmo de crescimento da economia nacional, ganham relevo demandas como a reforma agrária, entendida como um mecanismo de retenção da população rural no campo, de modo a não afetar, por via do aumento da população marginal nas cidades, o poder de barganha dos trabalhadores urbanos, e de reduzir a pressão sobre a estrutura de benefícios prevalecente. Nesse período, o tema do desemprego não chega a suscitar formulações que apontassem para a instalação efetiva do seguro-desemprego, antes revelando a perplexidade diante de um fenômeno recente na trajetória do capitalismo brasileiro.

Nos anos 1980, o País parece reunir condições *ótimas* para o alcance de formas avançadas de desmercantilização da força de trabalho. É expressivo o contingente de trabalhadores no mercado formal de trabalho; o avanço do capitalismo no campo contribui para fomentar a organização dos trabalhadores rurais; ganham relevo diferenciadas expressões políticas da população urbana; emerge o sindicalismo dos assalariados de classe média; aparecem as centrais sindicais, especialmente a CUT, que favorecem o desenvolvimento de uma percepção ampla dos dilemas do mundo do trabalho. Irrompem no prosclênio identidades políticas que interpelam os trabalhadores como classe, ao passo que o ambiente de transição política sugere que o Brasil se encontra num momento de *refundação*, o que estimula a disposição de inscrever na ordem institucional preceitos que corrijam a trajetória de desigualdade que marcou o desenvolvimento capitalista no País. A Constituição de 1988 é o desaguadouro da imensa corrente de participação política que marcou a década de 1980. Elaborada por um Congresso majoritariamente conservador – que chegou a mitigar diversos dispositivos sociais aprovados –, a Constituição incorporou um elenco considerável de medidas que apontavam para a desmercantilização da força de trabalho no País e para a superação da segmentação entre os *de dentro* e os *de fora*, ao dissociar o acesso aos direitos sociais da participação no mercado formal de trabalho. Dos meios sindicais, emanavam reivindicações que expressavam a compatibilidade entre os interesses daqueles dois segmentos, como a defesa da universalização da política social, que viria a alargar o escopo da cidadania no Brasil; a reforma da estrutura fundiária; a luta pela redução da jornada de trabalho, que ampliaria a capacidade de absorção do mercado de força de trabalho; a regulamentação e o incremento do programa de seguro-desemprego, que protegesse o trabalhador expelido do mercado em suas variações cíclicas.

O passado, entretanto, “pesa como um pesadelo no cérebro dos vivos”. O peso das escolhas anteriores criou dificuldades, por assim dizer, para a implantação plena dos dispositivos da Constituição de 1988, que não encontrou, ademais, nos diversos governos que se instalaram sob sua égide, a sintonia e a disposição necessárias para torná-la efetiva. Assim, se tomarmos a política de saúde como exemplo, não obstante os avanços reais representados pela sua universalização enquanto prerrogativa, passou a materializar uma estrutura dual na qual o sistema público atende fundamentalmente – e de forma precária – aos pobres, ao passo que os estratos médios e superiores da pirâmide social buscam serviços privados, que haviam se ampliado com iniciativas tomadas ainda sob o regime militar. Por seu turno, importantes conquistas, como a redução da jornada de trabalho, tiveram mitigados seus efeitos sobre o mercado de trabalho, em face da opção empresarial pelo trabalho extraordinário, cujo enfrentamento foi tímido pelo movimento sindical. A premência da busca individual por uma renda adicional, que compensasse a escalada inflacionária, num quadro de intensa rotatividade da força de trabalho – ainda, parcialmente, um legado do período militar -, realçava no movimento sindical a luta pela recomposição dos salários e adiava o tratamento de temas como os que acabamos de aludir. A própria CUT, principal central sindical à época, viu-se diante da dificuldade de combinar a proposição de redução da jornada de trabalho com a de eliminação das *horas extras*. De todo modo, os anos 80 corresponderiam ao momento em que as formulações do movimento sindical mais se aproximaram da superação da dicotomia entre os interesses dos *de dentro* e dos *de fora*.

Na década de 1990, sopraram fortes os ventos gerados pelo *moinho* do mercado. A crise de refundação dos anos 1980 desembocou em uma solução distinta, que levou Collor de Melo ao poder. Inaugurou-se no País um período de desregulamentação e de abertura da economia, que acelerou os procedimentos de reestruturação das empresas, afetando a estrutura do mercado de trabalho e contribuindo para a redução do poder de barganha do movimento sindical, que, cindido, passa a operar em um ambiente adverso, marcado pela hegemonia neoliberal. O incremento do desemprego e da informalidade elevou os custos da participação na ação coletiva, afetando a *disposição para agir* dos trabalhadores, bem como reacendeu a segmentação entre os *de dentro* e os *de fora* no mercado de trabalho. A consolidação das centrais sindicais iria ser contrabalançada pela pulverização na base da estrutura sindical, *efeito perverso* da autonomia conquistada em 1988. Além disso, os diferentes governos revelaram-se pouco propensos a acolher as demandas sindicais. Assim, o movimento sindical foi levado a adotar uma postura de certa forma defensiva. Por um lado, a contínua presença na

pauta sindical de propostas orientadas para a redução da jornada de trabalho revela a perda de confiança num papel exclusivo do crescimento econômico para a geração de empregos e a permanência da disposição de lutar pela inclusão social através de uma medida que aprofunda a desmercantilização. Por outro, o giro que se verifica no período em direção à qualificação profissional revela como a realidade avassaladora da década neoliberal cobra seu preço, orientando o movimento sindical para as tarefas de preparação dos indivíduos, não mais através da ação coletiva, para a renhida disputa das escassas vagas criadas pelo desenvolvimento capitalista na era do desemprego tido como estrutural.

Se, como afirmamos no início deste artigo, a desmercantilização da força de trabalho constitui um passo importante na conquista da cidadania e, por conseguinte, na consolidação da democracia - uma vez que reduz o desequilíbrio na correlação de forças entre capital e trabalho, fortalecendo as organizações do trabalho e facilitando a adesão à ação coletiva direcionada a novas conquistas sociais, num círculo virtuoso que, ao cabo, tende a produzir resultados de soma positiva -, a década de 1990 pode ter significado uma inflexão na trajetória de consolidação da democracia no país. A remercantilização da força de trabalho aprofundou o desequilíbrio de forças entre Capital e Trabalho, onerando a participação na ação coletiva, que outrora se revelou fundamental para a conquista de diversos direitos ancorados na ideia de cidadania.

Referências

BALTAR, P. E. A. e DEDECCA, C. S. Notas Sobre o Mercado de Trabalho no Brasil Durante a Industrialização Restringida. Campinas, UNICAMP/Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho, Cadernos do CESIT – Texto para discussão nº 12.1992.

BALTAR, P. E. A., DEDECCA, C. S. e HENRIQUES, W. "Mercado de Trabalho e Exclusão Social no Brasil", In: OLIVEIRA, C. A. B. e MATTOSO, J. E. L. (eds.), Crise e Trabalho no Brasil. São Paulo: Scritta, 1996.

BOSCHI, Renato. A Arte da Associação. São Paulo, Vértice, 1987.

BRUNHOFF, Suzanne. A Hora do Mercado: crítica do Liberalismo. São Paulo, Editora UNESP, 1991.

CARDOSO, Adalberto Moreira. Sindicatos, Trabalhadores e a Coqueluche Neoliberal: a Era Vargas acabou? Rio de Janeiro, Editora FGV, 1999^a.

CARDOSO, Adalberto Moreira. A Trama da Modernidade: pragmatismo sindical e democratização no Brasil. Rio de Janeiro, Revan/IUPERJ, 1999b.

CARDOSO, Adalberto Moreira. A Década Neoliberal (e a crise dos sindicatos no Brasil). São Paulo, Boitempo, 2003.

DAHL, Robert. Análise Política Moderna. Brasília, Ed. da UNB, 1988.

DELGADO, Ignacio Godinho. Previdência Social e Mercado no Brasil. São Paulo, LTR, 2001.

DIAP. Relatório – 1886/1987. Brasília, 1988.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. The Three Worlds of Welfare Capitalism. Princeton, Princeton University Press, 1990.

FARIA, Vilmar. “Mudanças na Composição do Emprego e na Estrutura de Ocupações”. In: BACHA, E. e KLEIN, H.S. (eds.) A Transição Incompleta: Brasil desde 1945. Rio de Janeiro, Paz e Terra (vol. 1), 1986.

FIORI, J. L. e TAVARES, M. C. Desajuste Global e Modernização Conservadora. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1993.

HUNTINGTON, Samuel. A Ordem Política nas Sociedades em Mudança. Rio de Janeiro, Forense-Universitária / São Paulo, EDUSP, 1975.

KOWARICK, L. Capitalismo e Marginalidade na América Latina. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1981.

LAVAREDA, Antônio. A Democracia nas Urnas. Rio de Janeiro, Rio Fundo Ed./IUPERJ, 1991.

LOBO, V. M. Os Elos e os Nós. Rio de Janeiro, IUPERJ, tese de doutorado, 2005.

LOBO, Valéria Marques. Democracia e Corporativismo no Brasil. Belo Horizonte, UFMG (dissertação de mestrado), 1995.

MARSHALL, T.H. Cidadania, Classe Social e Status. Rio de Janeiro, Zahar, 1967.

MARX, K. O Capital. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1975.

MATTOSO, Jorge E. L. A Desordem do Trabalho. São Paulo, Scritta, 1995.

MATTOSO, Jorge E. L. “Produção e Emprego: renascer das cinzas”. In: LESBAUPIN, I. (ed.). Desmonte da Nação. Petrópolis, Vozes, 1999.

MELLO, J.M.C. O Capitalismo Tardio. São Paulo, Brasiliense, 1984.

MELLO, M. A. B. C. “Interesses, Atores, e a Construção da Agenda Social do estado no Brasil”. ANPOCS, Ciências Sociais Hoje, São Paulo: Vértice, 1991.

MELO, M.A.B.C. “A formação das políticas públicas e a transição democrática”. Dados: revista de ciências sociais. Vol. 33, n. 3/pp 443-470, 1990.

MENEGUELLO, Rachel. PT: A Formação de um Partido. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1989.

MOISÉS, José Álvaro (et. al.). Contradições Urbanas e Movimentos Sociais. 2ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra/CEDEC, 1989.

MOTA, Ana Elizabeth. Cultura da Crise e Seguridade Social. São Paulo: Cortez, 1995.

OLIVEIRA, Francisco. A Economia Brasileira: crítica à razão dualista. Petrópolis: Vozes, 1981.

POLANYI, Karl. A Grande Transformação: as origens da nossa época. Rio de Janeiro, Campus, 1980.

PRZEWORSKI, Adam. Capitalismo e Social Democracia. São Paulo, Companhia das Letras, 1989.

RODRIGUES, Alberto Tosi. “Ciclos de Mobilização Política e Mudança Institucional no Brasil”. Revista de Sociologia e Política, nº 17, 2001.

SANDOVAL, Salvador. Os Trabalhadores Param: greves e mudança social no Brasil (1945-1990). São Paulo, Ática, 1994.

SANTANA, M.A. Homens Partidos: comunistas e sindicatos no Brasil. São Paulo, Boitempo, 2001.

SANTOS, Wanderley Guilherme. Cidadania e Justiça. Rio de Janeiro, Campus, 1979.

SANTOS, Wanderley Guilherme. Razões da Desordem. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

SIMÃO, Azis. Sindicato e Estado. São Paulo, Dominus, 1966.

SOARES, Laura Tavares R. Ajuste Neoliberal e Desajuste Social na América Latina. Rio de Janeiro, UFRJ, 1999.

SOMARRIBA, M.M. (et. al.) Lutas Urbanas. Petrópolis, Vozes, 1984.

THOMPSON, Edward Palmer. La Miseria de la Teoria. Barcelona, Crítica, 1981.

THOMPSON, Edward Palmer. A Formação da Classe Operária Inglesa. Rio de Janeiro, Paz e Terra, Vol. 3, 1987.

WERNECK VIANNA, Luis. Liberalismo e Sindicato no Brasil. 2^a ed., Belo Horizonte, Ed. da UFMG, 1999.

**LA SUBCONTRATACIÓN COMO INSTRUMENTO DE DESCENTRALIZACIÓN
PRODUCTIVA Y SU INCIDENCIA JURÍDICO-LABORAL**

(PARTE 1)

**OUTSOURCING AS AN INSTRUMENT OF DECENTRALIZATION PRODUCTIVE
LABOUR AND ITS LEGAL IMPLICATIONS**

(1ST PART)

José Luis Monereo Pérez¹

“Vivimos en una época de transformaciones profundas de la vida jurídica en sus fundamentos más íntimos..., los viejos marcos jurídicos han crujido y continúan disgregándose día a día; los nuevos marcos aún están por venir y no percibimos sino sus primeros esbozos. Instituciones inéditas e imprevistas, incomprensibles para el pensamiento jurídico tradicional, surgen de todas partes, con una espontaneidad elemental y continuamente creciente. La discordancia, el abismo me atrevo a decir, entre los conceptos jurídicos consagrados y la realidad de la vida jurídica presente se acusa cada vez más profundamente y amenaza con convertirse en trágica”
Georges Gurvitch²

Resumen: En las últimas décadas, la subcontratación ha dejado de ser un fenómeno relativamente marginal para convertirse en un elemento estructural de gran parte de los procesos productivos. No se trata, desde luego, ante un fenómeno absolutamente nuevo, pero hoy se asiste a una extraordinaria expansión de esta forma de organización empresarial. El Ordenamiento Laboral tiene que dar una respuesta de política del Derecho autorreflexiva, autónoma y garantista -coherente con la Constitución del Estado Social- a nuevo escenario de la organización de los sistemas productivos en constante transformación; aspecto que hoy no se cumple satisfactoriamente. Las “regulaciones” o pretendidas “desregulaciones” normativas liberalizadoras del fenómeno de la subcontratación son en sí mismas desequilibradas, pues favorecen unilateralmente los intereses y libertades de organización empresarial y contribuyen

Artigo recebido em 14 de setembro de 2015

¹ Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – Universidad de Granada, España.

² GURVITCH, G.: *La idea del Derecho Social* (1932), edición, traducción y estudio preliminar, “La idea del ‘Derecho Social’ en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch”, a cargo de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Ed. Comares, 2005, p. 3.

decisivamente a generalizar (desde una “racionalización económica” contrapuesta a la “racionalidad social”) la precarización y mercantilización de las relaciones de trabajo. La nueva organización productiva hace que se tenga que replantear el régimen jurídico laboral de la subcontratación, régimen insuficiente para hacer frente a las nuevas realidades de organización empresarial

Palabras Clave: Descentralización productiva, subcontratación empresarial, derechos individuales y colectivos de los trabajadores, límites de la libertad de subcontratación empresarial, precarización laboral, ordenación jurídica e institucional de la subcontratación.

Abstract: In recent decades, outsourcing has ceased to be a relatively marginal phenomenon to become a structural element of much of the production processes. It is not, of course, to an absolutely new phenomenon, but today an extraordinary expansion of this form of business organization is supported. The labor law must provide a policy response of self-reflexive law, independent and guarantor – in line with the Constitution of the Social- a new stage in the organization of production systems in constant transformation; today look not satisfactorily. The “regulations” or alleged “deregulation” liberalizing regulations of the phenomenon of subcontracting are themselves unbalanced, since unilaterally serve the interests and freedoms of business organization and contribute strongly to generalize (from an “economic rationalization” opposed to the “social rationality”) the precariousness and commodification of labor relations. The new productive organization makes it necessary to rethink the labor legal system of outsourcing, insufficient to cope with the new realities of business organization regime.

Keywords: Decentralization productive, business outsourcing, individual and collective rights of workers, limits freedom of business subcontracting, job insecurity, legal and institutional management outsourcing.

1.El fenómeno de la subcontratación: Realidad y Norma

Es preciso atender a la realidad subyacente de que los actuales procesos de flexibilidad que se ponen en práctica en la experiencia del sistema productivo han puesto en un lugar preeminente la descentralización productiva como técnica de gestión indirecta (de la actividad empresarial y, como se indicará después, de la mano de obra) que consiste en contratar con proveedores externos –que pueden ser otras empresas o personas individuales- ciertas fases o actividades de la empresa con independencia de que con anterioridad las viniera o no desempeñando. La importancia de este fenómeno radica en que las empresas están optando por la vía de la descentralización productiva como la opción de flexibilidad (productiva y laboral), en detrimento de otras fórmulas alternativas posibles y complementarias a la misma.

La descentralización productiva ha sido objeto de distintas denominaciones, a cada cual más imprecisa: tal es el caso de la externalización y el anglicismo “*outsourcing*”. En efecto, para aludir a este fenómeno se utilizan otros términos como sinónimos: concretamente el de externalización o exteriorización de servicios o el de *Outsourcing* (que deriva de los términos *Out* –fuera- y *Source* -fuente, obtener-) aunque aquí se va a tomar como referencia el de descentralización productiva, ya que es más genérico que los dos términos mencionados, pues éstos designan sobre todo a una modalidad de descentralización denominada descentralización sobrevenida derivada (Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C., 2010).

En definitiva, en una definición estipulativa e instrumental, la descentralización productiva es una técnica funcional de gestión empresarial que instrumentalmente se basa en la combinación de tres elementos (Monereo Pérez, J.L., 1994; Sanguineti Raymond, W. 2006): a) La fragmentación y externalización de las actividades que integran un único ciclo de producción funcionalmente estructurado. b) La utilización de empresas especializadas y proveedores “externos”, normalmente en régimen de subcontratación, para su atención, y a través de diversas técnicas de contratación interempresarial. Hay que tener en cuenta, que en el caso de que la empresa principal asigne parte de su proceso productivo, no sólo a una empresa, sino a varios sujetos empresariales implicados, en el que cada empresa lleva a cabo una parte del servicio -utilizando la terminología anglosajona- se conoce con el nombre de *right-sourcing*. c) La coordinación global de la actividad de estos últimos por parte de la empresa principal, que mantiene así el control directivo del entero proceso de producción. La coordinación y la capacidad de decisión de la empresa principal se hace singularmente más intensa en los supuestos –cada vez más frecuentes en la práctica- de descentralización operada en el marco de un grupo de empresas.

La descentralización productiva –y en particular la subcontratación, como modalidad específica de descentralización-, es una activa en expansión que está llamada a presidir el futuro de la organización empresarial descentralizada y flexible. Por lo demás, es de destacar que los sectores en los que se produce la descentralización se han ampliado, yendo mucho más allá de los sectores tradicionales. Destacando en el ámbito europeo el sector del automóvil, en menor medida el electrónico y también el aeronáutico. Asimismo, se está produciendo una fuerte descentralización productiva en el ámbito de la Administración Pública (y singularmente por la vía de la subcontratación).

No se trata, desde luego, ante un fenómeno absolutamente nuevo, pero hoy se asiste a una extraordinaria potenciación y expansión de esta forma de organización empresarial. En el momento presente, los procesos de descentralización están adquiriendo cada vez más relevancia en prácticamente todos los países con sistemas económicos mínimamente desarrollados. Es un fenómeno que tiene una base económica y mercantil (que formaliza ya inicialmente el sistema jurídico; se utilizan instrumentos típicamente jurídicos) y que tiene importantes repercusiones en la gestión del sistema de relaciones laborales. Aunque se va a poner de manifiesto el fenómeno de la descentralización y las modalidades más relevantes que se llevan a cabo en nuestro sistema productivo, la idea básica de este ensayo es analizar –en el contexto más amplio del fenómeno de la descentralización productiva en que se inserta de modo específico– una modalidad de descentralización productiva en el modelo de relaciones laborales. Esta modalidad es la denominada “Subcontratación económica” (o subcontratación de obras o servicios), considerada ésta como uno de los elementos centrales en las grandes empresas y en las nuevas “empresas-red”. Es necesario adoptar un enfoque interdisciplinar (señaladamente, atendiendo a la vertiente económica de los instrumentos de subcontratación), para la comprensión de estos fenómenos dotados de gran complejidad y poliformismo en sus manifestaciones. Pero también teniendo en cuenta la envergadura del problema sociolaboral que plantea el fenómeno de la subcontratación para la articulación de una respuesta adecuada desde de la política del Derecho Social. Es preciso superar el conflicto y el desfase entre los conceptos y categorías jurídicas tradicionales y la realidad actual de las formas de empresa, pues de lo contrario el sistema jurídico no sólo no cumplirá su misión ordenadora de esa realidad, sino que también estará “a remolque” de las transformaciones y la autorregulación impulsadas por los poderes empresariales. En cierta medida, se trata de “recuperar la iniciativa”, por así decir, dado ese desfase y desbordamiento actual del sistema jurídico frente a la

generalización (expansión) de tales fenómenos de efectos colaterales potencialmente “disolventes”.

En todos los supuestos de descentralización, la característica común es que no existe una empresa autónoma que organice todo su sistema productivo, sino que se externalizan las fases de su proceso productivo –haz de actividades conexas e interdependientes- creando una red empresarial. Cuando la empresa realiza la descentralización *a posteriori*, a este fenómeno se le conoce como descentralización sobrevenida, y es la que más se da en la práctica, y la que plantea más problemas jurídico-económicos. Destaca la contratación con empresas independientes de la principal, la contratación con empresas pertenecientes a un mismo grupo, la contratación de trabajadores autónomos, la utilización de las Empresas de Trabajo Temporal y Empresas multiservicios³, la transferencia de empresas y los supuestos de trabajo a domicilio o teletrabajo. Sin embargo, todos los supuestos de descentralización productiva no se pueden incluir en el supuesto de subcontratación empresarial, que desde un punto de vista económico se entiende como la operación mediante el cual una empresa confía a otra (o a un trabajador autónomo) la ejecución de una parte de la producción o de ciertos servicios, de acuerdo con determinadas directrices previamente establecidas. En la subcontratación la empresa (empresa principal) descentraliza contratando con terceros para confiarles la realización (concreta y determinada) de actividades o servicios nucleares, de apoyo o periféricos o de otra índole, en relación a la organización empresarial originaria. En la subcontratación se puede producir un encadenamiento de manera que el contratista subcontrate, a su vez, una parte de la actividad, obra o servicio que recibió como encargo. En este contexto hay que precisar que este término es mucho más amplio que el de subcontratación empresarial en un sentido estrictamente jurídico.

La incidencia laboral (y su modelo de ordenación jurídica) de los procesos de subcontratación de actividades productivas se ha convertido en una las cuestiones más relevantes del Derecho del Trabajo contemporáneo. Y significativamente en los países latinoamericanos se han venido aprobando leyes reguladoras en materia de subcontratación y

³ Se pueden incluir dentro del término global de descentralización productiva las Empresas multiservicios o de gestión integral del ciclo de gestión del contrato de trabajo que además se vienen utilizando en la práctica como una verdadera alternativa al recurso de las ETT. Se comprueba en la práctica que hay empresas constituidas cuyo objeto es “el servicio de asesoramiento fiscal, laboral, contable y financiero de empresas, además de servicio de limpieza, cocina, comedores y subcontratación de dichos servicios, vigilancia de instalaciones, construcción, reparación y mantenimiento de edificios y maquinarias” (GoerlichPeset, J.M., 2001, 42).

sus efectos⁴laborales. Así, por ejemplo, en Colombia (de modo anticipador, en 1965), Chile (2006), Uruguay (2007), Perú (2008), Ecuador, Venezuela (1990), Argentina (1998). En Brasil, se está tramitando actualmente un Proyecto Ley 4330/2004, sobre la “tercerización” de servicios o “subcontratación” de actividades empresariales y sus consecuencias laborales (debatido actualmente en el año 2015). Todas ellas parten de la existencia previa de normas mercantiles que autorizan dicha práctica de la subcontratación como forma de organización descentralizada de la actividad productiva o de determinados servicios necesarios para el desarrollo del ciclo productivo de la empresa principal. Las normas laborales han tratado no sólo de legitimar estas prácticas, sino también de establecer distintos mecanismos de control social y de protección de los trabajadores afectados (sistemas de responsabilidad conjunta entre las empresas; neutralización de la precariedad y del detrimento de la calidad del empleo y, asimismo, del ejercicio de los derechos sindicales de los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas.

La subcontratación empresarial ha adquirido un protagonismo extraordinario en Europa y en España (como también se ha impulsado a nivel mundial). Su avance y su misma heterogeneidad pone en cuestión el marco normativo vigente de regulación iuslaboral de las relaciones laborales, ante todo por lo atiene a sus insuficiencias, ineffectividad y a menudo opacidad respecto al fenómeno en cuestión. Y es que la descentralización productiva en general, y en particular, esa forma cualificada de manifestación que constituye la subcontratación, expresan ante el observador atento cómo se ha venido producido un diversificación en los modos de organización empresarial, los cuales ya no pueden reconducirse de modo generalizado hacia modelos integrados y centralizados de producción y de organización del trabajo del personal que utilizan. Hoy domina la diversidad y la coexistencia de formas centralizadas y descentralizadas, y dentro de estas formas de descentralización flexible con estructura integrada (señaladamente entre empresas que forma parte de grupos de empresas en sus diversas tipologías) y formas de descentralización con estructura no integradas (donde las empresas contratistas o subcontratista no están inmersas en formas de grupo, aunque si puedan estar en una situación de dependencia económica o mercantil respecto de la empresa principal). El problema práctico es la segmentación laboral y la fragmentación de las condiciones de trabajo en el marco de los complejos empresariales que están implicados en un mismo ciclo

⁴ Véase Proyecto de Ley nº. 87, de 6 de abril de 2010.

productivo; y, en relación, a ello la capacidad del ordenamiento laboral de captar el fenómeno y de reorganizar el sistema de garantías o tutelas del trabajo en una realidad tan multiforme y poliédrica (problema de política del Derecho).

Las empresas en busca de una mayor flexibilidad (mercantil y laboral) han conformado su organización productiva a través de la subcontratación como técnica de subcontratación. En las últimas décadas, la subcontratación ha dejado de ser un fenómeno relativamente marginal para convertirse en un elemento estructural de gran parte de los procesos productivos. Si bien es cierto no se ha producido una sustitución de los modelos centralizados; más bien lo que existe es una dialéctica –mediatizada por el interés y la racionalización de tales procesos- entre centralización y descentralización (a veces en el marco de una misma gran empresa o grupo de empresas). La subcontratación presupone la existencia de vínculos de colaboración entre empresas que operan en el marco de un mismo ciclo productivo o complejo de actividades articuladas en red. Esta forma de organización descentralizada supone una superación del esquema fordista de organización empresarial propio de la producción en serie y más adaptada a la especialización flexible (Monereo Pérez, J.L., 1994; 2006). En esa búsqueda de ventajas competitivas las empresas organizan sus ciclos productivos en cooperación con otras empresas formando redes de empresas (de forma originaria o sobrevenida).

Hoy prácticamente no hay ninguna actividad –o sector de actividad- que escape a la posible decisión estratégica de las empresas en organizarse en forma de red (en forma reticular): actividades clásicas de limpieza, mantenimiento de instalaciones, seguridad, gestión económica, servicios informáticos, actividades formativas, servicios de aseguramiento, asesoramiento jurídico, asunción de partes de actividades principales de la empresa comitente (o empresa principal que adopta la decisión descentralizadora), y un largo etcétera. Prácticamente, casi toda actividad puede ser objeto de subcontratación. No es de extrañar que la proliferación de las llamadas “empresas de servicios” y de “multiservicios” en los mercados y en las actividades y servicios de entidades tanto privadas como públicas. Resulta evidente que las transformaciones tecnológicas y las innovaciones de las técnicas de organización “científica” del trabajo han facilitado estas formas de organización de empresas flexibles en red. Pero, en todo caso, interesa subrayar que subcontratar y estructurar complejos empresariales en formas de red constituye una decisión que obedece a una estrategia de la dirección de la empresa para ganar competitividad y rentabilidad en los mercados.

Ahora bien, estas estrategias están teniendo importantes consecuencias en la conformación dualista de los mercados de trabajo, interno y externos a las empresas. El intenso proceso de reestructuración permanente que se viene realizando ha supuesto una segmentación de los trabajadores, con el incremento de la desigualdad en el interior de las empresas de estructura compleja (centro-periferia en el desarrollo global del ciclo productivo) y en el mercado externo, que tiende a conformarse como un mercado dual en el mismo sector con condiciones de trabajo muy diversas para los trabajadores que prestan servicios en empresas pequeñas y medianas descentralizadas, muchas de ellas alejadas del estándar profesional de garantías que confiere la negociación colectiva.

Hay que tener en cuenta que las estrategias de organización y re-organización empresarial suelen estar motivadas en una doble racionalidad: la racionalidad económica (búsqueda del beneficio y del éxito en términos de rentabilidad) y la racionalidad laboral (estrategias de flexibilidad laboral en las distintas dimensiones, flexibilidad interna y externa, funcional, salarial, numérica, cuantitativa, etc.). Las políticas de flexibilidad –incluida su nueva versión a través de formas de flexi-seguridad neoliberal- han supuesto una ruptura radical respecto al principio garantista de estabilidad en el empleo. El lado oscuro de la flexibilidad empresarial (uno de cuyos instrumentos puede ser el recurso a la subcontratación) se manifiesta en la práctica de considerar que la flexibilidad depende en gran medida de la *perpetuación del trabajo contingente y precario* (esto es, trabajo a tiempo parcial, trabajo estacional, temporal o sujeto a contratos de duración determinadas en sus diferentes modalidades), el desplazamiento hacia formas de organización industrial basadas en redes garantiza un reforzamiento, y no una anulación, de la tendencia hacia la polarización, políticamente no deseada, de los ingresos laborales. Esta concepción de la flexibilidad laboral ha supuesto la estabilización permanente de los mercados de trabajo duales, dentro y fuera de la empresa neofordista (externalización). Esa organización basada en la concentración sin centralización –propia de la era de la producción flexible- opera distinguiendo núcleo (centro decisorio) y periferia, a efectos tanto productivos como de diferenciación selectiva de condiciones de trabajo en general.

Se está pasando de la empresa integrada vertical a la empresa modular (empresa en red, organizada de modo reticular). Son las empresas “esbeltas” –pretendidamente innovadoras-, que trabajan en red con multitud de participantes; es la empresa posfordista de la especialización flexible y las nuevas tecnologías. La empresa trabaja en una red, donde se distingue un centro esbelto rodeado de una nebulosa o constelación de empresarios co-asociados (proveedores,

subcontratistas, trabajadores autónomos, etc.). Pero la *dirección y el control del complejo empresarial no se disuelve en la red*, sino que refleja un nuevo tipo de dirección empresarial más flexible *donde quedan implicados una pluralidad de empresarios* que colaboran a través de distintos vínculos contractuales. La empresa sigue siendo, evidentemente, capitalista, como organización de medios y de personas (el personal incorpora el valor añadido básico en la empresa de estructura capitalista). Lo que ocurre es que la empresa contemporánea se “vacía” aparentemente (y a veces también jurídicamente) de trabajadores a su servicio. Sin embargo, un análisis más atento de la experiencia de los epifenómenos empresariales existentes y emergentes muestra que se acaban beneficiando –y utilizando- indirectamente de las prestaciones de los trabajadores adscritos a otras empresas vinculadas o en régimen de colaboración a través de distintos mecanismos (v.gr., empresas red, empresas en régimen de subcontratación, empresas de grupo, trabajo en régimen de empresas de trabajo temporal, etc.). El trabajo es factor productivo y de creación de valor. Por tanto, aunque, por supuesto puede existir una empresa vacía (es decir, sin trabajadores), en la inmensa mayoría de los casos bajo distintas formas de colaboración interempresarial no existe realmente tal empresa vacía, sino un modo de adquisición y utilización indirecta del personal laboral o autónomo (señaladamente, del autónomo económicamente dependiente). En la organizaciones modernas que practican la subcontratación, ésta se puede producir con estructuras de dominación de la empresa principal (descentralización con concentración del poder de decisión y reforzados vínculos de dependencia y sometimiento al poder de la empresa principal), o con estructuras paritarias (donde las empresas involucradas, principal y contratistas/subcontratistas, están en principio en una posición más de igualdad respecto al poder real de decisión autónoma).

En otro plano, las nuevas formas de empresa incorporan nuevas formas de trabajo. Primero, porque la empresa es organización y gestión de personas, de manera a la empresa flexible le acompaña –inevitablemente- el trabajo flexible. En segundo lugar, porque la empresa post-fordista exige una mayor participación e implicación del trabajo. Lo cual implica una mayor autonomía del trabajo, los círculos semiautónomos del trabajo flexible en la llamada especialización flexible -el fomento de los círculos de calidad y de producción. Lo cual significa una “relajación” de la “dependencia” o subordinación técnico-organizativa del trabajador en el marco de la relación de trabajo. Es así que no hablamos sólo de segmentación y polarización, sino también de afectación –con mayor o menor intensidad- de los rasgos tipológicos del trabajador asalariado típico o clásico. Con la particularidad adicional de que se trata de un

cambio de formas de trabajar y de modos de cumplimiento de la prestación de servicios de inequívocas dimensiones estructurales. Las tendencias “depredadoras” (hacia dentro – explotación del trabajo maximizada con las actuales formas de precarización laboral-, y hacia fuera –deterioro medioambiental a través de una explotación sistemática de los recursos) persisten; no han desaparecido con el modelo de organización reticular en el que se resuelven las nuevas formas de empresa en red. En el proceso de racionalización productiva, los nuevos modelos organizativos reticulares, cuestionan las formas tradicionales de subordinación de los trabajadores, evidenciando la falta de correspondencia existente entre la subordinación “jurídica” y la subordinación “real” de los trabajadores a poderes “externos” al nexo contractual que se imponen en los hechos más allá de su formalización jurídica.

Con todo, un análisis objetivo del mundo empresarial pone de relieve que el postfordismo en condiciones de globalización no ha supuesto una pérdida sustancial del dominio de los grandes complejos empresariales, los cuales, eso sí, han instrumentado estrategias de flexibilización interna y externa, conformando redes de producción encadenadas en una misma lógica empresarial de actuación en el mercado (Monereo Pérez, J.L., 2011).

Se indicó que la subcontratación (como en general la descentralización productiva) no opera en el vacío de regulación jurídica, pues se instrumenta a través de técnicas, actos y negocios jurídicos y depende, en gran medida, de los modelos de regulación legal. No obstante, esas técnicas pueden ser indiferenciadas (basadas en las que proporciona el Derecho privado general) o diferenciadas (basada en formas de regulación específica tanto desde el punto de vista mercantil/societario, como desde la perspectiva estrictamente jurídico-laboral). Por lo tanto, la opción entre “regular” y “desregular” es relativa, porque la verdadera opción reside en el modelo de regulación jurídica y de política del Derecho. En el plano de la racionalidad propia del Derecho del Trabajo (sector del ordenamiento jurídico típicamente transaccional o legislación de compromiso, que busca un equilibrio entre la racionalidad social y la racionalidad económica coexistente en el mundo de las relaciones de producción de base capitalista) la regulación comporta una doble virtualidad legitimadora de las prácticas y garantista de los derechos de los trabajadores. En el caso de la regulación laboral de la subcontratación la finalidad de la normativa iuslaboral garantista será necesariamente compleja por su pretensión de establecer un equilibrio (inestable por definición) en la pluralidad de intereses subyacentes o implicados (siempre en tensión) en el desenvolvimiento de tales fenómenos de colaboración interempresarial, vinculados a la libertad de empresa y a la tutela de los derechos de los

trabajadores. Aquí, la pretensión de absolutividad del principio de libertad de organización empresarial –postulada por las orientaciones neoliberales- conduciría a transitar de la reducción del garantismo legal y con ello a transitar de la desmercantilización relativa del trabajo que supone dicha garantía a la mercantilización o, en su caso re-mercantilización, propia de las relaciones contractuales configuradas conforme al Derecho común de la contratación privada (y no con arreglo al “Derecho Social”).

El problema práctico que se plantea es que si el ordenamiento laboral no regula específicamente y si lo hace no establece un modelo de regulación garantista, la decisión empresarial de descentralizar podría permitir, paradójicamente, que se eludan “lícitamente” (sic.) el sistema de garantías laborales respecto de los trabajadores afectados por las operaciones de subcontratación. Ya en sí el empleador podría “vaciar” de trabajadores el núcleo duro de su empresa (reducción del volumen de empleo directamente vinculado al empresario principal), pues la subcontratación posibilita precisamente la gestión indirecta de personal mediante relaciones jurídicas formalizadas entre empresas distintas. El empleo se desplaza, así, de una empresa a otra. Por otra parte, la reducción del empleo de la empresa principal tiene una inequívoca incidencia colectiva, porque dificulta la implantación de estructuras representativas de personal y la acción colectiva de los trabajadores. Por último, la pluralidad de empresarios se traduce también en una fragmentación y diversificación de las condiciones de trabajo de los trabajadores de la empresa principal o comitente (dotado de un estatuto protector más garantista) y de los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas (con un estatuto protector más debilitado en el sistema de garantías). Es así que se crea dentro del mismo ciclo productivo o conjunto articulado de actividades (ejecutado por una pluralidad de empresarios) un “mercado interno” segmentado y dualizado desde el punto de vista del estatuto protector de los trabajadores inmersos en la red de subcontratación. De este modo, la subcontratación en sí merma la efectividad de las garantías laborales.

Las relaciones laborales en la empresa en régimen de subcontratación presenta arduos problemas de instrumentación de una respuesta para la política del Derecho Social del Trabajo Clásico, porque éste históricamente ha conformado su regulación atendiendo a un tipo de organización empresarial donde predominaba la empresa centralizada y la descentralización era utilizada para supuestos donde no había posibilidad de realizar esa actividad por la empresa principal o era difícil realizarla o sólo se recurría a ella para actividades auxiliares de poca trascendencia en el conjunto global de la actividad de la empresa que realizaba el encargo (que

sóla reservase la propia actividad nuclear o más relevante en el ciclo productivo). Este cambio en los modelos de organización empresarial (en la que puede producirse una subcontratación internacional, con la interferencia de empresas contratistas o subcontratistas situadas en otro Estados, dentro o fuera de la Unión Europea) no se ha visto acompañado por una adaptación de las normas laborales, con la consecuencia de que una gran parte de las garantías laborales – individuales y colectivas- previstas por el Derecho del Trabajo Clásico (“garantista”) no ha tenido una efectividad real para los trabajadores implicados en las operaciones de subcontratación o externalización. Esa respuesta insuficiente o inadecuada ha permitido la generalización de la dualización de las relaciones laborales, la precariedad laboral, el debilitamiento de la organización sindical en las empresas involucradas, e incluso la deslaboralización mediante el desplazamiento o sustitución (más o menos forzosa) de trabajadores asalariados propios de la empresa principal por trabajadores (“convertidos en”) autónomos (El trabajo autónomo en muchos casos ha dejado de ser ya una libre elección individual para pasar a ser una imposición por el empleador para el cual se trabaja)⁵.

El ordenamiento laboral tendría que tender a otorgar mayor relevancia al hecho de que se está materialmente (aunque no jurídicamente) ante un “empleador plural” y ante relaciones laborales “triangulares”. Pero esta opción es problemática (y tanto más inaplicable si se condujera a la propuesta de la “personificación” laboral del complejo de subjetividades jurídicas, pues en los supuestos normales –“fisiológicos”- de subcontratación concurre efectivamente una pluralidad de empleadores que colaboran en la realización de un mismo ciclo productivo) para su extensión sin más a los supuestos “fisiológicos” y no “patológicos” de subcontratación productiva. Se han articulado respuestas reactivas y la introducción de

⁵ La subcontratación de trabajadores autónomos es muy frecuente en sus diversas tipologías. La responsabilidad del empresario principal cuando subcontrate con un trabajador por cuenta propia o con un trabajador económicamente dependiente (TRADE), es la misma: la aplicación del artículo 10.2 LETA, que prácticamente transcribe el artículo 1597 CC. Es decir, la protección en estos casos es menor que si se subcontrata a trabajadores por cuenta ajena. Sin embargo, cuando se contrata con Cooperativas de Trabajo Asociado o con Sociedades Laborales, la responsabilidad del empresario principal con los trabajadores de estas empresas es la misma que para los trabajadores por cuenta ajena. Los empresarios cuando deciden llevar a cabo un proceso de subcontratación, en muchas ocasiones lo que hacen es proceder a la conversión de sus trabajadores –por cuenta ajena- en trabajadores autónomos, pues las ventajas son más que evidentes, porque ni se aplica el art. 42 del ET ni se plantea el problema de aplicar la normativa sucesoria; tan sólo les cuesta la indemnización correspondiente por extinción de la relación laboral. Ahora bien, hay que prestar atención, pues en muchos casos son “conversiones” encubiertas para abaratar costes por parte de la empresa principal, que tendrían en su caso los efectos jurídicos oportunos. En muchos casos lo que se produce es una conversión forzada de trabajadores por cuenta ajena en trabajadores autónomos. Se insiste: ser autónomo (autoempleo) ha dejado de ser una decisión libremente elegida, pues es impuesta por la persona para la cual se trabaja (un empresario “fuerte”).

garantías colectivas (Monereo Pérez, J.L., 1994; 2006), pero sería precisa una modulación de las instituciones laborales y de los mecanismos de tutela del trabajador en las empresas flexibles o de empresas de estructura compleja, con la finalidad de impedir que los trabajadores vean menoscabo su estatuto protector. Una de las medidas fundamentales podría ser establecer una *obligación legal de igualdad de trabajo entre los trabajadores* de la empresa principal y los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas cuando se trate de trabajo igual, con la misma categoría o puestos de trabajo equivalentes. Ello podría tener el efecto de disuadir a las empresas a que utilicen la descentralización productiva con la finalidad exclusiva o principal de reducir los costes laborales y la minoración de los derechos de los trabajadores afectados. Por Ley se tiene que equiparar las condiciones laborales de los trabajadores de la empresa principal y de la empresa contratista o subcontratista (Monereo Pérez, J.L., Serrano Falcón, C., 2010).

En la tradición jurídica y en la cultura jurídica de los países europeos la decisión empresarial sobre la instauración de una organización descentralizada del proceso productivo (externalizar o descentralizar en sentido amplio o, en particular, hacerlo a través de la vía de la subcontratación) se considera que corresponde a la libertad de empresa, y por consiguiente pertenece al ámbito de facultades que la legislación infraconstitucional ha de garantizar siempre que no se vulneren otras normas jurídicas, se infrinjan otros derechos legítimos constitucionalmente garantizados, o se realice patológicamente en fraude de ley, abuso de derecho o ejercicio antisocial del derecho (paradigmáticamente, art. 38 Constitución Española; artículos 16 y 54 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y art. 6 del Código Civil). Es así, que el empresario –titular de la libertad de empresa- tiene un amplio poder de autonomía para la organización de su actividad empresarial. Pero esa autonomía no es ilimitada, ni ampara sin más a los supuestos patológicos que suponen la utilización de la subcontratación para con la finalidad de exclusiva o principal de menoscabar los derechos de los trabajadores; es decir, no debería amparar en coherencia subcontrataciones de finalidad meramente especulativa de la mano de obra (es decir, sin estar basada en razones objetivas y técnicas de organización del sistema productivo); ni por supuesto encubrir en la práctica simples cesiones de mano de obra o prestamismo laboral. Interesa recordar que la Constitución jurídica del Estado Social impone límites intrínsecos a la libertad de empresa vinculados al respecto de los derechos de los trabajadores, y al mismo tiempo reconoce y legitima poderes de dirección y control sobre los trabajadores (SSTC 99/1994, fj. 4; 6/1995; 125/1995, fj. 6; 106/1996, fj. 5;

192/2003, fj. 4). La celebración de un contrato de trabajo no supone la privación al trabajador de los derechos que la Constitución reconoce, por mucho que la inserción en la empresa obliga a modular tales derechos en lo estrictamente necesario (SSTC 106/1996, fj. 2 y 5; 99/1994, fj.4 y 7; 125/1995, f.4; 90/1999, fj. 3 y 4; 213/2002, fj. 11; 20/2002, fj. 4; 151/2004, fj. 7; 198/2004, fj.10).

Ciertamente, el reto del Derecho del Trabajo es abordar con el arreglo al principio de realidad jurídico-material que le caracteriza el modo de hacer efectivas las garantías laborales, renovándolas, como condición para hacer frente a las aporías que se plantean por el trabajo a través de la subcontratación tanto en el ámbito individual (pues tiende a diluir o difuminar los contornos del empleador real, en la práctica afecta a la situación de subordinación a la forma de ejercicio de los poderes empresariales, e incide directa o indirectamente en las condiciones de trabajo que soportan los trabajadores de las empresas contratistas, auxiliares, o subcontratistas en un sentido inequívocamente de minoración de los derechos, y con mayores riesgos para la salud y seguridad en el trabajo) como en la vertiente colectiva (la reducción del volumen de empleo trasvasado a las empresas contratistas o auxiliares incide en la dificultad para la constitución de estructuras de representación colectiva de los trabajadores en la empresa; propicia la atomización de la negociación colectiva para trabajadores que prestan servicios en el marco de un mismo ciclo productivo, aunque formalmente sería posible celebrar convenios colectivos para la pluralidad de empresas involucradas en la subcontratación⁶ y también, lógicamente, de carácter sectorial⁷; dificulta la penetración del sindicato en la empresa principal y evidentemente ante la proliferación de pequeñas empresas que se mueven en la constelación de ese forma reticular que representa la red de subcontratación...). Siendo la consecuencia laboral global: una reducción sistemática del poder colectivo, y con ello una mayor individualización de las relaciones laborales y, por tanto, mayores posibilidades de “mercantilización” o “re-mercantilización -si la subcontratación es sobrevenida- de la fuerza de trabajo). Se produce una disociación palmaria entre la realidad material/económica del trabajo (relación del trabajo triangular) y la regulación jurídico-laboral que le sería correspondiente

⁶ Tras la reforma de 2011, a nivel del complejo pluriempresarial (artículos 87 y 88 del ET). Al respecto, *vid. Infra*.

⁷ Y adviértase que “la “diáspora” convencional que procuran, los efectos de la subcontratación sobre la negociación colectiva resultan de la deliberada huida de los convenios aplicables a las empresas principales con un mayor nivel de protección, con ayuda de las resistencias a la actuación colectiva en las empresas contratistas” (Ojeda Avilés, A., 2010, 141).

(montado, tradicional y clásicamente, en la bilateralidad de la relación contractual laboral). Y es que, no se olvide, que la subcontratación comporta una desviación del modelo clásico de organización empresarial y de la forma de organización del trabajo en las empresas; este modelo (de empresa y de trabajo) ha sido el centro de referencia principal del ordenamiento laboral. Ahora el Derecho del Trabajo tiene que hacer frente a un nuevo modelo de empresa flexible y descentralizada (a través de numerosos cauces, entre los que destaca su instrumentación o materialización a través de la subcontratación) y a un trabajo subordinado (o parasubordinado o dependencia económica que debilita la posición del trabajador en una relación contractual de servicios sujeta al Derecho privado común) flexible y descentralizado con la realidad –se quiera o no ver los hechos- de una relación de trabajo materialmente triangular, a pesar de que desde el punto de vista jurídico-formal el empresario principal nunca deviene en parte contractual de los trabajadores que forman parte de la plantilla de las empresas contratistas y subcontratistas. El Derecho del Trabajo tiene que hacer frente a la continua emergencia de nuevos desafíos a nuestra comprensión y capacidad de respuesta reflexiva.

En la “red de subcontratación” se combinan, bajo nuevas formas, la gran empresa flexible con la pequeña empresa “asociada”, conformas de concentración *sin centralización*. De manera que el ordenamiento laboral se encuentra con esa necesidad de afrontar la diversidad, partiendo de la existencia de intensos vínculos de colaboración interempresarial, y de un nuevo papel –en no pocos casos paradójicamente “dependiente”- del trabajo autónomo, semiautónomo o pseudo autónomo (falto autónomo). Y si no lo hace correctamente, ese modo de respuesta de política legislativa permitirá que se instauren nuevas formas de explotación laboral y de “flexibilidad nociva” (en cuyo marco los poderes empresariales tienden hacia el absolutismo, propio de otras épocas, donde se afirmaba el carácter “absolutista de la propiedad”: el “individualismo propietario” o “posesivo”).

Uno de los grandes dilemas para esa respuesta garantista lo plantea el hecho de que estamos ante economías abiertas y en muchos casos las empresas se vienen organizando con formas de colaboración, entre ellas la subcontratación, a escala internacional o europea. En este sentido es harto significativo y preocupante que no se disponga en la Unión Europea de una normativa sobre las relaciones de trabajo en los procesos de subcontratación (A diferencia de lo que acontece respecto, por ejemplo, las Empresas de Trabajo Temporal), evitando la dispersión normativa actualmente existente en los países europeos respecto a las garantías mínimas que han de disfrutar los trabajadores afectados para dichas operaciones de

subcontratación. Dejando a salvo algunas regulaciones puntuales, como las previstas en materia de prevención de riesgos profesionales (Directiva 1989/391/CEE, de 12 de junio, con abundante producción subsiguiente de Directivas de ámbito sectorial) y la más general relativa a las contrataciones públicas (Directiva 1993/37/CEE, de 14 de junio, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, pero cuyo enfoque no es específicamente iuslaboral). Se dispone, así, de un marco normativo exclusivamente nacional (y en general deficiente, al predominar el enfoque patológico y no abarcar todas las instituciones laborales en el sistema de garantías, salvo paradójicamente en los países mediterráneos como Francia, España e Italia) y un inexistente –y significativo– marco normativo de la Unión Europea.

Se puede reprochar a los legisladores nacionales europeos incluso más avanzado en esta materia (Francia, España, Italia, Portugal; por descontado –y resulta significativo– Alemania, Reino Unido y otros países disponen de una regulación más deficiente en materia de subcontratación empresarial, aunque no respecto de otras manifestaciones de descentralización productiva), un planteamiento equivocado de la normativa en cuanto al *tipo de respuesta jurídica e institucional a la subcontratación* empresarial, pues se reside ante todo en una dimensión patológica y parcial (se preocupa principalmente de las situaciones de “anomalía jurídica” del fraude, abuso de derecho, desviación de poder, etcétera); aunque en algunas reformas más recientes se percibe una mayor atención a la vertiente fisiológica o de normalización jurídica e institucional laboral del fenómeno en cuestión (por ejemplo, el tratamiento de los derechos de información y consulta y las posibilidades abiertas a la negociación colectiva en el marco de todas las empresas involucradas en el proceso de subcontratación, como es la admisibilidad ex art. 87, apartados 1 y 2 del ET). Se trata de revisar y replantear la respuesta (activa y no meramente de reacción o retorsión o respuesta “defensiva”) del Derecho del Trabajo ante esa conformación específica de las relaciones laborales triangulares que se aprecian en las operaciones de subcontratación empresarial. Una respuesta coherente y “ofensiva” tiene que atender a la doble dimensión fisiológica (utilización legítima, no especulativa ni fraudulenta de la técnica de la subcontratación) y patológica (práctica desviante respecto de la normalización prevista en el ordenamiento jurídico) del fenómeno de la subcontratación; no puede centrarse exclusivamente en la desviación patológica (anomalía jurídica, más o menos marginal en la experiencia práctica del fenómeno examinado).

Pues bien, en el momento presente esta antigua figura de la subcontratación (pero hoy renovada y adaptada a las nuevas condiciones de organización de la “forma empresa” en el capitalismo avanzado) está siendo objeto de promoción (o potenciación) en el espacio europeo como instrumento de organización flexible de la empresa (descentralizada) y del trabajo (flexible y normalmente precario). Un instrumento que permite el crecimiento de constelaciones de pequeñas empresas vinculadas con otras empresas medianas y grandes, incluidos los grupos de empresas.

Con todo, en esta perspectiva de conjunto se aprecia que el modelo de regulación iuslaboral en vigor en los países europeos *–hic et nunc–* no garantiza un satisfactorio equilibrio entre los intereses empresariales de flexibilización y competitividad y la tutela efectiva de los derechos de los trabajadores concernidos.

La utilización de la descentralización, y, además teniendo en cuenta sus aspectos positivos, tienen su *fundamentación constitucional* en el principio de libertad de empresa consagrado en nuestro texto constitucional, en el art. 38 CE. Concretamente, la STS de 27 de octubre de 1994 (Ar. 8531/1994) señala que “con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse los derechos de los trabajadores”. Así pues, esta compleja red de relaciones de cooperación entre las empresas encadenadas (organizadas tanto en forma vertical como horizontal), frente a la concepción tradicional de la empresa aislada y autosuficiente, tiene su amparo constitucional en las facultades empresariales insertas en la libertad de iniciativa económica ex art. 38 CE. En las distintas fórmulas de descentralización productiva rige la libertad constitucional de empresa, y obviamente incluye la libertad de organización de la actividad productiva como mejor convenga a los intereses de la empresa (art. 38 CE). Se parte de la premisa constitucional de que la descentralización productiva como opción empresarial es lícita. Como ha señalado el Tribunal Supremo, el sistema jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva y así lo reconoce, entre otros preceptos, el art.42 del ET, lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esa vía puedan vulnerarse legítimos derechos de los trabajadores. No se trata de una simple actividad tolerada, sino una actividad legalmente regulada y permitida, en desarrollo del principio constitucional de libertad de empresa (SSTS 17 de

diciembre de 2001, Ar.3026; 27 de octubre de 1994, Ar. 8531). Ahora bien, como se ha señalado, partiendo de la legalidad de la descentralización productiva, y también de los aspectos positivos que suponen a los empresarios implicados, no hay que olvidar que esta nueva forma de entender las relaciones laborales tiene efectos –negativos- para todos los trabajadores afectados; es decir, en muchas ocasiones la descentralización lleva aparejada costes sociales. Y ello porque desde la perspectiva de los trabajadores, aunque la descentralización productiva puede reportar beneficios laborales a los trabajadores que en él intervienen (en algunas ocasiones si el proceso se lleva de forma adecuada, muchos trabajadores pueden verlo como una oportunidad de desarrollo y de promoción y mayor empleabilidad), normalmente los procesos de descentralización productiva producen efectos negativos. Pero, por regla general, produce efectos negativos para los afectados, creando además una sensación de inseguridad en el mantenimiento en el empleo, y además se eluden cargas impuestas por la normativa laboral.

Es así que se parte, como acaba de señalar, de la legitimidad de las prácticas empresariales de subcontratación en virtud del principio de libertad de organización empresarial (art. 38 CE), se advierte que en el ámbito jurídico-laboral concretamente no hay una regulación jurídica que abarque a todos los tipos de subcontratación económica. Y a ello se le suma la dispersión legislativa en esta materia respecto a los supuestos contemplados selectivamente. Por dar una aproximación a la materia, en España contamos con el art. 42 del ET que contiene la regulación de los deberes y responsabilidades empresariales en los supuestos de contratación de obras y servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos; es necesario destacar la normativa civil, concretamente el art. 1597 CC referente al contrato de arrendamiento, y algunos preceptos de la LGSS que hacen referencia a la subcontratación. A ello se le suma la normativa específica sobre subcontratación aplicable a los trabajadores económicamente dependientes (LETA), o una regulación concreta para el sector de la construcción (LSC). Con todo, esta normativa (en España y en los demás países europeos comparables en términos generales) sobre subcontratación es muy limitada, en la mayoría de las ocasiones sólo tienen el propósito de arbitrar un mecanismo especial de responsabilidad, capaz de garantizar el mantenimiento y la integridad de los derechos de los trabajadores que pertenecen a las plantillas de las empresas contratistas y subcontratistas. También garantiza –y sólo en algunos países europeos como, por ejemplo, España e Italia- un control colectivo o sindical de los procesos de subcontratación. Sin embargo, no se da respuesta a otros supuestos de gran interés. De ahí deriva la complejidad del análisis jurídico de la subcontratación empresarial.

Ahora bien, los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE) tendrían que ser equiparados -en cuanto a responsabilidad en materia de subcontratación- al trabajador por cuenta ajena. Debido a la frecuencia con la que se utiliza la subcontratación de trabajadores autónomos y para evitar que sea un mecanismo de eludir responsabilidades por parte del empresario principal, se tendría que equiparar al trabajador por cuenta ajena en materia de responsabilidad en subcontratación. La actual LETA no lo contempla así, pues el artículo 10.2 transcribe lo establecido en el artículo 1597 CC, es decir, la protección en estos casos es menor que si se contrata a trabajadores por cuenta ajena (Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C., 2010).

Al legislador le ha preocupado la lucha contra el fraude y ha establecido un sistema en gran medida cautelar, disuasor y preventivo de prácticas desviadas (o más ampliamente patológicos). Esta perspectiva “cautelar”, de “afianzamiento” y “control” va dejando paso lentamente a un enfoque más completo (integral) de tratamiento del fenómeno desde la perspectiva de la garantía de los derechos sociales de los trabajadores.

En relación a la respuesta jurídica a la subcontratación el marco actual continúa siendo insuficiente (por ejemplo, los tipos contractuales comprendidos) o imprecisos (verbi gracia, el tratamiento del sistema de responsabilidades), o, por último, desorganizado (pues el grupo normativo regulador está excesivamente disperso y ello puede plantear problemas de desajustes disfuncionales y de superposición normativa (art. 42 del ET; art. 24 LPRL; art. 127 y 104 de la LGSS; normativa específica para el sector de la construcción en la LSC, etcétera). De ahí que se postule un tratamiento jurídico-laboral integral del fenómeno de la subcontratación, bien sea en el mismo sistema legal del ET o en una Ley Integral de los efectos iuslaborales de la subcontratación empresarial.

2. Subcontratación entre empresas. “Contratas” y “subcontratas” en el supuesto normativo del artículo 42 del ET

La subcontratación empresarial desde un punto de vista económico es, sin duda, mucho más amplia que desde el ámbito estrictamente jurídico, siendo, criticablemente, su regulación dispersa y muy limitada. El tratar de conocer con rigor técnico-jurídico, además, cuándo procede aplicar el art. 42 del ET se convierte en una labor compleja, que deriva de una falta de precisión del precepto, y asimismo de una doctrina judicial que invoca al casuismo como

método tópico más idóneo para interpretar el art. 42 del ET, con lo que ello suscita en términos de una relativa inseguridad e incerteza jurídica. No se indica con nitidez en la regulación legal los negocios jurídicos que dan lugar a una contrata del art. 42 del ET, y tampoco hay una determinación expresa de qué se entiende por “obras o servicios” correspondientes a la propia actividad. Adelantando una cuestión relevante al respecto: desde la STS 18 de enero de 1995, el Tribunal Supremo ha establecido una doctrina reiterada en el sentido de excluir de la noción jurídicamente indeterminada de la “propia actividad” a las consideradas actividades complementarias inespecíficas; es decir, las meramente “indispensables” para el desarrollo del ciclo productivo, integrando, por el contrario, sólo el supuesto de hecho normativo las actividades “inherentes” al ciclo productivo. Ello supone un vaciamiento extraordinario del supuesto de hecho normativo, pues actividades como la limpieza, vigilancia y mantenimiento normal de la empresa principal o comitente al quedar fuera de la considerada como actividad propia o interna de la empresa implica que los trabajadores quedan privados de las garantías legales previstas para los supuestos de subcontratación ex art. 42 del ET y normas concordantes.

Esta primera aproximación muestra ya las limitaciones intrínsecas de la regulación del art. 42 del ET frente a todos los supuestos de subcontratación empresarial. El art. 42 del ET contiene una regulación de los deberes y responsabilidades empresariales en los supuestos de subcontratación de obras y servicios. Establece sobre todo medidas cautelares, de extensión del campo de responsabilidad en garantía de los derechos de los trabajadores (que no impide las acciones de reembolso o regreso en las relaciones internas) para evitar fraudes o los efectos negativos sobre los trabajadores de situaciones de insolvencia empresarial. Todo lo cual se puede evitar si las empresas vinculadas a través de las operaciones de subcontratación cumplen de buena fe, como es pertinente, sus obligaciones socio laborales. Esta norma no tiene sólo el propósito de arbitrar un mecanismo especial de responsabilidad, capaz de garantizar el mantenimiento y la integridad de los derechos de los trabajadores que pertenecen a las plantillas de las empresas contratistas o subcontratistas. Ahora se comprueba que a pesar de la importancia económica del fenómeno de la subcontratación, actualmente la legislación laboral no se ha adaptado plenamente a una etapa en la que la descentralización productiva, y concretamente la subcontratación, constituye un tipo de gestión empresarial que ha adquirido en la práctica un carácter estructural. A esto se le añade que el precepto ex art. 42 del ET (que es la norma laboral nuclear al respecto) ofrece una redacción notoriamente deficiente e incompleta, anticuada, para dar respuesta a una opción organizativa que se ha consolidado como

una técnica estructural del sistema productivo y, en fin, con una oscura redacción que tiene como efecto un enorme listado de problemas sobre los que se ha pronunciado la doctrina y jurisprudencia, pero se han ido aportando soluciones divergentes en un debate que continúa en la actualidad y que plantea un importante problema de inseguridad jurídica sobre la práctica totalidad de los términos y conceptos del precepto de referencia.

Conforme a lo indicado, el artículo central del Estatuto de los Trabajadores vigente que hace referencia al fenómeno de la subcontratación es el art. 42 del ET, que delimita el campo de aplicación del supuesto de subcontratación de obras y servicios a “los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos”. Y en estos supuestos, se establecen una serie de obligaciones para los empresarios implicados en el trabajo en contratas, y en la imputación a los mismos de cierto tipo de responsabilidades.

Antes de analizar estos supuestos, lo primero que hay que determinar es en qué supuestos se aplica el art. 42 del ET. Para ello se va a dar contestación a tres interrogantes que derivan de lo establecido en este precepto: delimitar los negocios jurídicos que abarcan los supuestos de subcontratación establecidos en el art. 42 del ET; qué se incluye en el término “propia actividad” para que se pueda aplicar el art. 42 del ET.

El art. 42 del ET delimita el campo de aplicación del supuesto de subcontratación de obras y servicios a “los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios...”. El problema está en determinar si la fórmula contractual utilizable sólo se limita al arrendamiento de ejecución de obra (contrato de empresa) y al arrendamiento de servicios, o si por el contrario, abarca otras fórmulas contractuales. Los negocios jurídicos que dan lugar a una contrata del art. 42 del ET, como tipo contractual habitual son: contratas y subcontratas de obras y servicios por empresa o contrato de empresa (El contratista tiene que estar al frente de una empresa, esto es, que la ejecución de la obra o servicios contratados se lleve a cabo mediante una organización propia de medios y una gestión a propio riesgo (García Murcia, 1981, 23). Pero existen numerosos negocios jurídicos, típicos, atípicos, de naturaleza civil, mercantil y administrativa (ejemplos: contratos administrativos, concesiones administrativas) que aunque no se denominen “contrato de empresa” coinciden básicamente en su función económico social. Lo que hay que mirar no es la calificación o *nomen iuris* que hayan elegido las partes, sino si existe un encargo llevado a cabo por un empresario por cuenta de otro como consecuencia de haber llevado a cabo una descentralización productiva.

Quedan excluidos del campo de aplicación del art. 42 del ET todos los tipos contractuales que entrañen obligaciones de hacer: ejemplos: contrato de transporte, contratos de *engineering* y *outsourcing* informático. Por otra parte, el encargo realizado tiene que estar acotado materialmente.

Los contratos o negocios jurídicos que no dan lugar a una contrata del art. 42 del ET son los tipos contractuales que lleven aparejados prestaciones de dar (ejemplos: contrato de compraventa, contrato de suministro⁸, contratos de arrendamiento de superficie o de local de negocio) y los negocios jurídicos donde la obligación de hacer no reúne la nota de especificidad (ejemplo: contratos de distribución comercial, cuya exclusión es criticable: concesión mercantil, agencia, mediación o corretaje, contrato de comisión y la franquicia) (Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C., 2010).

Es así que el problema que plantea la falta de delimitación de los negocios jurídicos que abarcan los supuestos de subcontratación es que muchas empresas utilizan determinados negocios jurídicos que están fuera del concepto de contrata que define el art. 42 del ET y que por tanto no se aplica el régimen de responsabilidades previsto en este artículo, por lo que el empresario principal no asume las responsabilidades previstas en el art. 42 del ET.

Aparte de que el art. 42 delimita su ámbito de aplicación a sólo determinados negocios jurídicos, las obras o servicios que contrate el empresario principal tienen que ser correspondientes a la propia actividad de aquéllos. Parece entonces deducirse que el legislador al incluir el término “propia actividad” quiso que se quedaran fuera del art. 42 del ET, y por tanto del régimen de aplicación de responsabilidades en estos casos, determinados supuestos de subcontratación. Pero lo hizo de forma abstracta y a través de un concepto jurídicamente indeterminado: la “propia actividad”. La jurisprudencia, dependiendo del momento, ha ido ampliando o restringiendo el término de propia actividad. Así, en los años setenta, la jurisprudencia mantuvo un criterio prevalentemente extensivo respecto al alcance del término de propia actividad; en los años ochenta, el criterio fue más restrictivo, al identificar propia actividad con la misma actividad, por lo que se quedaron automáticamente fuera las actividades complementarias, auxiliares y accesorias (limpieza, servicios de cafetería, comedor, vigilancia, operaciones de mantenimiento, etc.). Este criterio restrictivo implicaría excluir del ámbito de aplicación del art.42 a la inmensa mayoría de las contratas de servicios.

⁸ Pero hay que advertir que si en este tipo de contratos la prestación de hacer se presenta sustancialmente unida a la de dar pueden dar lugar a una contrata de obras o servicios (Montoya Medina, 2004, 74).

Es desde esa fecha y hasta la actualidad, cuando se consolidan los pronunciamientos del Tribunal Supremo en unificación de doctrina. Es de destacar la STS de 18 de enero de 1995 (Ar 514), (y otras posteriores: STS de 24 de noviembre y 29 de octubre de 1998, Ar 10034 y 9049) en el que incluye en el término “propia actividad” las tareas que integran materialmente el ciclo productivo de la empresa principal por pertenecer al núcleo de actividades desarrolladas por esta y, por otro lado, las tareas accesorias o complementarias pero sólo cuando son absolutamente esenciales para el desarrollo de aquéllas. De esta interpretación podríamos hacernos la pregunta siguiente: ¿están incluidas o excluidas del concepto de propia actividad las actividades complementarias o auxiliares y las accesorias? Ya se ha que el propio Tribunal Supremo en unificación de doctrina no da una solución exacta e invoca al casuismo como método más idóneo para efectuar una adecuada interpretación cabal. Los tribunales vienen entonces realizando una adaptación flexible a través del examen ponderado de cada supuesto específico.

La noción legal de “propia actividad” siempre ha sido objeto de controversia, pues constituye un concepto jurídicamente indeterminado que tiene la funcionalidad de limitar al ámbito de aplicación de la normativa de garantía de los derechos de los trabajadores en los supuestos de subcontratación empresarial. Hay dos grandes interpretaciones su alcance: una interpretación amplia (que haría referencia a todas las actividades indispensables para el ciclo productivo de la empresa principal o comitente, y necesarias para organizar el proceso productivo, lo que permitiría incluir las actividades complementarias y auxiliares. Todas esas actividades indispensables formarían parte del ciclo productivo o de haz de actividades necesarias para la realización del buen fin de la empresa principal) y una interpretación restrictiva (se aludiría exclusivamente a las actividades esenciales de la empresa principal o comitente, esto es, la función que sería inherentes al núcleo o actividad principal de la empresa principal o comitente, de manera que quedaría excluidas las actividades o trabajos complementarios o auxiliares, que no formarían parte del fin y de los resultados de la empresa, aunque estos fuera indispensables e imprescindibles, como las actividades de transporte, vigilancia y seguridad, servicios de comedor, servicios de cafetería, actividades de limpieza, etcétera. Sólo las actividades inherentes al fin principal de la empresa integraría el ciclo productivo en sentido estricto y restringido). Teniendo en cuenta que no existe una definición legal de “propia actividad” y tampoco ninguna definición ontológica de “ciclo productivo”, se puede comprender las oscilaciones de la doctrina jurisprudencial, la cual finalmente, utilizando

una jurisprudencia de “indicios” y, por tanto, un análisis detenido de cada supuesto concreto, se inclinó por la exégesis restrictiva (paradigmáticamente, STS de 24 de noviembre de 1998, rcu, núm. 517/1998, que considera estrictamente la noción de “propia actividad” como referente únicamente a aquella que engloba las obras y servicios nucleares de la empresa principal o comitente). Pero una tal interpretación de un concepto jurídicamente indeterminado que sirve de condicionante para delimitar el campo de aplicación de las normas que garantizan los derechos de los trabajadores lo que produce es un efecto expulsivo de trabajadores que prestan servicios para empresas contratistas o subcontratistas que realizan actividades complementarias, accesorios o auxiliares para beneficio de la empresa principal o comitente que realiza el encargo en la relación entre contractual por empresas y entre empresas. En otras palabras: un “vaciamiento” progresivo de las normas laborales, con la reducción de las garantías laborales muy especialmente para los trabajadores del “mercado secundario” de la subcontratación (lo cual fue ya advertido antes del giro jurisprudencia en la línea de orientación restrictiva, Monereo Pérez, J.L, 1994, 79-88; y posteriormente, 2006). La inseguridad e incerteza en la delimitación entre actividades principales, complementarias y accesorias necesarias, como tampoco siempre entre lo que se considera “indispensable” o “inherente”, se acentúa en los supuestos de subcontratación en el marco de las Administraciones Públicas, pues excluidas las funciones públicas en sentido estricto que impliquen el ejercicio de autoridad pública, la contratación administrativa puede tener cualquier objeto siempre que su necesidad para los fines del servicio público que se presta se fundamente en el expediente administrativo correspondiente. Aquí tampoco existe un concepto *in rerum natura* que permita fijar con criterio general las diversas fases y operaciones en cuestiones, resulta prácticamente imposible determinar con plena seguridad si una concreta actividad forma parte o se integra en un ciclo productivo cuyos límites precisos se desconocen y han de ser indagados en cada caso y bajo la prueba de indicios (Rodríguez Escanciano, S., 2011, 231 ss.).

Las aporías son innegables sobre todo cuando se constata no sólo la indeterminación intrínseca de lo que se pueda entender por “propia actividad” o por “ciclo productivo”, sino también por el carácter dinámico de estas nociones cuando se generalizan significativamente en la actividad de mercado de las “contratas de servicios” y de las “empresas de servicios” y “multiservicios”. Reflejando la idea de ciclo productivo es contingencias y dinámica atendiendo la evolución, al desarrollo, de las formas de organización empresarial vinculadas a la movilidad del capital en un contexto en constante cambio. Precisamente, en dichas empresas de servicios

y multiservicio no resulta tan fácil deslindar “propia actividad” y “ciclo productivo”, porque actividad nuclear y central del fin de la empresa y actividades complementarias, accesorias o principales se torna una cuestión ciertamente “difusa” y muy difícil de precisar en sus fronteras. Y precisamente en estas contrataciones de servicios y empresas “de servicios” o “multiservicios”, donde la distinción entre contrataciones y pseudocontrataciones (calificación que conduciría directamente a considerar que estaríamos ante una cesión ilegal de trabajadores o prestamismo ilícito de mano de obra, por aplicación del grupo normativo formado por los artículos 42 y 43 del ET) es mucho más imprecisa, es donde tendría más sentido político-jurídico la aplicación del sistema de garantías legales en defensa de los derechos individuales y colectivos/sindicales de los trabajadores involucrados en las operaciones de subcontratación. Por lo demás, ya resulta bien significativa la disfuncionalidad que se hace tanto más visible y evidente al exigir por imperativo legal el requisito de la concurrencia de la propia actividad en materia de prevención de riesgos laborales (art 24.3 LPRL). Es necesario evitar la exclusión de ningún supuesto de subcontratación, pues se constata que precisamente las manifestaciones de subcontratación que se están excluyendo (por entenderse que no forman parte del ciclo productivo, no son propia actividad de la empresa principal, lo que producen es el efecto paradójico de privar de garantías de protección social a aquellos trabajadores que más lo requerirían (las contrataciones y subcontratas suelen tener índices de precariedad e inseguridad laboral mayormente en las actividades complementarias, auxiliares o accesorias; y, en relación a ello, las mismas empresas contratistas/subcontratistas que se ocupan de dichas actividades suelen tener unas condiciones de dependencia económica mayor –y consiguiente una autonomía decisoria y funcional más limitada- respecto a las empresas principales). Por ello, habría que volver a realizar una interpretación extensiva (de “textura abierta”) del concepto de “propia actividad” (como efectivamente se hacía en los orígenes históricos de la aprobación de tales preceptos garantistas), o, mejor alternativa aún por ser más coherente y menos forzada en la hermenéutica del precepto examinado, proponer como reforma de *lege ferenda* la supresión del requisito de “propia actividad” como condicionante del ámbito de aplicación del sistema de garantías sociales para los trabajadores en los fenómenos de subcontratación empresarial. De este modo la *ratio legis* de la normativa garantista se realizaría plenamente al establecer mecanismos preventivos y disuasores (pues el sistema de responsabilidades interempresariales operaría ante los empleadores involucrados como un *efecto típicamente preventivo*, es decir, como una anticipación de la “amenaza” de las posibles consecuencias que tendría para ellos un

comportamiento desviante (incumplimiento -o una falta de vigilancia adecuada; o situaciones de insolvencia objetiva o buscada como anomalía de conducta jurídica-de la normativa laboral y de Seguridad Social por cualquiera de las empresas inmersas en la cadena de subcontratación o “red de subcontratación”). La superación *lege ferenda* del concepto de propia actividad debe pasar por una reforma legislativa que lo suprima, quedando, entonces, comprendidas en la normativa garantista preventiva y, llegado el caso reparadora, todos los supuestos que verdaderamente sean encuadrables dentro de la subcontratación como técnica específica de descentralización productiva y funciona. La solución no es descabellada desde la lógica interna de *ratio legis* de la normativa de garantías laborales en los procesos de subcontratación. Por lo demás, resulta significativo que se cuente ya con la experiencia legislativa italiana de hace más de una década que de modo pragmático ha eludido toda pretensión de interpretaciones ontológicas de conceptos jurídicamente indeterminados al extender la responsabilidad solidaria y consagrar el principio de equiparación en el tratamiento iuslaboral entre los trabajadores de la empresa principal y de la contratista/subcontratista en todas las contrataciones de servicios, sin más (Decreto Legislativo de 10 de septiembre de 2003). Al final se llega a la conclusión de que todas las contrataciones/subcontratas se realizan precisamente porque son necesarias –y en alguna medida indispensables- para el desenvolvimiento del objeto y de la actividad empresarial en la que está involucrada la empresa principal o comitente. Aplicando el sistema de garantías legales preventivas, cautelares, colectivas/sindicales y de reforzamiento de la responsabilidad conjunta empresarial entre los empleadores implicados en la subcontratación empresarial.

3.El sistema de garantías jurídicas individuales. En especial, la responsabilidad en materia de Prevención de Riesgos Laborales

Se puede comprobar, pues, cómo efectivamente el art. 42 del ET no regula todos los supuestos de subcontratación empresarial, tan sólo se refiere a las subcontratación de propia actividad. Y en relación a este tipo específico de subcontratación no se regulan todos los aspectos jurídico-laborales, sino la responsabilidad en la que puede incurrir el empresario principal ante incumplimientos en materia laboral y de Seguridad Social, los deberes de información de la empresa contratista-subcontratista tanto a sus trabajadores, a los representantes legales de los trabajadores de su empresa, y a la Tesorería General de Seguridad Social, así como la obligación de la empresa principal de informar a sus representantes de

trabajadores de la realización de subcontratación, pues lógicamente va a afectar de algún modo a los trabajadores de su empresa.

Hay que tener en cuenta que el art. 42 del ET no realiza, desafortunadamente, un tratamiento completo del régimen jurídico laboral de la subcontratación. Además de haber limitado el campo de aplicación, reduce su regulación a las responsabilidades que en materia “salarial” y de Seguridad Social pueden incurrir el empresario principal, así como algunas obligaciones de la empresa principal y el contratista. Por otra parte, hay un supuesto de imputación *preventiva* de responsabilidad de la empresa principal y de las empresas contratistas y subcontratistas, en el marco de la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social. Se establece que: “De las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores [el “empresario principal”] responderá solidariamente *durante el año siguiente a la finalización del encargo*” objeto de la subcontratación (art. 42.2, párrafo 2º, del ET), conforme a la redacción dada por la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social). De este modo, el empresario principal, no queda liberado por completo de corresponsabilidad respecto de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas/subcontratistas. La norma refuerza la tutela del crédito salarial, pero también tiene la finalidad preventiva de evitar supuestos de fraude o abuso de derecho en las operaciones de subcontratación. En materia de Seguridad Social se impone, además, un deber de comprobación del cumplimiento de las obligaciones de alta en la Seguridad Social de los trabajadores en los supuestos de subcontratación (art. 5 del RD.-Ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido). Preside aquí, igualmente, la finalidad de lucha contra el fraude a la Seguridad Social (Véase Ley 13/2012, de 26 de septiembre).

Ahora bien, otro tipo de responsabilidades (como es en materia de Prevención de Riesgos Laborales), están reguladas en su normativa específica. En cuanto a la Responsabilidad en materia salarial, significa que el trabajador ante deudas que estrictamente correspondan a materia salarial y que se hayan originado durante el período de vigencia de la contrata, *puede dirigirse contra todos los coobligados solidarios o contra el que considere más oportuno (operativamente, el solvente)*. No existe en el art.42 del ET la carga jurídica –procedimental o procesal- de perseguir en primer lugar el patrimonio del empresario que lo contrató –es decir, el empresario contratista- y sólo posteriormente, y una vez que no se haya obtenido la cantidad adeudada, se podrá dirigir contra el patrimonio del empresario principal. Ello es así porque en

el art. 42 del ET se consagra un régimen de responsabilidad solidaria pura; no un mero afianzamiento de la responsabilidad en sentido técnico, ni una especie “sui generis” de responsabilidad subsidiaria. La garantía de la solidaridad impuesta en dicho precepto lo es en las relaciones externas frente a los trabajadores (y en interés de estos), sin perjuicio de la derivación de la responsabilidad en las relaciones internas entre los coobligados en solidaridad a través de la pertinente acción civil de reembolso o regreso. La prevista es un tipo legal de solidaridad en interés ajeno (los trabajadores) y por deuda de otro (empresario contratista o subcontratista). El tenor literal del art. 42 del ET no puede ser desvirtuado insatisfactoriamente a través de una interpretación contraria al mismo y restrictiva de los derechos que corresponden al trabajador (y en el caso de las responsabilidades por obligaciones de Seguridad Social, también a las entidades del sistema institucional de Seguridad Social).

Por su parte, el bloque normativo en materia de responsabilidad en materia de Seguridad Social es uno de los temas más imprecisos en nuestro ordenamiento, y ello porque contamos con dos preceptos: el art. 42 del ET y el art. 127 LGSS cuyas respectivas regulaciones tienen que ser coordinadas. El término utilizado en el art. 42 del ET hace alusión a “obligaciones referidas a la Seguridad Social”, por lo que su alcance se muestra muy extensivo. Ahora bien, no siempre el empresario principal va a incurrir en responsabilidad pues se libera de tal responsabilidad cuando comprueba -solicitando a la TGSS una certificación negativa de descubiertos- que el contratista está al corriente del pago de sus obligaciones de Seguridad Social. Además, el ordenamiento prevé que el empresario principal sea responsable solidario en materia de infracciones de naturaleza administrativa cuando el contratista (en una contrata de propia actividad) de ocupación a perceptores de prestaciones periódicas de la Seguridad Social incompatibles con el trabajo.

Dentro del sistema de responsabilidades en la que pueden incurrir los empresarios implicados en un proceso de subcontratación, la más complicada y difícil de interpretar es la referida a las obligaciones en materia de Seguridad Social. Y ello porque además del precepto del ET que trata la subcontratación –art. 42 del ET- contamos con otro precepto en nuestro ordenamiento, y es concretamente el art. 127 de la LGSS, cuyas respectivas regulaciones tienen que ser coordinadas.

Pese a no estar expresamente incluido en el art. 42 del ET, la normativa específica de la LPRL (art. 24) prevé determinadas obligaciones en materia de prevención en los supuestos de “coordinación de actividades empresariales”. En materia de contratas (art. 24.3 LPRL) se limita

la responsabilidad a las de propia actividad y que la actividad de los trabajadores se desarrollen en el mismo centro de trabajo de la empresa principal, requisitos criticables a los fines de garantía del derecho a la salud de los trabajadores.

Señalar que el art. 42 del ET, en lo que se refiere a las Responsabilidades del empresario principal, sólo se refiere explícitamente a la salarial (siendo criticable que no se haga una referencia más amplia a las obligaciones “laborales” en su conjunto) y a la de Seguridad Social. La Responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales queda regulada en la LPRL, que ha previsto con carácter expreso y de modo general una serie de obligaciones para los supuestos de colaboración entre empresas. El art. 24 LPRL establece determinadas obligaciones en materia de prevención en los supuestos de “coordinación de actividades empresariales”; fenómeno que refleja la intensificación actual de los mecanismos de colaboración entre los empresarios y, a consecuencia de ello, la existencia de una comunidad heterogénea de trabajadores en relación con el mismo lugar o ambiente de trabajo más allá de la pluralidad de empresarios concurrentes. Factor que es jurídicamente relevante. Los objetivos generales del deber general de coordinación interempresarial son concretados en el art. 3 (relativo a los objetivos de la coordinación) del RD. 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el art. 24 de la LPRL, en materia de coordinación de actividades empresariales. A través de las obligaciones establecidas se trata de adoptar medidas eficaces de prevención de riesgos en los supuestos de descentralización productiva, en la convicción de que es insuficiente la regulación general en la materia; hecho tanto más relevante en un contexto caracterizado por la intensificación y diversificación de las distintas formas de colaboración entre los empresarios. Concretamente, el art. 24.3 LPRL, al igual que hace el art. 42 del ET, limita tal responsabilidad a las contratas y subcontratas de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas. Pero, además es necesario un requisito que no está presente en el art. 42 del ET, y es que las actividades de los trabajadores pertenecientes a las respectivas empresas se desarrollen en un mismo centro de trabajo. En definitiva, se tienen que dar los dos requisitos para que el empresario principal sea responsable en esta materia: que se lleve a cabo una operación de subcontratación de “propia actividad” y que las actividades en régimen de gestión indirecta se realicen en el mismo centro de trabajo de la empresa principal. No obstante, es criticable que a los fines de garantía del derecho a la salud de los trabajadores la norma haya condicionado la aplicación del régimen de responsabilidad –de finalidad “cautelar”- en materia preventiva a la subcontratación de “propia actividad”. Lo importante aquí no es ciertamente la dimensión

productiva de la forma de subcontratación operada, sino la exigencia de que en todo supuesto de subcontratación queden efectivamente salvaguardados los derechos básicos a la vida e integridad del trabajador. La garantía no debe mirar tanto al objeto de la descentralización como al problema práctico y nuclear de garantizar la tutela de la salud de los trabajadores en situaciones de subcontratación particularmente sensibles a la producción de siniestros profesionales (No se olvide que en las actividades en régimen de subcontratación se concentran una parte significativa de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales). El condicionamiento geográfico sobreañadido a los requisitos que establece el art. 42 del ET supone una reducción sensible del campo de aplicación, por más que numerosas contrataciones estructurales se ejecuten en el interior de la empresa principal.

No es baladí hacer notar que la subcontratación y la precariedad laboral (al fin y al cabo la misma subcontratación acaba siendo una práctica empresarial que fomenta la precariedad), han sido causas determinantes –o que al menos han propiciado- del aumento de la siniestralidad laboral en el año 2014. El Ministerio de Empleo y Seguridad Social ha publicado recientemente las estadísticas de accidentalidad del año 2014, las cuales muestran en términos generales un aumento de la accidentalidad respecto al año anterior en un 1.2%, siendo 565 los trabajadores fallecidos durante su jornada laboral. En relación con los accidentes laborales con baja el aumento fue más elevado, en concreto un 3.1% respecto al 2013, lo que supone 482.578 accidentes laborales con baja. De estos 417.377 ocurrieron durante la jornada laboral y 65.201 fueron accidentes *in itinere*. En comparación con los datos del año anterior, se producen subidas del 3,2% en los accidentes en jornada y del 2,3% en los *in itinere*. Los datos revelan que sigue produciéndose un mayor número de accidentes de trabajo sin baja, algo que se viene repitiendo desde que comenzó la crisis tal y como denuncia el sindicato UGT manifiesta que, en muchos casos, los trabajadores están asistiendo enfermos a sus empresas. Por Comunidades Autónomas, Cataluña es la que ha registrado el mayor número de accidentes de trabajo con baja, en concreto 67.935 y Andalucía donde se produce mayor número de accidentes graves y donde se registra mayor número de trabajadores fallecidos. La precariedad que se está produciendo a lo largo de la crisis y que se ha incrementado en el último año es una de las causas de que se esté produciendo este mayor aumento de los accidentes de trabajo. La temporalidad, la subcontratación y el empeoramiento de las condiciones de trabajo están repercutiendo en un descenso de la salud laboral. Para terminar con estas elevadas tasas de siniestralidad el sindicato exige que se extreme la vigilancia y el control en el cumplimiento de

la ley por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, un mayor compromiso de las empresas y las Administraciones para que integren la Prevención de Riesgos Laborales⁹.

Hay que tener en cuenta que en la subcontratación convergen los dos factores determinantes, es decir, la subcontratación como factor de riesgo y la temporalidad de los trabajadores vinculada a la vigencia (temporal) de la contrata o concesión administrativa correspondiente.

Resulta paradójico que en materia de Prevención de Riesgos Laborales, aún queda más limitada la responsabilidad que las que quedan establecidas en el art. 42 del ET. Por ello, se debe proponer eliminar -para que haya responsabilidad solidaria en este ámbito- los requisitos de propia actividad y el que se desarrolle la prestación de servicios en el centro de trabajo de la principal (art. 24.3 LPRL). De este modo la responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales alcanzaría a todos los supuestos de contratación y subcontratación (Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C., 2010).

⁹ El Informe completo:<http://www.empleo.gob.es/Estadisticas/EAT/Eat14dicAv/index.htm>. Fuente: ugt.es/empleo.gob.es.

LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS “EXPATRIADOS” LABORALES¹

THE LEGAL STATUS OF “EXPATRIATE” WORKERS

Antonio Ojeda Avilés²

Resumen: El concepto y regulación de trabajadores desplazados es el más conocido y aplicado dentro de la Unión Europea para designar a quienes son enviados por su empresa temporalmente a otro país europeo, pero fuera de nuestra Unión el concepto universalmente utilizado es el de expatriado. Este artículo analiza sus diferencias con el desplazado y el emigrante, así como la situación legal y las normas que regulan el viaje, residencia, trabajo y repatriación de ellos, incluyendo las políticas de asignaciones internacionales de algunas multinacionales, y la legislación de expatriados de los países de acogida, tomando como ejemplo la legislación de Emiratos Árabes Unidos.

Palabras clave: Expatriados, desplazados, movilidad geográfica, movilidad internacional, emigración, manual de expatriado, expatriate’s manual, international assignment policy, repatriación.

Abstract: The concept and regulation of posted workers is in European Union the normal concept for those who are sent by their firm temporarily to other European country, but outside our Union the universally accepted concept is that of expatriate, fully unknown in Spain. This paper analyzes their differences with posted and migrant workers, as well as the legal situation and rules governing the travel, residence, work and return of them, including international assignment policies of some multinationals, and the legislation for expatriates of the reception country, taking as example the legislation of United Arab Emirates.

Artigo recebido em 16 de julho de 2015

¹ Una versión inicial de este trabajo se ha publicado en el número monográfico 1 (2015) de la Revista Trabajo y Derecho (Madrid) dedicado a Transnacionalización de Derecho del Trabajo y empresas multinacionales. La versión actual ha sufrido algunas modificaciones puntuales, aunque es básicamente la misma.

² Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad de Sevilla, España.

Key words: expatriates, displaced people, geographic mobility, international mobility, migration, expatriate's manual, international assignment policy, repatriation.

1. Propósito

La situación del trabajador internacional plantea siempre grandes incógnitas, aunque últimamente su régimen jurídico parece aclararse a través de la práctica de las empresas multinacionales. En realidad va surgiendo ante nuestros ojos una dicotomía, una dualidad, entre el emigrante tradicional y el expatriado de élite. Dos conceptos procedentes del mundo anglosajón, “expatriados” y “asignaciones internacionales”, se están abriendo paso en todo el mundo y también en nuestra jurisprudencia, como reflejo de un nuevo tipo de movimientos migratorios de nuevo cuño, donde la iniciativa la llevan las empresas multinacionales a la hora de mover por todo el globo a sus élites y cuyo régimen jurídico nada tiene que ver con el de las grandes oleadas migratorias de otras épocas. El esplendor de ambos conceptos coincide con los efectos de la crisis en España, y en especial con la necesidad de una gran parte de los recién egresados universitarios de hallar trabajo fuera de nuestras fronteras. Quiénes son en sentido estricto, cuál sea su contrato y sus condiciones de trabajo, cómo se produce la asignación internacional y bajo qué régimen jurídico, forman el conjunto de problemas que trataremos de analizar a continuación.

2. Implantación del neologismo

Desde hace al menos quince años, los tribunales españoles vienen conociendo el concepto de “expatriado” y le dedican una atención progresiva en los asuntos referidos a las relaciones entre trabajadores y empresas multinacionales, tanto en las salas de lo social como de lo contencioso-administrativo³, con soluciones cuya reiteración forma paulatinamente una

³ En la base de datos CENDOJ del CGPJ las primeras sentencias que mencionan el concepto expatriado son las del TSJ Madrid de 19 de octubre de 2000 (R. 2520/2000), de la Audiencia Nacional de 16 de octubre de 2002 (R.710/2001), y del TS de 30 de octubre de 2001 (R. 4467/2000), salvo error u omisión. La literatura científica de Recursos Humanos sobre expatriados se remonta a la década de los ochenta: BORG M., *International Transfers of Managers in Multinational Corporations*, Universidad de Uppsala, tesis doctoral, 1987; BREWSTER C., “The Management of Expatriates”, *Human Resources Research Center Monograph 2*, Cranfield School of Management, 1988; libro del mismo autor, con igual título, en Editorial Kogan Page, Londres 1991; BLACK J.S. y STEPHENS G.K., “The Influence of the Spouse on American Expatriate

doctrina capaz de integrar los enormes vacíos existentes en el nivel legislativo. En los muy raros convenios colectivos donde hallamos alguna atención a la movilidad transnacional también comienza a aparecer esporádicamente el concepto de expatriado, si bien los términos más usuales para denominarlos suelen respetar las denominaciones tradicionales de desplazados y trasladados al extranjero, con la confusión derivada de aplicar distintos conceptos que por añadidura encuentran su espacio natural en la movilidad intranacional, carentes del elemento extranjero que es propio de las relaciones que vamos a ver.

El uso frecuente y hasta abundante del término en las sentencias del Tribunal Supremo español (TS), los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) y la Audiencia Nacional (AN) del mismo país corre parejas con la aplicación casi canónica del concepto en el mundo anglosajón, al que decenas de miles de jóvenes españoles se han aproximado en busca de salida profesional en los años de la crisis financiera de 2008. Salvo en Europa, el concepto de expatriado se aplica con normalidad en América, Asia, África y Oceanía, por lo que no podemos extenderle en principio, salvo lo que después diremos, los conceptos similares derivados de la legislación y jurisprudencia de la Unión Europea, con los cuales se traba por el contrario un conflicto terminológico al que procuraremos dar solución en estas líneas.

En sentido genérico, expatriados son quienes viven en un país distinto al de su nacionalidad por razones de trabajo. Su historia es casi tan antigua como la de la Humanidad, desde que el comercio puso en contacto a unas naciones con otras⁴, y ya en la Edad Media las grandes casas comerciales genovesas, venecianas o de la Hansa mantenían numerosos colectivos de esas nacionalidades en las ciudades más económicamente activas, desde Constantinopla o Alejandría hasta Brujas o Londres⁵. Con el Renacimiento las comunidades

Adjustment and Intent to Stay in Pacific Rim Overseas Assignments”, *Journal of Management* 4 (1989), pp. 529 ss.

4 Cuando Roma unifica Europa, el tráfico mercantil se hace tan intenso que existe ya una amplia distinción basada en la nacionalidad entre el *cives* y el *peregrino*, con una legislación y una jurisdicción diferentes, si bien engañosa por cuanto a nosotros respecta, porque la condición acompañaba como *ius sanguinis* a cada uno, con independencia del país donde se moviera.

5 Por ejemplo, los Bardi mantenían representaciones estables en muchas ciudades, entre ellas en Barcelona, Sevilla y Mallorca: SAPORI A., *Il mercante italiano nel medioevo*, Jaca Book, Milán 1981, p. 48. Para este autor, entre el siglo XIII y el XIV se forjan dos mundos, el medieval de los pueblos artesanos, y el mundo de vanguardia de las compañías de comercio internacional (*ibidem*, p. 64). Ese gran comercio había estado en el centro de Europa desde el tiempo de los merovingios, pero la irrupción de los vikingos por el norte y de los musulmanes por el sur lo había interrumpido: PIRENNE H., *Las ciudades de la Edad Media*, Alianza Editorial, Madrid 2007, p. 17. De nuevo confusa es la mención a las comunidades de judíos en las mayores ciudades comerciales, pues se identificaban por la religión y la raza, no por su origen israelita. Un recuento muy instructivo de tales comunidades en términos cuantitativos nos lo ofrece fray Benjamín de TUDELA, *Libro de Viajes*, Rio Piedras Ediciones, Barcelona 1989, monje que viaja por el Mediterráneo en la segunda mitad del siglo XII: Narbona y Marsella, 300 judíos cada una; Roma, 200; Nápoles, 500; Salerno, 600; Constantinopla,

de expatriados se agrupan por naciones, por ejemplo en Roma⁶ o en Constantinopla⁷, pero aún las dimensiones y características del trasiego no estaban bien delimitadas, y el concepto utilizado es el de extranjero. Una mayor especificación acaece cuando, a partir de la creación de las Compañías de las Indias Orientales británica y holandesa, grandes masas de europeos son destinados por sus respectivas empresas a dirigir y administrar los establecimientos ubicados en Oriente, sobre todo los británicos en la India en cuyo momento la descripción de figura pasa a ser la de europeos de nivel medio y alto que dirigen las empresas de su país en una colonia o país en vías de desarrollo⁸. Con la incorporación abrumadora de empresas estadounidenses, el concepto se dilata algo más, pero en todo caso gira en torno a una delimitación basada en la realidad anacrónica que resume P. Leonard en su libro sobre la identidad del expatriado en las organizaciones postcoloniales, de directivo “blanco” de una empresa occidental en un país en vías de desarrollo⁹. Una delimitación que actualmente comienza a marchar por otros derroteros: cabría decir en el momento presente que con el término expatriados se alude a especialistas, técnicos o directivos actuando por cuenta de empresas multinacionales en países distintos al de origen¹⁰. El concepto abarca, por tanto, también a obreros especialistas, por ejemplo de empresas extractoras de petróleo, trabajando

2.500; Bagdad, 40.000 (sic); Samara, 1.500; Rudbar, 20.000; Amadia, 25.000; Jamadán, 30.000; Isfahan, 15.000; Cairo, 7.000; Alejandría, 3.000 (cfr. pp. 57, 59, 93, 121).

6 Comunidades sobre todo pero no exclusivamente de sacerdotes y estudiantes, provenientes en su mayoría de Alemania, Inglaterra y Francia. Sobre las dos grandes hospederías inglesas (“hospicios”) de Santo Tomás y de San Edmundo en Roma, cfr. HARVEY M., *The English in Rome 1362-1420*, Cambridge University Press, Cambridge 1999; VV.AA., “Venerabile. The English Hospice in Rome”, *Venerabile*, edición sexton centenario, 21 (1962); WILLIAMS M.E., *The Venerable English College, Rome 1579-1979. A History*, Londres 1979. Sobre el Collegium Germanicum et Hungaricum, MAAS C.W., *The German Community in the Renaissance Rome, 1378-1523*, Roma 1981; SCHUCHARD C., *Die Deutschen an der Päpstlichen Kurieimspäten Mittelalter (1378-1447)*, Tubinga 1962. Dicho Collegium hospedaba en 1552 a doscientos sacerdotes alemanes, que debían vestir una sotana roja, por lo que el pueblo romana les daba el divertido nombre de “gambericotti”.

7 Es famosa la ubicación de la colonia genovesa en el distrito de Pera, antes de la ocupación turca.

8 Paradigmática al respecto es la situación de los archivos correspondientes al siglo XIX de la empresa británica Rio Tinto Company Limited: unos muy detallados archivos sobre el personal obrero de sus minas pueden verse en los lugares de explotación (por ejemplo, los contratistas, destajistas y obreros españoles en el Archivo Minero de Río Tinto, en Río Tinto, Huelva), mientras que los datos sobre el personal directivo y técnico (staff), de nacionalidad británica, deben consultarse en los archivos centrales de la empresa, en Londres (actualmente donados al London Metropolitan Archives). Cfr. PEREZ LOPEZ J.M., *Guía e Instrumentos de Descripción del Archivo Histórico Minero*, Fundación Río Tinto, Huelva 2008.

9 LEONARD P., *Expatriate identities in postcolonial organizations: working whiteness*, Ashgate, Burlington 2010.

10 Al respecto puede verse FECHTER A.M., *Transnational lives: expatriates in Indonesia*, Ashgate, Aldershot 2007; MARIANO S., MOHAMED M., y MOHIUDDIN Q., *The role of expatriates in MNCs knowledge mobilization*, Emerald Insight, Bingley 2011; WILSON M.S. y DALTON M.A., *International success: selecting, developing and supporting expatriate managers*, Center for Creative Leadership, Greensboro 1998; HESS M.B. y LINDERMAN P., *The expert expat: your guide to successful relocation abroad: moving, living, thriving*, N. Brealey Pub., Boston 2007;

en los pozos petrolíferos de un país cualesquiera, junto a técnicos de nivel universitario o a directivos.

Pero el concepto se muestra demasiado polisémico como para contentarnos con la descripción acabada de dar. En algunas legislaciones de los países de acogida se les concibe como extranjeros altamente cualificados que vienen a trabajar, aunque sea para una empresa de dichos países¹¹, mientras que en otros, significativamente Estados Unidos, expatriados se consideran de manera global a todos los extranjeros que llegan a trabajar al país¹².

Desde una perspectiva estricta, y más concretamente desde la legislación laboral, el concepto de expatriado señala a:

- a) los trabajadores subordinados,
- b) que mantienen su nacionalidad,
- c) así como el vínculo jurídico con la empresa de su país de origen
- d) mientras desarrollan una actividad laboral en el país de acogida.

Se requieren, básicamente, dos requisitos, el de nacionalidad de origen y el de contrato de trabajo con empresa de origen, para detentar la condición de expatriado en sentido estricto. El Estatuto de los Trabajadores lo expresa desde una perspectiva “de salida”, cuando los describe como la prestación de trabajo que presten “los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero”. Así ha podido definir Bonache y Cabrera a estos trabajadores como “los empleados que las empresas multinacionales destinan, generalmente en muy buenas condiciones, a vivir y trabajar en el extranjero por un tiempo determinado”¹³.

En sentido amplio, en cambio, bastará con mantener la condición de trabajador extranjero, aun habiendo perdido la vinculación con la empresa de origen, para que algunas

¹¹ Así, la legislación holandesa que concede desde 1 de enero de 2012 un 30 por 100 de deducción en los impuestos a los extranjeros especialistas para atraerlos al país, “an incentive to attract foreign experts to the Netherlands by creating a favorable expatriate tax regime for employees”. El reembolso debe solicitarse simultáneamente por la empresa y por el trabajador. Por su parte, en Qatar se exige a partir del primer trimestre de 2015 que las empresas que contratan expatriados deban inscribirse en el nuevo Seguro Nacional de Salud y deban pagar cotizaciones por sus empleados. La normativa entró en vigor en el primer trimestre de 2015 para los empleados, y antes de final del mismo año para los “obreros no nacionales”.

¹² La Expatriate Health Coverage Clarification Act de 2014 establece respecto a los Planes de Salud para Expatriados emitidos o renovados a partir del 1 de julio de 2015 una serie de especificaciones a la Patient Protection and Affordable Care Act de 2010 (PPACA), dirigidas a facilitar la constitución de dichos Planes de Salud de Expatriados, como distintos a los Planes de Salud para empleados nacionales.

¹³ BONACHE, J. y CABRERA A., *Dirección estratégica de personas: evidencias y perspectivas para el siglo XXI*, Ed. FT Prentice Hall 2002, citado por GÓMEZ LÓPEZ-EGEA S., *Políticas de expatriación y repatriación en multinacionales: visión de las empresas y de las personas*, IESE-Universidad de Navarra, Pamplona 2005, p. 15.

legislaciones los califiquen como expatriados. Entre una y otra acepciones hay, sin embargo, numerosos mestizajes, siendo el más frecuente el de quien trabaja para una empresa concesionaria o subcontratista de aquélla a la que originariamente pertenecía, o la situación de quien, en el país extraño, viene adscrito, ya a la empresa matriz extranjera, ya a la filial nacional, percibiendo a veces un salario compuesto de partidas provenientes de una y otra¹⁴, o la de quien pasa constantemente de una a otra empresa o a la situación de trabajador nacional (“doméstico”) y trabajador expatriado en la misma empresa mediante constantes destinos en el extranjero¹⁵. A mayor abundamiento, las situaciones de integración transnacional de la empresa madre con las filiales extranjeras parecen utilizarse cada vez con mayor frecuencia a la búsqueda de ventajas fiscales, comerciales o simplemente laborales, mediante la constitución de un grupo de empresas de organización transnacional que no respeta las fronteras ni las legislaciones nacionales a la hora de establecer, por ejemplo, un fondo de pensiones único con aportaciones de todos los países¹⁶, o de prorratear gastos entre las filiales de diversa nacionalidad¹⁷, o de consignar gastos cualesquiera de “personal expatriado” a las subvenciones recibidas¹⁸, aunque también puede producirse el conflicto de forma natural, por ejemplo a la hora del cálculo del impuesto sobre la renta de las personas

14 Es el caso contemplado en la S.TS. de 8 de enero de 2014 (R. 1131/2013), alto cargo de la empresa Roca, matriz española, que presta servicios en el extranjero para ésta y para la filial marroquí, percibiendo su remuneración de ambas.

15 Así, S. TSJ. Madrid de 22 de diciembre de 2011 (R. 3963/2011), despido de trabajador con partidas salariales esporádicas vinculadas a la permanencia en el extranjero, y cálculo del salario regulador del despido. Parecidamente, S.TSJ. Madrid 14 de diciembre de 2009 (R. 4668/2009), sobre despido improcedente de expatriado en México de una empresa española de inversiones inmobiliarias, en cuya indemnización la empresa no incluye partidas tales como la "prima expatriación", el "seguro médico expatriados" y otras relacionadas con su actividad exterior, la cual se regía por la denominada Política de Asignaciones Internacionales de Larga Duración, estando el paquete retributivo compuesto por el salario bruto anual de origen, la retribución variable, los complementos de expatriación y otras retribuciones en especie.

16 Varias sentencias del TS, Sala 3, sobre el impuesto de sociedades y gastos fiscalmente deducibles de un fondo interno de pensiones, de 16 de octubre de 2008 (R. 9223/2004) y 25 de junio de 2009 (cuatro sentencias, R. 11240/2004, 11227/2004, 1444/2005 y R. 9897/2004). La Ley 22/2005, de 18 de noviembre, ha regulado el régimen fiscal de las aportaciones transfronterizas a fondos de pensiones en el ámbito de la Unión Europea, incorporando así la normativa europea sobre régimen fiscal aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.

17 Sentencias Audiencia Nacional, Sala Contencioso Administrativo, de 19 de mayo de 2011 (R. 261/2008) y 21 de julio de 2011 (R. 291/2008), deducibilidad de gastos de personal de la matriz francesa TOTAL por desplazamiento de sus trabajadores a la filial TOTAL España. También Sentencias Audiencia Nacional, misma Sala, de 18 de julio de 2011 (R. 194/2008) y 9 de junio de 2011 (R. 197/2008), sobre deducibilidad de los sueldos pagados a personal desplazado por ENDESA SA, ENDESA Internacional y ENDESA Telecomunicaciones a sus filiales chilenas, así como de gastos de viaje y a provisiones de cartera.

18 Sentencia Audiencia Nacional, Sala Contencioso Administrativo, de 16 de octubre de 2002 (R. 710/2001), Fundación Rey Alfonso XIII.

físicas de quien ha estado trabajando una parte del año fiscal en otro país¹⁹. En definitivas cuentas, la vinculación a la empresa de origen entra en tensión con otro polo en el país de acogida, ya sea filial, subcontratista o sucursal de aquella, creándose una situación híbrida cuya clarificación por los tribunales nacionales no siempre se vencerá a favor de la legislación de un solo país²⁰.

3. Ámbito subjetivo del concepto

Junto a las hibridaciones del supuesto principal acabadas de ver, hay también supuestos próximos al principal cuya calificación dentro o fuera del ámbito de expatriado vendrá dada de ordinario por la legislación aplicable al caso. Ya sabemos que el concepto en sentido estricto requiere ser contratado en el país de origen por una empresa de ese país que lo envía a trabajar al extranjero: ya sea sin cambios en el contrato anteriormente suscrito²¹, ya con repercusión leve del nuevo destino foráneo²², o con la plena consideración de la transformación contractual²³. Los supuestos próximos son al menos los siguientes:

a) Trabajadores contratados por una empresa del mismo país de origen pero en el país de recepción. La facilidad para las empresas multinacionales de hallar nacionales del propio país de origen viviendo en el país de actividad ha aumentado con la economía global, pero siempre ha existido en regiones de intenso contacto como Europa o América Latina, o en

19 Sentencias TSJ Cataluña, Sala Contencioso Administrativo, de 5 de julio de 2012 (R. 516/2009) y 13 de setiembre de 2013 (R. 919/2010). Similarmente, Sentencia Audiencia Nacional, misma Sala, de 26 de mayo de 2011 (R. 292/2008), sobre compensación de bases negativas por “management fees” aportadas por otra entidad en la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios.

20 El caso más notorio se refiere a la repercusión del *desplazamiento* en las pensiones de la Unión Europea, pues el Reglamento 883/2004, como antes el 1408/1971, contemplan una pensión “europea” formada por dos o más partes pagaderas por países diferentes, a prorrata del tiempo trabajado por el pensionista en cada país. A tenor del art. 12 de Reglamento 883/2004, la legislación y cotización de los desplazados por menos de dos años será la del país de origen y a su tesorería, mientras que para períodos superiores será la del país de recepción. Las pensiones por riesgos profesionales siguen otro tratamiento.

21 “local-to-local”, para destinos de breve duración, por lo que no repercuten en el contrato, y el trabajador continúa sujeto a las mismas condiciones contractuales que de ordinario. Las denominaciones habituales en inglés se han extraído de Expat info Desk International Limited.

22 “Local-to-expat”: para destinos de cierta duración, la empresa le oferta condiciones especiales y distintas a las que venía recibiendo en su empleo local. O “expat-to-local”, cuando el contrato refleja el nuevo destino, pero las condiciones laborales vienen a ser las mismas o similares a las locales.

23 “Short-term expat package”, para una estancia de seis meses o inferior, en donde se insertan las cláusulas habituales de un expatriado, pero sin modificación de las vacaciones o mención a la ayuda de escolaridad, por ejemplo. “Long-term expat package”, con un amplio abanico de condiciones de vida y trabajo especiales, que además de las dos antes mencionadas pueden incluir un generoso salario, complemento de alojamiento, viajes periódicos pagados al país de origen, etc.

general en los países de habla inglesa. A las ventajas del conocimiento del terreno se une la desconexión con la legislación más exigente del país de origen y la vinculación a la del país de recepción. De las dificultades de calificación nos habla la evolución habida en el ámbito de los empleados de las Administraciones Públicas, como veremos más abajo, si bien en nuestra opinión no cabe considerarlos como expatriados en sentido estricto, ya que el contrato se celebra en el país tercero donde se realizará el trabajo. No obstante y con frecuencia, las empresas tratan de eludir la aplicación de la normativa de origen por el expediente de precontratar *ab initio* los servicios en el extranjero, y contratar formalmente en destino a través de la sucursal o filial del mismo grupo; o bien de extinguir el contrato existente en origen y recontratar en destino como si se tratara de un trabajador “local”. Aunque difícil de probar, el fraude puede atajarse para reclamar las condiciones laborales del país de origen –en España, conforme al art. 1.4 ET- o, en los casos en que el contrato no se llegara a celebrar finalmente, frustrando lo prometido, para reclamar la indemnización de daños y perjuicios pertinente.

b) Trabajadores autónomos desplazados con empresa propia. Se trata normalmente de especialistas que ofrecen sus servicios a través de una organización propia, como subcontratas o merced a un arrendamiento de servicios, en otro país como *independent contractor*. Al no darse la condición de trabajador subordinado decae la aplicación de las normas laborales, aun cuando con frecuencia tendrá en común con aquél las normas de orden público del país receptor, pues se trata de expatriados en sentido amplio.

c) Empleados de las Administraciones Públicas enviados al “servicio exterior”. Junto al tradicional personal de embajadas y consulados del Ministerio de Asuntos Exteriores, ciertos organismos culturales y el Ministerio de Trabajo ampliaron su nómina de servicios en el exterior o se dedicaron exclusivamente a ellos, por lo que su plantilla de empleados en el extranjero aumentó exponencialmente en los años setenta, época de los primeros convenios colectivos de este personal. Aun cuando la situación parezca extraña, numerosos organismos públicos y embajadas contratan desde entonces empleados nacionales indistintamente en el país de origen y en el país donde desarrollan su actividad²⁴, produciéndose una evolución en su tratamiento jurídico: en primer lugar, respecto al personal de embajadas y consulados, se pasa a distinguir entre quienes se dedican a los actos *iure imperii*, normalmente funcionarios y

²⁴ Hacia el año 2000, el grueso de los 6.636 empleados por la Administración del Estado en el servicio exterior, es decir, 4.127, tenían una relación laboral en embajadas, consulados y organismos internacionales. Del resto, 2.393 eran funcionarios y 116 profesores interinos.

diplomáticos de carrera, y quienes se aplican a los actos *iure gestionis*, empleados con contrato laboral para los que se negociaban convenios colectivos específicos²⁵; en segundo lugar, se evoluciona desde excluir a solo los contratados en el país de recepción de las condiciones de trabajo aplicadas al personal “doméstico”²⁶, exclusión desvirtuada por los tribunales al aplicar extensivamente el criterio de la *lex loci celebrationis*²⁷, hasta pasar a excluir globalmente, en el II y III Convenios de 2006 y 2009, al “personal laboral que presta servicios en el exterior”, en función del criterio de *lex loci laboris*²⁸. Si comparamos lo anterior con lo existente en Alemania, su ley de personal del Ministerio de Asuntos Exteriores distingue entre personal desplazado desde Alemania y personal no desplazado (agentes locales), y entre estos últimos diferencia a los agentes locales de nacionalidad alemana y a aquellos otros que no la tuvieran. Pues bien, los agentes locales de origen alemán se rigen por el convenio colectivo de su país, en flagrante contradicción con lo acabado de ver en la situación española, y solo los locales no alemanes se rigen por la legislación del país receptor²⁹.

c) Extranjeros que contratan con una empresa local del país de acogida. La desconexión con el país de origen es plena, incluso aunque dicha empresa sea subcontratista de otra de la misma nacionalidad del extranjero. En este caso no hablamos, como en el apartado a), de una sucursal o filial de la empresa de origen del trabajador, sino de otra empresa independiente.

25 La distinción es ampliamente reconocida en Derecho Internacional, como señala la S.TC. 107/1992, de 1 de julio, sobre despido.

26 El I Convenio colectivo de la Administración General del Estado excluía de su ámbito de aplicación al “personal laboral contratado en el exterior: BOE 1 de diciembre de 1998, Art. 1.4.

27 Y considerar además que dicho lugar de celebración del contrato era España desde el momento en que la oferta partía de la sede del Ministerio aunque después se firmara en el país de actuación: SS. TS 18 de mayo de 1999 (R. 5168/1997), y TSJ. Madrid 17 de mayo de 2000 (R. 1476/2000), 7 de junio de 2000 (R. 1406/2000). La unificación en ese Convenio Único traspasó a toda la Administración del Estado un debate que ya se había producido en los convenios colectivos del Ministerio de Asuntos Exteriores: cfr. PORRAS COSO A., SÁNCHEZ ASTUDILLO F. y MOLINA MIGUELA R., “Sobre la no aplicación del convenio colectivo del Ministerio de Asuntos Exteriores al personal laboral que presta sus servicios en el extranjero”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 79 (1996) pp. 925-932.

28 Los tribunales habían dado un giro en esa dirección al entender en 2002 que cuando la oferta partía de la propia embajada o consulado, aunque luego hubiera de ser ratificada desde la sede central, el contrato se celebraba en el extranjero, y por ende quedaba excluido del convenio (SS.TSJ. Madrid de 30 de setiembre de 2002 [R. 2376/2002], entre otras). Finalmente, un nuevo giro consideró determinante el lugar donde se desempeñara el trabajo y no el de celebración del contrato: a partir de las SS.TS. 12 de mayo de 2003 (R. 1992/2002) y 13 de mayo de 2003 (R. 3513/2002), el TS llega a la conclusión de que “dicho precepto debía interpretarse en su verdadero sentido, o sea, en el de que lo que había querido con la inclusión de aquel apartado era excluir del Convenio Único a todo el personal del servicio exterior con independencia del lugar de su contratación”, pues hay razones poderosas para entender que lo que se ha querido decir es “personal contratado para trabajar en el exterior”.

29 Los datos, en la sentencia TJE 214/94, caso Boukhalfa; también FERNÁNDEZ ROZAS J. y SÁNCHEZ LORENZO S., *Derecho Internacional Privado*, Civitas-Thompson, Madrid 2011.

Tanto la norma de conflicto *lex loci contractus* como la *lex loci laboris* independizan las condiciones de trabajo de las que pudieran disfrutarse en el país del que se es nacional, si bien en la legislación europea existe un principio moderador contrapuesto a los dos anteriores, que aplica la ley del país con los vínculos más estrechos cuando del conjunto de circunstancias se deduce a mayor propiedad de este último criterio³⁰. La problemática jurídica de esos trabajadores se plantea más bien respecto a la aplicación de la legislación local, especialmente a través del principio de igualdad de trato con los trabajadores del país, como vemos en la Ley Orgánica de Extranjería 4/2000 y en las normas europeas sobre igualdad de trato. El mínimo desarrollo de estándares legales en grandes trozos del planeta, la prevalencia del principio de libertad contractual en los países de *Common Law*, donde los tipos de contratos –y por ende el de trabajo- pierden sus contornos en beneficio de una regulación general del Derecho del Contratos³¹, permiten por ejemplo en Oriente Medio una gran variedad de condiciones de trabajo, con amplias diferencias entre los “europeos”, con funciones técnicas y directivas, y los “asiáticos”, con tareas no cualificadas³².

d) Extranjero que contrata laboralmente con empresa asimismo extranjera pero de distinta nacionalidad, para servicios en un tercer país. Las empresas multinacionales recurren cada vez más a especialistas sin atender a su nacionalidad y los envían a los países de actuación según su conveniencia³³. Así ocurre en el caso paradigmático contemplado por la sentencia TSJ Madrid de 9 de enero de 2012 (R. 5603/2011), de un brasileño contratado como director general por la firma británica Lloyds TSG Bank para su sucursal española: el brasileño había comenzado a trabajar en la sucursal de la empresa en Brasil, y de allí había

30 Art. 8.4 del Reglamento UE Roma I. Sobre este principio de “localización eficiente” en el Reglamento Roma I, vid. ORTIZ VIDAL M.D., “La ley aplicable al contrato internacional de trabajo y el principio de proximidad y de seguridad jurídica internacional: cooperadores necesarios”, en *Trabajo y Seguridad Social* 385 (2015), pp. 62 ss., aludiendo a la incertidumbre técnica y práctica de este principio, para unos, así como la laxitud y vaguedad, para otros. Sobre los posibles indicios de la vinculación, que van desde el contenido del contrato hasta el pago de impuestos, la afiliación a la seguridad social o la percepción de prestaciones, cfr. S.TJE. 64/12, caso Anton Schlecker.

31 Sobre el tema, CARTWRIGHT J., *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 2ª ed., Hart, Oxford 2013, pp. 55 ss., principalmente el apartado relativo a The (Limited) Rol of ‘Special Contracts’ in English Law, pp. 56 ss.

32 Con todo, cabe la posibilidad de que nos hallemos ante la subcontratista local de la empresa a la que ha pertenecido el extranjero en su país de origen, en cuyo caso podría tratarse de una simulación que tratara de eludir los mínimos más ventajosos de países con normas como el art. 1.4 ET español.

33 Un caso especialmente complicado, pero ya casi habitual en el ámbito marítimo, lo hallamos en el caso examinado por la sentencia TJE 37/00, caso Weber: H. Weber, con domicilio en Alemania, había sido contratado por la empresa británica Universal Ogden Services (UOS), con domicilio en Reino Unido, para trabajar como cocinero inicialmente en buques con pabellón holandés navegando dentro de las aguas territoriales de Países Bajos, y posteriormente en un barco grúa de la misma empresa en aguas territoriales de Dinamarca.

ascendido en cargos cada vez más importantes hasta llegar a la sucursal española, de donde había sido finalmente despedido³⁴. Aunque el litigio transcurre en torno a la calificación del contrato y a la del despido³⁵, merece la pena destacar que las partes acuden a los tribunales españoles pacíficamente, en reconocimiento implícito del *fórum loci laboris*³⁶, y que uno de los aspectos principales de la indemnización por despido radicaba en las partidas debidas como consecuencia de la aplicación del Manual del Expatriado redactado por la empresa y aplicado desde que el trabajador había salido de Brasil con destino a otra sucursal del banco. La calificación como “expatriado” que asume la empresa nos parece correcta en estos casos en donde la nacionalidad de ambas partes no coincide, pero sí los demás requisitos que hemos visto más arriba para el sentido estricto del concepto, y ello porque se produce una modificación sustancial del lugar de trabajo en el contrato existente con la empresa antes de la incorporación al país de destino.

e) Marineros en barcos con líneas multinacionales. La inicial reflexión de que las escalas poco inciden en el contrato de trabajo suscrito en origen, pues los barcos tienen la nacionalidad del pabellón que enarbolan, pierde fuerza ante la realidad del trabajo cumplido, por ejemplo, a bordo de barcos mercantes de un país a otro o de trasatlánticos de líneas internacionales, donde con frecuencia se producen conflictos en un puerto de amarre que se solventan, por razones de premura y del principio de *fórum loci laboris*, en los tribunales de ese puerto, sea Barcelona, Londres o San Francisco, sin esperar a la arribada al lugar de origen³⁷. A ello se une la frecuente posibilidad de que la tripulación provenga de diversos

34 Desde 1987, en que había trabajado como Director de Ventas en la sucursal del Lloyds en Brasil, pasa a la sucursal argentina como Director de Banca Corporativa, Comercial y de Productos, y de ahí a la de Guatemala como Director General, a la de Reino Unido como Director para América Latina, y a la de España como Director General. De la documentación obrante en la causa se determina que las partes consideran a Brasil como país de “origen” y de “regreso” del trabajador en su consideración de “expatriado”, y que había recibido una liquidación al término de su trabajo en Brasil en concepto de su pase a “expatriado”.

35 El empleado había denunciado una operación en curso, denominada “Canteras Cabo”, a las autoridades españolas como sospechosa de blanqueo de capitales, y el Banco le había ordenado que cesara de contactar con las autoridades respecto a dicha operación, que finalmente se llevó a cabo por la sucursal suiza –“paraíso fiscal”, señala la sentencia en FJ 4-, pero el TSJ no lo da por probado, pues la empresa ofrecía otra versión y había de por medio la fusión de Lloyds con HBOS, y, según la nueva empresa, sobran puestos de trabajo.

36 El contrato se había celebrado en Londres, o al menos los poderes como Director General de la sucursal española se había emitido desde allí.

37 El libro clásico al respecto, de MORGENSTERN F., *Conflictos internacionales de Derecho Laboral. Investigación sobre la ley aplicable a la relación laboral internacional*, OIT, Ginebra 1984, y MTSS, Madrid 1987, ofrece numerosos ejemplos de casos sustanciados de tal modo, en tribunales del puerto -por así decir- y conforme a la ley local. El supuesto difiere de otro bastante frecuente, el de boicot de los estibadores de un puerto a la carga o descarga de un barco determinado, donde la conexión con la ley y el foro locales es más evidente.

países, e incluso que sea extranjera en todos su componentes excepto quizá en el capitán y algún oficial, como ocurre en los casos bien conocidos de las huelgas del Tor Caledonia³⁸ y del Riviera³⁹. Pese a todo, no parece congruente con el sentido estricto del concepto la permanencia habitual de los marinos en suelo patrio –el barco- y solo excepcionalmente la bajada a tierra extranjera. Solo en el caso de funciones o servicios cumplimentados por los marinos en el puerto de destino o de escala cabría calificar el tiempo de dedicación a ellos como perteneciente a la calificación de expatriado.

4. Naturaleza jurídica

4.1. La situación de expatriado como *status* y como modalidad contractual

Ha llegado el momento de concretar desde el perfil jurídico las descripciones realizadas hasta el momento, para lo cual procede comenzar desde las dos acepciones de expatriado, la amplia y la estricta. Pues bien, la visión amplia del concepto se enmarca en el Derecho Civil, como status civil de una persona, con múltiples remisiones a los aspectos del Derecho de Personas, pero también al Administrativo y al Constitucional, en los que no vamos a entrar. En cambio la visión estricta, de trabajador al que la empresa envía al servicio exterior, se constriñe a una modalidad contractual definida por la especialidad geográfica. El hecho de que el Estatuto de los Trabajadores solo le dedique un párrafo del artículo 1 solo nos indica que ni siquiera en la actualidad se otorga relevancia a una modalidad cada vez con mayor número de integrantes, una raquitismo normativo quizá debido a la lejanía de las situaciones contempladas⁴⁰. Posiblemente parezca excesiva su consideración como modalidad contractual por el mero hecho del destino más allá de nuestras fronteras, pero debe recordarse su relativa similitud con el trabajo a distancia (art. 13 ET), antes denominado a domicilio, y que las modalidades con mayor reconocimiento, como son las del contrato a término y las del

38 Barco de bandera danesa con tripulación polaca que hace la travesía entre Suecia y Reino Unido, el cual sufre una huelga cuyos efectos examina la S.TJE 18/02, caso DFDS Torline.

39 La huelga del buque de bandera liberiana y armador panameño Riviera en su arribada a la bahía de Portland en 1952, por motivos salariales de sus tripulantes británicos y alemanes, llevó a los tribunales estadounidenses a negar su jurisdicción en aplicación del principio de *forum non conveniens* (Benz c. Compañía Naviera Hidalgo, 353 U.S. 138 [1957]). Para este principio aplicado en USA, con grandes similitudes al de país con los lazos más estrechos aplicado en la UE, puede verse mi libro *Derecho Transnacional del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012, p. 35 y 340.

40 Pese a su parquedad, el art. 1.4 es rico de consecuencias, por lo que cabe hablar de su contenido como una síntesis expresiva dotada de una densa problemática.

contrato a tiempo parcial, basan su diferencia en un aspecto de duración y del horario convenidos, respectivamente, mientras que otras modalidades significativas como las de los contratos en prácticas y los de formación y aprendizaje se justifican por el elemento adicional formativo: no es tanto la riqueza diferencial cuanto las repercusiones de las que ostenta sobre la vida laboral del afectado y sobre la regulación extramuros del contrato, como son por ejemplo el arsenal de subvenciones o, en el caso de los expatriados, las diferencias en normativa de orden público, fiscal, administrativa y civil que el destino en otro país implica. Cabría argumentar en contra de ello el que con frecuencia un destino a otro país no envuelve un nuevo contrato, sino la negociación o aplicación de condiciones laborales distintas, o si se quiere, la adición de nuevas cláusulas al contrato ya existente⁴¹. Sin embargo la misma situación la hallamos en las modalidades de duración determinada o a tiempo parcial cuando al contrato inicialmente pactado en la modalidad común se le agrega una cláusula de temporalidad o parcialidad. En cuanto al trabajo a distancia, expresamente menciona la posibilidad de establecer la prestación a distancia tanto en el contrato inicial como en acuerdo posterior (art. 13.2 ET).

Mayores dudas plantea la cuestión de hasta qué punto la específica modalidad contractual de expatriado genera una relación laboral especial. Es evidente que *de jure* no existe tal relación especial, por cuanto el Estatuto de los Trabajadores requiere para ello su reconocimiento por ley (art. 2.1.i). En cuanto a una posible relación especial *de facto*, las normas legales o reglamentarias son tan parcas, y las procedentes de convenios colectivos tan mínimas y contradictorias entre sí, que hemos también de rechazar su posibilidad.

El elemento extranjero determinante para la condición que nos ocupa puede parecer confuso porque habitualmente la perspectiva adoptada por los tribunales es la de origen, pues el trabajador expatriado intenta recuperar las mejores condiciones laborales de su país de origen y demanda en consecuencia en los tribunales de dicho país⁴², aprovechando las

⁴¹ La práctica en empresas multinacionales con larga experiencia en materia de expatriados parece indicar, por el contrario, que prefieren liquidar la relación laboral ordinaria y dar paso a un nuevo contrato de expatriado, con aplicación de normas específicas: véase por ejemplo el caso de la S.TSJ. Madrid de 9 de enero de 2012 (R. 5603/2011), referente a la firma británica Lloyds.

⁴² El mismo comportamiento no cabe afirmar de los expatriados de otros países, con multinacionales con mayor experiencia cuyos “Expats Manuals” otorgan significativas ventajas a su personal de exteriores, además de las ventajas de clima, coste de la vida, etc., que encuentran en el país de destino. Cfr. la encuesta realizada por el Lloyds TSB International en febrero de 2011, publicada en octubre del mismo año, donde se llegaba a la conclusión de que entre los 5,5 millones de expatriados británicos unos 825,000 habían cancelado planes de retorno en el año anterior, y un 69 % planeaban permanecer indefinidamente en el extranjero, al considerar a Gran Bretaña como más cara, menos segura y con menos calidad de vida. El sondeo puede verse en internet, con el expresivo título de “Expats cancel return to Britain”.

normas de conflicto que permiten litigar ante los tribunales de la nacionalidad de las partes, del lugar de celebración del contrato, o incluso de las cláusulas de *prorrogatio fori* (sumisión pactada a un tribunal) introducidas por la propia empresa. Sin embargo, tan importante o más que el enfoque anterior es el enfoque del país de acogida donde se desarrolla la actividad, siquiera por razón de la importancia que en materia laboral tiene el lugar de trabajo⁴³. En tal sentido, la globalización va permitiendo que incluso países con tribunales tan celosos a la hora de avocar competencias como son los españoles⁴⁴ hayan evolucionado y en la actualidad apliquen sin problemas las leyes extranjeras, de modo que cabe la posibilidad de demandar en los tribunales de origen la aplicación de las leyes de destino, debidamente traducidas por traductor acreditado y compulsada en el consulado o embajada correspondiente. Otros criterios de conexión con la legislación y el tribunal, además de la nacionalidad o el lugar de trabajo, pueden ser el del domicilio o residencia de las partes, a tenor de lo que puedan establecer las normas de conflicto.

4.2. Similitudes y diferencias con el desplazamiento, el traslado y la emigración

La calificación jurídica de expatriado topa en el ámbito nacional con los conceptos próximos de desplazamiento y traslado del art. 40 ET, y en la Unión Europea con dos situaciones jurídicas con amplias similitudes como son las de desplazado y emigrante, por lo que se plantea la cuestión de hasta qué punto puede subsumirse en alguna de ellas. El tema posee una trascendental relevancia porque tanto una como otra gozan de detalladas regulaciones y abundante jurisprudencia transnacional, algo de lo que hasta el momento no poseen los expatriados.

4.2.1. Desplazamiento y traslado de trabajadores en el ámbito nacional

Los convenios colectivos, como se ha dicho anteriormente, suelen utilizar los conceptos de desplazamiento y traslado internacionales al regular las situaciones de expatriación, implícitamente considerando que el expatriado sufre en fin de cuentas la misma circunstancia

43 En tal sentido, el art. 10.6 Código Civil: “A las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, en defecto de sometimiento expreso de las partes (...), les será de aplicación la ley del lugar donde se presten los servicios”.

44 Y no solo porque la Ley Orgánica del Poder Judicial, art. 25, establece múltiples conexiones de los litigios con los tribunales españoles, sino porque hasta que el Tribunal Constitucional no recortó la práctica judicial, la alegación de leyes extranjeras era casi sistemáticamente rechazada por aquéllos: cfr. SS. TC. 10/2000, 236/2000, 33/2002, y 29/2004.

de movilidad geográfica que desde hace decenios viene regulada e nuestro país por el art. 40 ET con sus dos clases denominadas con dichos términos. Dada la parquedad del legislador y de los convenios colectivos al regular la situación de expatriado, cabría plantearse hasta qué punto no procede la integración de las lagunas con las reglas contenidas en el art. 40 ET.

Sin embargo la identificación conceptual no puede llevarnos a sostener sin mayor debate la identificación normativa por vía analógica, pues claramente las reglas contenidas en ese art. 40 difieren con nitidez de las escasísimas que vemos en el art. 1.4 del mismo cuerpo legal, y lo que es igualmente importante, cabe la posibilidad de que tan magro párrafo haya sido dejado de propósito en su escueto perfil, y no sencillamente porque en 1980 el legislador español no conocía bien el fenómeno al que aludimos. Así, en primer lugar, en el caso de los desplazados nacionales el art. 40 da por supuesta la aplicación *sic et simpliciter* de las condiciones de trabajo aplicadas en la empresa⁴⁵, mientras que en el art. 1.4 para los expatriados la consideración es más bien la contraria, de que sus condiciones son distintas, si bien “tendrán, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español”. En segundo lugar, el desplazamiento interno debe obedecer a razones justificadas de tipo económico, técnico, organizativo o productivo, mientras que la condición de expatriado solo requiere contratar en el país para después marchar a trabajar a otro país por cuenta de la empresa. Y en tercer lugar, el desplazamiento nacional ni siquiera afecta al domicilio del trabajador y menos a su familia y demás entorno, mientras que la expatriación involucra a toda la personalidad y ubicación social del trabajador. No cabe recurrir, por ello, a la analogía a menos que así lo indique la fuente reguladora del contrato de expatriación, pues las circunstancias del país de acogida suelen ser tan radicalmente distintas a las españolas, hacia arriba o hacia abajo, que exigen un tratamiento específico en cuestión de salarios, seguros, viajes, escolaridad y alojamiento, como veremos más adelante.

Respecto a los traslados dentro del territorio nacional, si bien muestran una mayor similitud con la expatriación a causa de la característica del cambio de residencia, subsisten diferencias básicas entre ambas situaciones, especialmente en las condiciones de trabajo y la legislación aplicable, por lo que tampoco parece factible el recurso a la analogía. Lo cual no impide que ciertas reglas del traslado debieran también contemplarse *de lege ferenda* para la expatriación, como el período de preaviso, la opción conferida al trabajador de extinguir su contrato, o la compensación de los gastos de traslado, contenidas en el art. 40, apartados 1 y 3

45 No hay referencia en el art. 40.4 a las condiciones de trabajo, limitándose a indicar que el desplazamiento conllevará el abono, “además de los salarios, de los gastos e viaje y dietas”.

ET⁴⁶.

4.2.2. Desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea

En el subepígrafe anterior hemos hablado en todo momento de desplazamiento “interno” o “nacional”, pues como se sabe existe otro tipo de desplazamiento con normas específicas, el desplazamiento “europeo”. La Directiva 96/71/CE, sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, considera «trabajador desplazado» a todo trabajador que, durante un período limitado, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en cuyo territorio trabaje habitualmente⁴⁷. Parecería bajo tales premisas que la norma europea se aproxima más al concepto amplio de expatriado como inmigrante que al estricto de trabajador en servicio exterior. La impresión es engañosa, pues la definición anterior debe ponerse en relación con otras partes de la Directiva, para como dice el título de la Directiva, el desplazado debe hallarse en el marco de una prestación de servicios transnacional. Con mayor detalle, el art. 1.a) requiere que una empresa establecida en algún país de la UE proceda a “desplazar a un trabajador por su cuenta y bajo su dirección, en el marco de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación de servicios que opera en dicho Estado miembro, al territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador durante el período de desplazamiento”.

Las divergencias con el concepto estricto de expatriado son por tanto mínimas, hasta el punto de que podemos considerarlos términos casi coincidentes, con la excepción que veremos más abajo. En efecto, la existencia de un *dies ad quem* en el período de estancia en el extranjero (“durante un período limitado”) es más bien producto del carácter temporal de la prestación del servicio por la empresa de origen, que no se instala en el de destino para ofrecer su actividad al mercado en general, sino que contrata o subcontrata con otra empresa o entidad la prestación de un servicio o la realización de una obra en concreto, y lleva para ello a sus propios trabajadores (art. 1.3 de la Directiva). De ahí que al expatriado en sentido estricto le sean de aplicación en la Unión Europea las leyes nacionales de trasposición de la

46 Los apartados 3 bis y 3 ter del mismo artículo, relativos al derecho de opción de las víctimas de violencia de género o de terrorismo, así como de los discapacitados, a las plazas vacantes que tuviera la empresa en otro lugar, tienen más difícil respuesta y merecerían un debate parlamentario profundo para resolver sus pros y contras a la hora de resolver su incorporación al régimen jurídico del art. 1.4.

47 Art. 2.1 de la Directiva. La trasposición a la normativa española se realiza por Ley 45/1999.

Directiva 96/71/CE, así como las derivadas de la Directiva 2014/67/UE sobre control de desplazamientos y lucha contra el fraude, cuando procede de un país UE y tiene como destino temporal otro país UE.

A diferencia de cuanto es habitual en el régimen jurídico de los expatriados, donde gozan de mayor relieve las condiciones laborales de origen, en los desplazamientos europeos tiene mayor importancia la aplicación de un núcleo básico de estándares laborales existente en el país de acogida, dada la necesidad de evitar el *dumping social* detectado a raíz de la adhesión de numerosos países de la antigua Europa del Este en el período 2004-2007 y durante el que numerosas empresas de esa zona concurren y ganaron las subastas de obras y servicios públicos en países como Alemania o Suecia gracias a las muy inferiores condiciones de trabajo percibidas por los trabajadores que desplazaban para su realización⁴⁸.

Ahora bien, hemos dicho que se trata de términos casi coextensos, pero con una excepción importante: en los casos en que la empresa a la que pertenece el expatriado no acude al país de destino para realizar una concreta obra o servicio, o en otros términos, no acude en el marco de la libertad (empresarial) de prestación de servicios, sino para quedarse a través de una filial o de una sucursal, o en otras palabras, en el marco de la libertad (empresarial) de establecimiento, al expatriado no puede considerársele como desplazado por mucho que acuda con un horizonte temporal incluso indicado en su contrato de trabajo⁴⁹. No obstante, la condición de desplazado tiene carácter expansivo, pues en la línea de delimitación entre la esfera coincidente y la divergente, la Directiva 96/71 resuelve a favor del carácter de desplazado en dos casos importantes, a tenor de su art. 1:

a) El desplazamiento de un trabajador al territorio de un Estado miembro, en un establecimiento o en una empresa que pertenezca al grupo, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de origen y el trabajador durante el período de desplazamiento; o

b) en su calidad de empresa de trabajo temporal o en su calidad de empresa de suministro de mano de obra, el desplazamiento de un trabajador a una empresa usuaria que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro, siempre que

48 En alguno de los casos, el salario de los obreros desplazados solo alcanzaba al 55 % del de los nacionales del país de acogida en el sector al que llegaban. Véanse las sentencias TJE 341/05, caso Laval, 346/06, caso Rüffert, o 319/06, Comisión c. Ducado de Luxemburgo.

49 La libertad de establecimiento se regula en los arts. 49 ss. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; la libre circulación de servicios, en los arts. 56 ss. Repárese en que nada tiene que ver este supuesto, de *desplazado* europeo que llega a un país europeo para trabajar en una filial o sucursal de su misma empresa para el público en general, con el visto en el apartado 3.a *ut supra*, de extranjero contratado *en el país de recepción* por una empresa de su misma nacionalidad, por más que en sentido estricto ni aquél pueda considerarse desplazado, ni éste expatriado.

exista una relación laboral entre la empresa de trabajo interino o la empresa de suministro de mano de obra y el trabajador durante el período de desplazamiento.

Resumiendo lo hasta ahora visto, en la UE un expatriado recibirá la consideración de desplazado, y la aplicación de la Directiva 96/71 y normas de trasposición, cuando viaje al otro país por cuenta de su empresa en la ejecución de una obra o servicio en el sentido amplio acabado de ver. En los casos de destino sin contraparte específica, por ejemplo cuando el expatriado acude al otro país para entablar contactos, prospectar el mercado o incluso ofertar a público indeterminado⁵⁰, no tendrá la consideración de desplazado y las condiciones de trabajo serán las de origen con su empresa, así como las de orden público del país de recepción y ciertos preceptos de la Directiva 2014/67/UE sobre control del fraude en los desplazamientos⁵¹. El alcance de dichas normas de orden público locales plantea dudas, sobre todo por la ambigüedad del concepto “orden público laboral”, que abarcaría los estándares mínimos fijados incluso en los convenios colectivos. La línea divisoria entre las condiciones de origen y las de destino de este expatriado no desplazado vendrá marcada por la distinción entre los rasgos estructurales del contrato, que permanecen en el entorno originario, y los rasgos de contenido de la relación, que durante el tiempo de adscripción al país tercero deberán respetar los mínimos legales y convencionales. Dicho de otro modo, las *vicisitudes* contractuales, ya sean de modalidad, modificaciones o extinción, corresponden a la legislación de origen bajo la cual se celebró el contrato, mientras que los *contenidos* de la relación laboral se rigen por las normas del país de acogida durante el tiempo de permanencia en el mismo.

En sentido inverso, cuando el trabajador extranjero se incorpora a una empresa ya establecida en el país de acogida, salvo que mantenga relación con la de su país, las condiciones de trabajo aplicables serán plenamente las locales, como vimos más arriba, y no una combinación de unas y otras. Y ello porque no nos encontramos ya con la condición de expatriado en sentido estricto, pues falta o ha perdido el vínculo laboral con el país de origen.

50 La tercera opción es dudosa, puesto que conecta con el mercado de acogida eludiendo sus normas laborales, si bien quedan fuera del ámbito marcado por la Directiva 96/71, de ejecución de obra o servicio para una empresa o entidad local. La ya citada Directiva 2014/67/UE, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, alude a esas actividades incidentalmente en el art. 4.2, calificándolos como actividades “puramente administrativas o de gestión interna”.

51 En especial, arts. 11 y siguientes, dentro del capítulo V, “Garantías de cumplimiento”. El fraude perseguido con el sistema de información del mercado interior europeo IMI y sus garantías complementarias es el del *dumping social* consistente en la aplicación de las condiciones menos favorables de origen, ya sea en parte, como consecuencia del régimen de desplazamiento, ya en todo, en la ejecución de actividades sustantivas no temporales sino permanentes.

4.2.3. La emigración en el marco de la libre circulación de trabajadores en la UE

Ya desde la sentencia TJE 113/89, caso Rush Portuguesa, el desplazamiento vinodiferenciado de la emigración en base al anclaje originario del primero y a la vocación de permanencia del segundo. A tenor de la sentencia, el tratamiento jurídico no puede ser el mismo respecto a los movimientos migratorios que persiguen el establecimiento en el país de acogida y a los desplazados que retornan a su país al terminar la obra o servicio. El trabajador migrante, desde este punto de vista, busca instalarse en el país de llegada de manera indefinida, como lo revela el no ir provisto de un contrato de trabajo o de tenerlo con una empresa del país de destino⁵². La normativa aplicable a los migrantes europeos no es, pues, la Directiva 96/71/CE, sino el Reglamento 492/2011, sobre libre circulación de trabajadores, que sucede al histórico 1612/68/CEE.

Respecto a los expatriados en sentido estricto, la diferencia con el emigrante europeo dentro de la UE es muy similar a la acabada de ver entre desplazado y emigrante, al consistir en la existencia de un vínculo laboral con el país de origen.

5. Regulación aplicable

5.1. Legislación de origen: propuestas para el art. 1.4 ET

Para los expatriados, como para los desplazados en Europa, la legislación del lugar de trabajo es solo una parte del complejo normativo aplicable. Tienen además un bloque

⁵² Durante la gran oleada de emigración de trabajadores del sur europeo a los del norte, en las décadas de 1950s, 1960s y 1970s –en que se interrumpe por la crisis-, las autoridades españolas organizaban trenes de emigrantes contratados en origen por las empresas alemanas, francesas, belgas y suizas, a los que acompañaban uno o varios inspectores de trabajo y un capellán, según prescribía la regulación de la materia. La “emigración asistida” - como se denominaban los trenes-, a Bélgica se abandonó pronto. Las empresas extranjeras acudían al sur para seleccionar y contratar, o remitían las ofertas a las oficinas de empleo del Ministerio de Trabajo a través de los consulados españoles. En todo el proceso el Ministerio desempeñaba un papel relevante, del que la presencia de los inspectores de trabajo en los convoyes es la anécdota, pues la sustancia se hallaba en los agregados laborales y las oficinas de asesoramiento a los emigrantes abiertas en las principales ciudades europeas. La gran oleada de emigración al norte de Europa fue en buena parte una emigración segura, por la contratación en origen y la asistencia administrativa y consular. Indica VILAR J.B. en su artículo “Las emigraciones españolas a Europa en el siglo XX: algunas cuestiones a debatir”, *Migraciones y Exilios. Cuadernos AEMIC* 1 (2000), p. 131, que entre 1946 y 1973 emigraron 2.600.000 trabajadores españoles (de los cuales 2.000.000 a partir de 1960), y tuvieron como destino prioritario los países industrializados de la Europa occidental (Francia, República Federal de Alemania y Suiza en primer lugar). La emigración asistida vino regulada por la Ley de Emigración 33/1971, de 21 de julio.

normativo de origen de las normas estatales que les afecten por “irradiación”, un concepto germánico (Strahlung) indicativo de las normas nacionales de obligado cumplimiento para ambas partes de la relación laboral en cuanto pertenecientes ambas a ese Estado. En España la norma estatal básica es la del art. 1.4 ET, ya mencionada, que exige en la relación de servicio exterior el respeto a “la legislación laboral española”, sin especificar si se trata de los mínimos legales o si también comprende los mínimos de los convenios colectivos y las normas de prevención de riesgos y seguridad social⁵³. La precisión que hace a renglón seguido, de que dichos trabajadores tendrán, “al menos, los derechos económicos” que les corresponderían de trabajar en territorio español, introduce un amplio margen de confusión en la medida en que parece admitir la posibilidad de inaplicar la legislación sobre derechos no económicos, de gran trascendencia en ciertos temas. La solución a tamaña ambigüedad no parece estar, a nuestro juicio, en esta interpretación restrictiva del artículo y considerar de inexcusable cumplimiento a solo los mínimos económicos legales⁵⁴. Tampoco puede hallarse en el respeto a las normas de orden público del país de acogida, de que habla asimismo el artículo 1.4, pues su ámbito es muy reducido⁵⁵. Desde la perspectiva de la integración de España en la UE, la aplicación analógica de lo establecido para los desplazados a tenor de la Directiva

53 Es la solución adoptada por la S.TSJ. Cataluña de 12 de marzo de 2012 (R. 5033/2010), de responsabilidad por daños derivados de accidente de trabajo por enfermedad tropical adquirida en la India por un empleado de Médicos sin Fronteras. El empleado contrajo dengue y fue tratado en el Hospital Clínico de Barcelona; el INSS lo consideró enfermedad común y le abonó la IT, pero no la incapacidad permanente, que imputó al empleador, y el actor y Médicos sin Fronteras demandaron por enfermedad profesional. La empleadora tenía suscrita una póliza con una empresa de seguros para la cobertura de dicha incapacidad en la India, pero alcanzaba a 31.000 euros, mientras que la capitalización se había calculado en un importe de 546.453,71 euros. El TSJ revoca en parte la sentencia del Juzgado Social de Barcelona, y entiende que la empresa incurrió en negligencia, pese al “briefing” a que somete a sus empleados en Bélgica antes de enviarlos a países tropicales, por lo que la condena a 346.932,68 euros d indemnización.

54 La situación recuerda a la suscitada por la reforma de la ultra actividad de los convenios, donde la posición continuista de aplicar el convenio incluso después de llegado el término anual ha sido acogida por los tribunales de manera casi unánime, y en concreto por la S.TS. de 22 de diciembre de 2014, caso ATESE (R. 264/2014), recibiendo fuertes críticas la posición rupturista de reducirse a los mínimos legales, pues –dice la sentencia– “la que hemos denominado tesis ‘rupturista’ podría producir en el ámbito del contrato de trabajo una alteración sustancial de sus condiciones para ambas partes, trabajador y empresario, que transformaría las bases esenciales del propio contrato o negocio jurídico y el equilibrio de las contraprestaciones, pudiendo dejarlo sin los requisitos esenciales para su validez”.

55 En la legislación extranjera que tomamos como referencia, la de Emiratos Árabes Unidos –ver *infra*– apenas pueden advertirse el requisito de autorización de entrada, registro administrativo del contrato de trabajo según el modelo oficial, y algunas limitaciones en materia religiosa que se encuentran en la Ley de Trabajo 8/1980 y de Empleo 4/2005. En concreto, el permiso especial de peregrinaje a La Meca por una vez en el contrato, que se establece a favor de los empleados musulmanes, y que los no musulmanes podrían considerar como discriminatorio en el tenor de esta última Ley: “31. Special Leave. A Muslim employee shall be entitled, not more than once during the period of employment, to special leave not exceeding th (30) days without pay, to perform the Haj pilgrimage”. Además, el art. 1.4 ET solo llevaría a respetar tales normas de orden público si se alegara ante los tribunales emiratíes, pues de alegarse ante los españoles hallarían una similar cláusula de respeto a las normas de orden público españolas en la LOPJ 6/1985 que las neutralizarían de ordinario (así, art. 278.1.4).

96/71 parece una solución razonable⁵⁶, si bien los derechos fundamentales de la Constitución Española son también de inexcusable cumplimiento, con las matizaciones reconocidas en cada caso⁵⁷. Y ello aun a sabiendas de que muy probablemente el silencio de la ley española y de las de otros países venga condicionado por la multiplicidad de condiciones de vida y trabajo a las que habrá de adaptarse la estancia del extranjero en el país de acogida y que difícilmente admiten la aplicación “*alla buona*” de los mínimos españoles.

5.1.1. Profundizando un poco más, la ambigua afirmación de que a los expatriados les será de aplicación la legislación laboral española debería ser redactada con una mayor concreción, desde el punto y hora en que los convenios estatutarios tienen la consideración de ley material a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, o dicho en otros términos, que sus mínimos tienen la consideración de mínimos legales de carácter imperativo. Como ya vimos *supra*, la afirmación queda además contradicha por el inciso complementario de que “al menos” tendrán los derechos económicos españoles. El legislador sabe que no es lo mismo destinar a un trabajador a Benin que a Suiza, por lo que deja el mandato en una ambigüedad máxima para que la jurisprudencia depure la interpretación más correcta y llegado el momento rectifique si hace falta. Pero la jurisprudencia no ha llegado a entrar en profundidades sobre las condiciones de trabajo en otros países, como no sea para resolver si se aplican las condiciones españolas o las locales en base a las normas de conflicto de la LOPJ, sin discutir suficientemente la interpretación del art. 1.4. El núcleo esencial de esas condiciones, el nivel retributivo (“económico”), está además blindado en el art. 1.4, pues garantiza al trabajador el que le corresponderían de trabajar en territorio español. Si ahora giramos a la perspectiva desde el país de acogida, las multinacionales pueden enviar a un

56 Recuérdese que la Directiva aplica los mínimos de los convenios si tienen carácter general, lo que no es lo habitual en Europa, salvo en España. Las sentencias del TJE han subrayado que la Directiva se enmarca en la legislación comunitaria para fomentar la actividad transnacional de las empresas europeas, por lo que no se deben entender sus preceptos de manera que puedan suponer un límite o barrera a la libre circulación de servicios. De ahí que T. NOVITZ señale que las sentencias del “cuarteto Laval” han puesto en cuestión las legislaciones traspositorias que como la británica –y la española, añadimos- superan el nivel determinado por la Directiva en el elenco del art. 3.1. (“UK Implementation of the Posting of Workers Directive 96/71/EC”, en VV.AA. (STEIN E. ed.), *Cross-Border Services, Posting of Workers, and Multilevel Governance*. University of Oslo, Oslo 2013, p. 329.

57 Por ejemplo, el supuesto contemplado por la S.TSJ. Madrid de 1 de diciembre de 2008 (R. 4708/2008), de despido de dos trabajadores que habían prestado sus servicios a una ONG en Palestina, por haber participado en una manifestación de protesta contra la visita del presidente norteamericano al país. Se plantea ante el TSJ la lesión de derechos fundamentales, lo que el tribunal niega porque “el derecho fundamental del art. 21 de la Constitución no puede ser ejercido fuera del territorio español. El derecho de reunión posee, además de los elementos subjetivo, temporal y finalista, un elemento real que es el lugar de celebración, como declara la STC 301/06 citada en el recurso”.

expatriado a países donde el salario medio puede estar en 28 euros al mes⁵⁸, por lo que sobre todo en tiempos de crisis como los actuales buscarán la fórmula para hallar un equilibrio más favorable, por ejemplo demorando la celebración del contrato hasta después de la llegada al país de acogida. Una solución más acorde con las circunstancias estribaría bajo este enfoque en garantizar al trabajador al menos el nivel *de vida* de que disfrutara en el país de origen, un concepto más amplio que se ajustaría mejor a la variedad de parámetros que debe tener en cuenta el expatriado al llegar con su familia a un país extraño⁵⁹.

Ahora bien, en la práctica la propuesta de ajustar las condiciones económicas al nivel de vida del país de origen puede generar más fricciones que satisfacciones, dadas las dificultades para determinarlo. Una regulación tan ajustada como la de asignaciones internacionales de la BBC precisa que han de tenerse en cuenta para ello, ante todo, si se trata de una asignación de corta o de larga estancia, y de tratarse de esta última, habrá de hacerse un cálculo integrado donde se tengan en cuenta el salario de origen, los impuestos de origen, la seguridad social de origen, la diferencia salarial si el puesto de destino es de superior grado que el de origen, el complemento por coste de la vida, y otros posibles complementos⁶⁰. De ahí que la solución práctica no puede tener en cuenta una retribución inferior a la que se viniera percibiendo en origen.

5.1.2. Junto a la clarificación de tipo económico, el art. 1.4 podría inspirarse en lo ya existente en los convenios y en la regulación legal de los desplazamientos y traslados para incorporar normas de gran importancia para el expatriado en su relación con la empresa. La relación habría de contener al menos los siguientes términos:

- a) La “carta de asignación”, una declaración firmada por ambas partes con los datos de la misión encomendada, con la fecha de comienzo, el lugar, la función,

58 Así, Bangladesh: BERIAIN M., “Algunas reflexiones acerca de la tragedia del Rana Plaza: ¿quién fue el responsable?”, *Dilemata* 13 (2013), pág. 121. Véase también mi artículo “Las funciones del sindicato en un mundo globalizado”, en VV.AA. (VILLA GIL L.E., y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., dirs.), *Los sindicatos*, Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid 2014, pág. 291, nota 76.

59 La Directiva 96/75/CEE sobre desplazamiento de trabajadores requiere el nivel salarial contemplado en las normas estatales o en los convenios de carácter general, lo que en países como Alemania requiere una extensión administrativa (*Allgemeinverbindlicherklärung*) porque la fuerza de obligar originaria es solo contractual. La Ley 45/1999, de trasposición a España, establece sin más el nivel salarial del convenio aplicable, que se sobreentiende de carácter general (“estatutario”), pero para las empresas extranjeras que envían trabajadores desplazados a España, remitiendo para el caso inverso a las legislaciones nacionales de los países europeos de recepción. Entendemos que la situación de los desplazados en Europa no es comparable a la de los expatriados en otros países del mundo, donde existen enormes diferencias de coste de vida.

60 BBC, *International Assignment Policy (IAP) 2011*, pp. 13-14.

remuneración, complementos, seguros, etc., en analogía con lo establecido por el art. 5 de la Ley 45/1999 para los desplazamientos europeos.

- b) Un período de preaviso, que podría estar en los cinco días antes de la partida para las asignaciones cortas, en similitud con lo señalado para los desplazamiento nacionales por el art. 40.4 ET⁶¹, y en los treinta días para las largas, en paralelo con el traslado del art. 40.1 ET.
- c) La opción de extinguir su contrato con indemnización, en paralelo con el art. 40.
- d) La compensación de los gastos de traslado para él y la familia, en paralelo con el art. 40.
- e) El tiempo de trabajo, en los términos previstos en los artículos 34 a 38 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en paralelo con el art. 3 de la Ley 45/1999⁶².
- f) La igualdad de trato y la no discriminación directa o indirecta, en paralelo con dicha Ley.
- g) La prevención de riesgos laborales, incluidas las normas sobre protección de la maternidad y de los menores, como en dicha Ley.
- h) La no discriminación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial, por similitud con dicha Ley.
- i) El respeto de la intimidad y la consideración debida a la dignidad de los trabajadores, en correspondencia con la Ley citada.
- j) La libre sindicación y los derechos de huelga y de reunión, en paralelo con la mentada Ley para los desplazados europeos.
- k) El mantenimiento de los derechos aseguratorios en la Seguridad Social española, a semejanza de lo establecido por el Reglamento 883/2004, art. 12, para los desplazados europeos.
- l) La cobertura de los gastos de repatriación para él y la familia, por los argumentos que veremos después.

61 El artículo citado lo prescribe para los desplazamientos superiores a tres meses e inferiores a un año, pero ahora estamos hablando de una asignación internacional, por lo que cualquiera de ellas merece un preaviso de al menos cinco días. Los manuales de expatriado de las empresas suelen considerar asignaciones de corta duración a las inferiores a entre 90 y 183 días, pero no indican plazos de preaviso. Ejemplo del primer término, el “Short and Long-Term International Assignment Procedure” de la Universidad Monash Australia, 2014; del segundo, el art. 3 de la “Short Term Assignment Policy” de la Universidad de Newcastle (Reino Unido), 2012.

62 Son las condiciones de trabajo exigidas a las empresas europeas que envían a España a trabajadores desplazados desde su país.

5.2. Cláusulas y condiciones de origen negocial

De origen lleva el expatriado la cuestión de si se le aplica el convenio colectivo reconocido a los demás trabajadores de su empresa, así como el valor de las cláusulas específicas de su contrato referidas a la situación. Veamos ambos temas por separado.

5.2.1. Convenios colectivos aplicables

Respecto a los convenios colectivos aplicables a su empresa o centro de trabajo, el punto de partida ha de estar en la delimitación territorial contenida en el propio convenio. No hay ninguno, salvo error u omisión, dedicado exclusivamente a este tipo de trabajadores, lo que corre parejas con la ausencia de sindicatos de expatriados con legitimación para negociarlos en el país de origen⁶³, mientras que tampoco en los de destino se dan las condiciones de homogeneidad necesarias para algo más que para formar “asociaciones” de expatriados, por lo común en función de la nacionalidad.

Respecto a los convenios que podríamos denominar generales, solo hay unos pocos que mencionan a los expatriados, pero con tanta diversidad en sus contenidos, que a duras penas podemos extraer de ellos pautas comunes⁶⁴. Así, mientras que unos optan por aplicar las normas laborales del país de acogida⁶⁵, otros se vencent por la “sumisión estricta a la

63 En cambio sí existe un embrión de asociación empresarial, en principio alrededor de un propósito cultural y social como el de facilitar el intercambio de experiencias y de contactos entre empresas con importante actividad transnacional, que se plasma en el hecho de actuar en un mínimo de cinco países, emplear a 15 expatriados, y experiencia transnacional de al menos tres años. Se trata del Foro Español de Expatriación, FEEX, del cual forman parte al momento de escribir estas líneas 33 multinacionales españolas y 9 empresas colaboradoras (grandes bufetes y consultorías como Garrigues, Sagardoy, Cuatre casas, Deloitte, Price Waterhouse and Cooper, etc.). En ella hay importantes ausencias, como se demuestra por el hecho de que solo haya dos grandes bancos (Santander y BBVA), y no aparezcan algunas multinacionales que sí contemplan en sus convenios una regulación del expatriado y que citamos en la nota siguiente, como Agencia EFE, Iberia o Air Europa.

64 Un elenco de los convenios que regulan las condiciones de los expatriados, de ordinario con denominaciones distintas como la de trasladados al extranjero, desplazados, servicio exterior, etc. comprendería al menos los siguientes: Convenio de Telefónica Internacional Whole sale Services; de Repsol YPF; de Iberdrola Ingeniería y Construcción; de Iberdrola Inmobiliaria; de Banca; de Endesa Ingeniería; General de Derivados del Cemento; de Air Europa; de Enagás; de Agencia EFE; de Iberia LAE para personal de tierra; y de Telefónica Servicios Audiovisuales. Para el estudio de los convenios colectivos en esta materia debe consultarse el artículo de MOLINA MARTÍN A., “La regulación de la movilidad geográfica internacional de trabajadores: instrumentos y contenidos, con especial atención a la negociación colectiva”, en VV.AA. (SANGUINETTI RAYMOND W., dir.), *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española. Una visión de conjunto de los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas*, Ed. Cinca, Madrid 2014, pp. 97 ss.

65 XI Convenio colectivo de Repsol Química, art. 1, el cual agrega “si en su conjunto resultaran más beneficiosas”.

legislación española”⁶⁶, y solo alguno considera aplicable el propio convenio⁶⁷, siendo más frecuentes los que excluyen de su ámbito expresamente a los expatriados⁶⁸.

En el trasfondo de tan variadas soluciones se encuentra el hecho de que el ámbito personal de los convenios viene mediatizada por el ámbito territorial del mismo: los convenios *sectoriales* se circunscriben a una localidad o provincia, a una comunidad Autónoma o al territorio del Estado español, por lo que su vinculación al país de origen es fuerte; en cambio, los convenios de *empresa* o de centro de trabajo tienen una mayor relación con el ámbito personal y el funcional, perdiendo algo de vigor su nexo con el territorio: si el convenio regula las condiciones de trabajo en Iberdrola, Ferrovial o Acciona, pongamos por caso, el lugar donde se realice el trabajo no tiene la importancia que en cambio ocupa cuando el convenio regula las condiciones de trabajo de las empresas constructoras en la provincia de Segovia. Incluso el convenio para un centro de trabajo, que por definición tiene una fuerte afectación a la sede física⁶⁹, otorga mayor importancia a la firma que al lugar, por lo que veremos a los negociadores del mismo en la obligación de precisar cuál es la adscripción del personal con asignación internacional⁷⁰.

Poco entienden los convenios de la distinción entre desplazados y expatriados, aunque en todo caso siempre hablan del personal que es enviado al exterior, lo que casi de manera automática circunscribe la regulación al personal técnico, directivo o en todo caso cualificado; de modo que una parte importante del personal que trabaja en los centros laborales del exterior, contratado en el país tercero, se regirá por las condiciones de ese país –de ordinario a su pesar- y tratará de plantear ante los tribunales de la sede central la cuestión del trato igual con los compañeros que vienen de la metrópoli⁷¹. En cambio, algunos de los convenios harán

66 XVI Convenio estatal de Empresas de Consultoría y Estudios de Mercado y de la Opinión Pública, art. 30.5; XXII Convenio estatal de Banca, art. 2; XI Convenio estatal de Derivados del Cemento, art. 7.

67 El XI Convenio de Repsol Química, ya citado, *ibidem*.

68 I Convenio para el personal de la sede central del Instituto Cervantes; III Convenio único para el personal laboral de la Administración Central del Estado, art. 1.2: “Quedan excluidos del ámbito de aplicación del presente Convenio: 1. El personal laboral que presta servicios en el exterior”.

69 Recuérdese la distinción italiana entre azienda e impresa, o la germánica entre Betrieb y Unternehmen.

70 Así lo vemos en el I Convenio del Instituto Cervantes para su personal de la sede central en Madrid y Alcalá, que excluye expresamente de su ámbito al personal exterior. Y en la medida en que la Administración Central del Estado es una empresa desde el punto de vista laboral, también se ve en la necesidad de excluir expresamente al personal de servicio exterior.

71 Expresamente lo indica el XIX Convenio de Iberia LAE para personal de tierra, art. 4: “El personal contratado fuera del territorio español se regirá por las normas específicas de cada país. Por el contrario, el contratado originariamente en territorio español y destinado a prestar sus servicios fuera de él, se regirá por las normas de este convenio, salvo en aquellas materias que hayan sido reguladas de forma diferente por la dirección, como pueden ser las comprendidas en los capítulos de retribuciones, horas extraordinarias y jornada”.

distinciones referidas a la duración⁷², entre estancias de breve duración –a las que denominan “comisión de servicio”, “desplazamiento”-, y estancias de mayor duración –a las que denominan “residencia”, “destacamento”, “destino”-, así como entre estancias voluntarias y estancias por decisión unilateral de la empresa o necesidades del servicio, con repercusiones en el tratamiento de las condiciones de trabajo⁷³.

La mayoría de las condiciones de trabajo reguladas en los convenios para los expatriados –se repite que normalmente no se distingue en ellos si destinados a países UE o fuera de la UE- hacen referencia a la cobertura de los gastos del viaje⁷⁴, a la concesión de viajes periódicos a la metrópoli⁷⁵, a una póliza de seguro de asistencia en viaje, de vida, o de enfermedad, según los convenios⁷⁶, a una “dieta internacional” o “complemento de destino” que mejora el sueldo percibido en origen⁷⁷, e incluso a una ayuda escolar y compensaciones por vivienda⁷⁸.

5.2.2. Cláusulas contractuales y “políticas de asignación internacional”

Ya hemos hablado de las demandas ante los tribunales de Madrid del personal de embajadas y consulados contratados en la ciudad sede de las mismas; otros muchos ejemplos pueden verse en mi *Derecho Transnacional del Trabajo*, pp. 65 ss. O la sentencia TJE 214/94, caso Boukhalfa, mencionada supra en nota 23.

72 Para distinciones entre estancias short-term y long-term y duraciones concretas de ambos tipos en las regulaciones de otros países, cfr. supra, nota 57.

73 Por ejemplo, en el III Convenio de Air Europa, art. 49, el traslado voluntario solo genera el derecho a un billete en avión de la compañía para el trabajador y su familia, pero no al resto de las condiciones reguladas en el mismo capítulo. Para estas distinciones, cfr. MOLINA MARTÍN A., *op. cit.*, pág. 116. Sobre desplazados y expatriados desde la perspectiva de la movilidad geográfica, MOLINA MARTÍN A., *La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico-laboral*, Aranzadi, Cizur Menor 2010, *passim*; y GORDON GARCIA-SALCEDO A., “Movilidad geográfica: expatriados”, en VV.AA. (DEL REY GUANTER S., dir.), *Multinacionales y globalización de los recursos humanos*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid 2013, pp. 133 ss.

74 Como mínimo el viaje de la unidad familiar y la mudanza, y si hay disponibilidad, ayuda para la búsqueda de la vivienda, si el viaje se produce por necesidades de la empresa, en el Convenio de Telefónica Internacional Whole sale Services, art. 17. Billetes aéreos para el trabajador y su familia, con una franquicia de 750 kilos, Convenio de Iberia LAE para personal de tierra, art. 219.

75 Cada tres meses en el extranjero, V Convenio General de Derivados del Cemento, art. 28; cada 12, 18 o 24 meses para el trabajador y familiares directos a su cargo que convivan con él en el extranjero, Convenio de la Agencia EFE, art. 58; tres veces cada año en billete de clase turista, para las estancias superiores a un año, Convenio de la Agencia EFE, art. 58.

76 Cfr. los supuestos en MOLINA MARTÍN, *op. cit.*, pág. 119.

77 A veces, también un “complemento de carestía” que compense el coste de la vida en el país de destino (Convenio Agencia EFE, art. 63). Quizá el más generoso sea el VI Convenio de Derivados del Cemento, que reconoce el abono de todos los gastos, tales como viajes, alojamiento y manutención, además del 25 % del valor de la dieta fijada en el convenio provincial correspondiente para los traslados en general (art. 30).

78 Convenio Agencia EFE, arts. 59 y 61.

Con respecto al contrato de trabajo del expatriado y las condiciones que pueden figurar en él, hemos de tener en cuenta la habitualidad de su existencia tiempo antes de la propuesta de asignación internacional, dado el carácter de personal cualificado de quienes la empresa envía al extranjero. Hablamos consiguientemente no tanto de un nuevo contrato como de una novación del existente, por la cual surge el destino exterior a cambio de condiciones de trabajo mejoradas. La calificación jurídica que merece semejante cambio del lugar de ejecución del trabajo es la de una modificación sustancial⁷⁹, por lo que cabe la posibilidad de una modificación peyorativa en la que el trabajador pase a condiciones inferiores a las disfrutadas hasta el momento, siempre que se den los requisitos legales del artículo 41 ET, que en este caso serían las razones organizativas de la empresa.

Pero de ordinario las empresas son las primeras interesadas en una generosa compensación al servicio exterior que, o bien se consensúa con el trabajador, o bien se encuentran plasmadas, en las multinacionales con amplia actividad transnacional, en un Manual del Expatriado o en un documento sobre Política de Asignaciones Internacionales que se aplican uniformemente. Tal es el caso, por ejemplo, del documento de la multinacional INDRA sobre Política de Asignaciones Internacionales⁸⁰, el Manual del Expatriado del Lloyds TSB Bank⁸¹, la Política de Asignación Internacional de la BBC⁸², la Normativa y Condiciones de Asignaciones Internacionales de Iberdrola Ingeniería y Construcción, la

79 Vimos más arriba que el desplazamiento interno de trabajadores tiene una regulación diferenciada de la establecida en el art. 41 para las modificaciones sustanciales. Y hemos visto también que no debe equipararse al desplazamiento la expatriación, ni considerar aplicable el art. 40 por analogía. Respecto al art. 41, el listado que contiene el apartado 1 es solo indicativo (“entre otras”), por lo que resulta factible la aplicación de la *reformatio in pejus*.

80 Signatura PRG-IDR-177 Procedimiento General, 2008, en internet. 27 páginas. El apartado central se refiere a las condiciones generales durante la asignación internacional (pp. 9 ss.), que comprende aspectos tales como los elementos retributivos, el complemento de expatriación y los beneficios extra salariales, pero también son importantes los apartados sobre apoyo antes y durante la expatriación (pp. 7 ss.), sobre repatriación anticipada (p. 19), sobre el régimen de seguridad social (p. 21), o sobre vacaciones y anticipos (pp. 22 ss.).

81 No ha sido posible consultarlo directamente, sino a través de la sentencia TSJ Madrid de 9 de enero de 2012 (R. 5603/2011), en la que aparece aportado como prueba. Como se recordará, se trataba de un brasileño al cargo de la dirección de Lloyds España que es despedido y demanda por la indemnización del despido. A tenor de la sentencia, el expatriado del Lloyds Bank recibe unos 30.000 euros como gratificación de una sola vez para gastos de agua, gas, electricidad y vuelos “personales”; la empresa es la arrendataria de la vivienda, por un importe de 96.000 euros anuales. La empresa ingresaba además una aportación al plan de pensiones de en torno a 1200 libras anuales, y una participación en beneficios flexibles de 385 libras al año, con opción sobre acciones para el trabajador cuya cuantía no se refleja al no haber sido realizadas. Finalmente, estaba previsto un bonus por alcanzar los objetivos marcados del 25% del salario, lo cual importaba 52.000 euros.

82 BBC, *International Assignment Policy (IAP)*, Londres 2011, 19 páginas, probablemente la oferta más completa de las conocidas, lo que no equivale a la más generosa.

Política de Movilidad Internacional de Ferrovia, o los muy detallados procedimientos de algunas Universidades para su personal docente⁸³.

En unos casos como en otros, los incentivos y tratamiento económico dependen del tipo de asignación internacional por el que se destina al trabajador, en los que se distinguen cuatro clases⁸⁴:

a) Expatriación “tradicional”, entendida como la situación en que el trabajador es desplazado a otro país por un periodo indefinido superior a doce meses e inferior a cinco años.

b) “Movilidad internacional” por un período definido de tiempo con compromiso de retorno, no hay desvinculación del empleado con la casa matriz (aunque se suspende la relación laboral) y la compañía le garantiza el retorno al término de la asignación internacional.

c) “Localización”, situación entendida como la baja definitiva del empleado en la casa matriz y suscripción de un nuevo contrato, independiente del precedente, en la sede o país de destino, al que queda vinculado el empleado a todos los efectos.

d) “Desplazamiento temporal por proyectos”, cuando el empleado se traslada a otro país por un periodo nunca superior a 183 días para la realización de un proyecto concreto. Este tipo de desplazamientos de corta duración está siendo cada vez más utilizado por las compañías.

La “asignatura pendiente” en el régimen jurídico del expatriado se encuentra en el tratamiento de las repatriaciones, tanto en las cláusulas contractuales como en las políticas empresariales o, en fin, en los convenios colectivos. Hemos visto que solo excepcionalmente se regula la eventualidad de las repatriaciones anticipadas, ya por causas atinentes al trabajador, ya por las empresariales, pero el problema tiene mayores proporciones, como lo indican los estudios sobre recursos humanos: el expatriado desaparece del campo visual a la hora de los ascensos y promociones de la empresa en la metrópoli, e incluso es poco tenido en cuenta a la hora de adoptar decisiones de la central sobre el trabajo que desempeña en el

83 Por ejemplo, el “Short and Long-Term International Assignment Procedure” de la Universidad Monash Australia, 2014, o la “Short Term Assignment Policy” de la Universidad de Newcastle (Reino Unido), 2012, ambos documentos ya citados en nota 57. En general se trata de documentos a los que las empresas españolas no suelen dar publicidad como no sea en un apartado de sus Memorias o Informes anuales: MOLINA MARTÍN A., “La regulación de la movilidad geográfica internacional, cit., pp. 104-105. Un análisis global de las políticas de asignación internacional de las multinacionales, en KPMG, *Global Assignment Policies and Practices. Survey 2013 (“GAPP Survey”)*, a nivel mundial, y en KPMG, *International Assignment Policies and Practices. Survey 2014* sobre empresas con matriz suiza, en internet.

84 LÓPEZ J.A., “Aspectos retributivos de la movilidad internacional de trabajadores”, UDIMA, Facultad de Ciencias del Trabajo y Recursos Humanos, Madrid 2015.

extranjero, lo cual hace fracasar con frecuencia la misión encomendada y provoca la salida, la repatriación o la localización del propio trabajador. De ahí que los expertos señalen que una buena política de asignaciones internacionales debe comprender un proceso de repatriación planificado, con reinserción en puestos donde los expatriados puedan aplicar lo que aprendieron en sus asignaciones⁸⁵.

5.3. Legislación de acogida: el caso del Oriente Medio

Nos hallamos ante una situación típica de Derecho Internacional Privado donde habitualmente se producen colisiones entre las leyes de dos o más países y conflictos de competencia, positivos o negativos, entre los tribunales de distintos países. Los criterios de solución dependen de la existencia de convenios bilaterales o multilaterales aplicables a los países envueltos en el conflicto en materia “civil y mercantil”, que incluye de ordinario a la materia laboral⁸⁶. Dada la variedad de soluciones, el mejor modo de exponer la problemática principal consiste en elegir un modelo o paradigma de situación, que en el presente análisis va a ser el de los países productores de petróleo de Oriente Medio, y más en concreto el de los Emiratos Árabes Unidos (EAU)⁸⁷, con una regulación laboral de extensión completa e intensidad media, si comparada con la de países como, por ejemplo, Extremo Oriente⁸⁸.

85 Resultados de la encuesta de BLACK J.S. y GREGERSEN H.B., “The Right Way to Manage Expats”, *Harvard Business Review* 2 (1999), pp. 52 ss., sobre 750 multinacionales; HUNGER D. et al., *Administración Estratégica y Política de Negocios*, Pearson Educación, 10ª edición, Madrid 2007, p. 247. Unainteresante análisis de encuestas sobre expatriados de multinacionales australianas en CHEW J., “Managing MNC Expatriates through Crises: A Challenge for International Human Resource Management”, *Research and Practice in Human Resource Management*, 2 (2004), 1-30. “Desarrollar una carrera internacional supone un reconocimiento de la valía del candidato y una apuesta por su promoción. Sin embargo, garantizar a ese candidato que al volver podrá aspirar a un puesto de mayor responsabilidad que el que dejó es todavía una incógnita que muchas compañías no pueden despejar de antemano”, señala GALLARDO J.A., “El retorno, la asignatura pendiente de las políticas de expatriación”, *Bridgedworld* 2011, quien agrega: “El porcentaje de los expatriados de BBVA, Endesa, Indra, NH Hoteles, Prosegur y Repsol YPF que consiguen un ascenso a la vuelta oscila entre el cinco y el sesenta por ciento. El Grupo Santander y Ferrovial no han facilitado este dato”.

86 La búsqueda del convenio internacional aplicable no es necesaria en los conflictos dentro de la Unión Europea, donde como se sabe existe un Reglamento Bruselas I sobre la competencia judicial, y dos Reglamentos, Roma I y Roma II, sobre legislación aplicable.

87 Se trata de una Federación de siete Estados (Abu Dabi, Ajmán, Dubái, Fuyaira, Ras al-Jaima, Sharjah y Umm al-Qaywayn), de religión musulmana, que linda con Arabia Saudita, Omán y el Golfo Pérsico. Fue protectorado británico hasta 1971.

88 La legislación laboral de EAU, como es frecuente encontrar en otros países, distingue entre una regulación laboral común y una especial para ciertos distritos industriales privilegiados donde se otorgan facilidades para la instalación de empresas, facilidades consistentes por ejemplo en la prohibición de huelgas y sindicatos, o severas restricciones al respecto, como vemos en Bangladesh. En el caso de EAU, ha de distinguirse entre la Ley del Trabajo (Ley Federal 8/1980, reformada en diversas ocasiones, principalmente mediante Leyes Federales

5.3.1. Jurisdicción competente

En materia internacional son bastante más frecuentes los convenios bilaterales y multilaterales sobre determinación del tribunal competente que sobre la legislación aplicable, y de hecho el análisis de un conflicto comienza por la determinación de la competencia jurisdiccional, pues una vez dilucidada la nacionalidad del órgano sentenciador, el problema de las normas sustantivas que éste deba aplicar se hace relativamente sencillo.

En las relaciones laborales entre España y EAU no existe hasta el momento convenio aplicable ni en materia de competencia judicial ni en materia de ley aplicable a las obligaciones laborales, una situación demasiado frecuente en países que no son europeos ni americanos y donde se concreta una buena parte de lo que conocemos como el mundo de habla inglesa⁸⁹. En tales circunstancias debe acudir a la legislación de cada país involucrado y a lo que cada tribunal nacional considere aplicable, por lo que no son raros los conflictos de jurisdicción y la evitación de tales conflictos, que pueden eternizarse, merced a soluciones arbitrales o mediadoras. No es infrecuente, por otra parte, que ante la tesitura de un conflicto de competencias positivo, en el que varios tribunales de distintos países se consideraran simultáneamente competentes para resolver el litigio, las partes más expertas acudan a una elección interesada del tribunal, lo que puede ocurrir *ex ante* mediante cláusulas contractuales de sumisión a un determinado foro (*prorrogatio fori*), o *ex post*, acudiendo en demanda de justicia ante el tribunal que presente las condiciones más favorable para las propias pretensiones, conocido coloquialmente como “forum shopping”.

En España las normas generales sobre esta cuestión se encuentran en el art. 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985⁹⁰.

24/1981, 12/1986 y 8/2007), de aplicación general, y la Ley de Empleo (Ley Federal 4/2005), reguladora de las empresas instaladas en el Centro Financiero Internacional de Dubai y de las creadas bajo la Ley 9/2004 y cuyos trabajadores están basados o trabajan normalmente en dicho Centro Financiero. En cuanto a relaciones colectivas, la Orden Ministerial 48/1 de 1980 regula los comités de conciliación dentro del Ministerio de Trabajo para el arreglo de conflictos colectivos, formados en cada sector de actividad por el Director sectorial donde el lugar de trabajo se localiza, por el empleador o su representante, y por un representante de los trabajadores “seleccionado en consulta con el presidente del Comité”. Ve también arts. 154 ss. de la Ley del Trabajo 8/1980. El Decreto Ministerial 297/1994 establece, en fin, comités de coordinación de las “asociaciones ocupacionales” operantes en el territorio del Estado.

⁸⁹ EAU sí tiene, en cambio, un convenio bilateral con España de 5 de marzo de 2006 sobre IRPF y Patrimonio, sin interés a nuestros efectos.

⁹⁰ Seis criterios de avocación de competencias para los tribunales españoles: “En el orden social, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes: 1º. En materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de

5.3.2. El modelo oficial de contrato de trabajo

Aun cuando el contrato venga ya ajustado en el país de origen, y las condiciones fijadas en él sean las importantes, los países de recepción disponen de una legislación sustantiva laboral cuyos rasgos básicos puede considerar de mínimos y exigirlos en toda relación laboral viva en el país. De ordinario esos estándares operan desde fuera, como términos implícitos legales, que se imponen a virtud de su carácter imperativo sin necesidad de aparecer expresamente en el contrato. No obstante, algunos países exigen la presentación en el registro de un modelo de contrato firmado por ambas partes, donde constan las condiciones básicas de Emiratos, con independencia de las que pueda contener el acuerdo de origen pactado con la empresa; hablamos consiguientemente de un contrato estándar, hecho en un impreso oficial que queda registrado. Su contenido en Emiratos Árabes Unidos es el siguiente:

Datos sobre el contrato: número de registro, fecha y lugar de celebración, fotografía del trabajador. Datos sobre la “parte primera”: nombre de la empresa y de su representante. Datos sobre la “parte segunda”: nombre del trabajador, nacionalidad, número de pasaporte. Datos generales del contrato: categoría profesional, salario básico y periodicidad, duración del acuerdo. El impreso deja los correspondientes espacios en blanco para su concreción por las partes. Y datos sobre las condiciones laborales:

1. Ambas partes acuerdan que la segunda parte estará sujeta a un período de prueba de meses (espacio en blanco) que en ningún caso podrá exceder de seis meses desde el comienzo del empleo.

2. El contrato de trabajo por tiempo determinado terminará en la fecha de su expiración, pero en caso de que ambas partes continúen la relación se considerará el mismo renovado por un período extra de un año desde la fecha en que expire y en los mismos términos y condiciones.

trabajo, cuando los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español; cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato; y, además, en el caso de contrato de embarque, si el contrato fue precedido de oferta recibida en España por trabajador español. 2º. En materia de control de legalidad de los convenios colectivos de trabajo celebrados en España y de pretensiones derivadas de conflictos colectivos de trabajo promovidos en territorio español. 3º. En materia de pretensiones de Seguridad Social frente a entidades españolas o que tengan domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación en España”.

3. La parte primera soportará el coste del billete de avión en el momento de comenzar el trabajo y también el coste de un billete de retorno al momento de la terminación del contrato.

4. La parte primera terminará los servicios de la parte segunda inmediatamente y sin preaviso en caso de que la segunda parte violara el artículo 120 de la ley federal 8/1980 respecto a la organización de la relación laboral según las condiciones de trabajo allí previstas⁹¹, así como por las establecidas en el artículo 88 del mismo cuerpo legal⁹².

5. Las previsiones de la ley federal 8/1980 se aplicarán respecto a la terminación del servicio y también a las demás condiciones de trabajo no contenidas en el presente contrato.

6. La parte primera se obliga a garantizar a la parte segunda unas vacaciones anuales de (espacio en blanco) días, sin que puedan ser inferiores a treinta días.

7. Otras prestaciones garantizadas a la parte segunda:

-Alojamiento: (espacio en blanco)

-Transporte: (espacio en blanco)

-Otras: (espacio en blanco)

-Salario básico (espacio en blanco)

-Salario total con complementos (espacio en blanco)

8. Otras condiciones (espacio en blanco)

9. Horas de trabajo diarias (espacio en blanco), que no excederán de cuarenta y ocho semanales. En caso de tiendas, hoteles, restaurantes y vigilancia, las horas de trabajo serán nueve.

Firmas de empleador y trabajador, y sello de la autoridad administrativa.

⁹¹ “ARTICLE (120) The employer may dismiss the employee without notice in the following cases: 1. If the employee adopts a false identity or nationality or if he submits forged documents or certificates. 2. If the employee is appointed under a probationary period and dismissal occurred during or at the end of said period. 3. If he commits an error causing substantial material loss to the employer provided that the latter advises the labour department of the incident within 48 hours from having knowledge of the same. 4. If the employee violates instructions concerning safety of the place of business provided that such instructions are displayed in writing at conspicuous places and in case of an illiterate employee the latter be informed verbally of the same. 5. If he fails to perform his basic duties under the contract of employment and persists in violating them despite formal investigation with him in this respect and warning him of dismissal if the same is repeated. 6. If he divulges any secrets of the establishment where he is employed. 7. If he is awarded final judgement by the competent court in respect of an offence prejudicing honour, honesty or public morals. 8. If during working hours he is found drunk or under the influence of drug. 9. If in the course of his work he commits an assault on the employer, the manager or any of his colleagues. 10. If he absents himself without lawful excuse for more than twenty intermittent days or for more than seven successive day during one year”.

⁹² “ARTICLE (88) During the annual leave or sick leave provided for hereunder, the employee may not work for another Employer; however, if the employer has established that the employee has done this, he shall have the right to terminate the service of employee without notice, and to deprive him of the leave pay due to him”. Artículo modificado por la Ley federal 12/1986.

El modelo de contrato antevisto contiene algunos aspectos no contemplados en la legislación ordinaria, principalmente el pago de billetes de avión de llegada y de regreso, pero también silencia la mayor parte de las normas de la Ley del Trabajo: es evidente que la omisión no supone la inaplicación de las normas silenciadas, que habrían de observarse incluso aunque no hubiera existido la remisión que vemos en el apartado 5 del modelo de contrato⁹³.

⁹³ Por ejemplo, la indemnización por terminación del servicio, de 20 días por año si la relación dura menos de cinco años y de 30 días por cada año superior a cinco, art. 132. Se trata de una regulación de “contrato único” similar a la italiana del trattamento di fine rapporto, que no impide la necesidad en los contratos por tiempo indefinido de justa causa para despedir o, en su caso, de un largo preaviso. O el permiso de peregrinación que debe dar el empleador por una única vez y por duración inferior a un mes, sin retribución, art. 87. El trabajo de los expatriados extranjeros en sentido amplio –comprendida toda la mano de obra no cualificada, que procede de India y Pakistán- tiene una amplia regulación en la Ley del Trabajo, en especial el deber del empleador de abonar el transporte aéreo de llegada y retorno: “ARTICLE (128) Any non-national employee who absents himself from work without lawful reasons prior to the end of the contract for a limited period, may not take up employment elsewhere even with the consent of the employer for one year after the date on which he absented himself from duties. And no other employer who is aware of that may employ or keep such employee in his service during such period. ARTICLE (129) If the non-national employee has notified the employer of his desire to terminate the contract with unlimited period and has absented himself from work before the end of the legal notice period, he may not take up employment elsewhere before the lapse of one year from date of absence from work, even with consent of employer, and no other employer, who is aware of the case may recruit him or keep him in service before the end of such period. ARTICLE (130) The provisions of Article (128) and (129) exempt non-national employee who obtains prior approval of the Minister of Labour and Social Affairs before taking up another employment with the approval of the original employer. ARTICLE (131) Expenses for repatriation of an employee to his place of origin or any other place agreed upon by both parties shall be borne by the employer. If the employee after the end of his contract takes up employment somewhere else, repatriation expenses upon termination of his service shall be paid by the last employer subject to the provisions in the preceding clauses, and if the employer has failed to repatriate the employee and has not paid the repatriation expenses, the competent authorities shall do this at the employer's expense by way of attachment. If the cause for termination of contract is attributed to the employee, his repatriation will be arranged at his own expense if he has the means to pay. ARTICLE (131) (REPEATED)1. In application of the provisions stated in the preceding clause, the expenses of employer's repatriation shall mean the cost of his travel ticket and whatever is provided for in the employment contract or in the bylaws of the Establishment, such as the employee's entitlement to travel tickets for his family and costs for shipment of his luggage. 2. In the cases where the employer provides the employee with accommodation, the employee shall be obliged to vacate the accommodation within a period not to exceed thirty days from the date of his service termination. 3. The employee may not delay vacation of accommodation, thereafter, for any reason whatsoever, provided that the employer fulfills his obligation towards the employee with respect to the followings: a) Expenses defined in Clause (1) under this Article. b) End of service remuneration and any other dues assumed by the employer under the employment contract or the bylaws or the Law. 4. However, if the employer raised a dispute with respect to the amount of expenses and dues referred to above; the competent labour Department shall determine urgently the amount of such expenses and dues, within one week of a notification being sent to it, provided always that after such determination is made by the Labour Dept. the employee must be informed forthwith. 5. In such a case, the validity of the thirty days period referred to in Clause 2 under this Article, shall take effect from the date, the employer deposits the expenses and dues determined by the labour Department, with the treasury of Labour Dept. as a trust. If however the employee has failed to vacate the accommodation after expiry of the said thirty days, the Labour Department, in cooperation with the competent authorities in the concerned Emirate, will take the necessary administrative action to secure vacation. 6. No provisions under this Article is deemed to prejudice the right of employee to litigate thereabout before the competent court. ARTICLE (131-a-1)1- Employer shall undertake to submit a bank guarantee to the competent labour department. The type, amount, procedures and companies and establishments subject to this condition, as well as other relevant provisions shall be defined by a Cabinet Resolution. Such guarantee shall be for the good performance of the employer's obligations stipulated in Articles 131 and 131-a herein. 2. Deduction of amounts from the bank guarantee mentioned in para (1) of present article shall be by virtue of a court

Referencias

BLACK J.S. y STEPHENS G.K., “The Influence of the Spouse on American Expatriate Adjustment and Intent to Stay in Pacific Rim Overseas Assignments”, *Journal of Management* 4 (1989)

BLACK J.S. y GREGERSEN H.B., “The Right Way to Manage Expats”, *Harvard Business Review* 2 (1999).

BERIAIN M., “Algunas reflexiones acerca de la tragedia del Rana Plaza: ¿quién fue el responsable?”, *Dilemata* 13 (2013).

BORG M., *International Transfers of Managers in Multinational Corporations*, Universidad de Uppsala, tesis doctoral, 1987

BREWSTER C., “The Management of Expatriates”, *Human Resources Research Center Monograph* 2, Cranfield School of Management, 1988

CARTWRIGHT J., *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 2ª ed., Hart, Oxford 2013.

CHEW J., “Managing MNC Expatriates through Crises: A Challenge for International Human Resource Management”, *Research and Practice in Human Resource Management*, 2 (2004).

FECHTER A.M., *Transnational lives: expatriates in Indonesia*, Ashgate, Aldershot 2007.

FERNÁNDEZ ROZAS J. y SÁNCHEZ LORENZO S., *Derecho Internacional Privado*, Civitas-Thompson, Madrid 2011.

GALLARDO J.A., “El retorno, la asignatura pendiente de las políticas de expatriación”, Bridgedworld 2011.

GÓMEZ LÓPEZ-EGEA S., *Políticas de expatriación y repatriación en multinacionales: visión de las empresas y de las personas*, IESE-Universidad de Navarra, Pamplona 2005.

GORDON GARCIA-SALCEDO A., “Movilidad geográfica: expatriados”, en VV.AA. (DEL REY GUANTER S., dir.), *Multinacionales y globalización de los recursos humanos*, La Ley-WoltersKluwer, Madrid 2013.

HARVEY M., *The English in Rome 1362-1420*, Cambridge University Press, Cambridge 1999

judgement, except for the following: 1. Return expenses of the employee to his home country or wherever as agreed with employer. 2. Amounts acknowledged by employer before the competent labour department as entitlements of employee. In both cases, the Ministry may deduct such entitlements from the guarantee referred to in Para (1) hereof and pay the same to the employee to settle his dues”. Versión en inglés tomada de OIT-Natlex.

HESS M.B. y LINDERMAN P., *The expert expat: your guide to successful relocation abroad: moving, living, thriving*, N. Brealey Pub., Boston 2007.

HUNGER D. et al., *Administración Estratégica y Política de Negocios*, Pearson Educación, 10ª edición, Madrid 2007.

LEONARD P., *Expatriate identities in postcolonial organizations: working whiteness*, Ashgate, Burlington 2010.

MAAS C.W., *The German Community in the Renaissance Rome, 1378-1523*, Roma 1981.

MARIANO S., MOHAMED M., y MOHIUDDIN Q., *The role of expatriates in MNCs knowledge mobilization*, Emerald Insight, Bingley 2011.

MOLINA MARTÍN A., “La regulación de la movilidad geográfica internacional de trabajadores: instrumentos y contenidos, con especial atención a la negociación colectiva”, en VV.AA. (SANGUINETTI RAYMOND W., dir.), *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española. Una visión de conjunto de los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas*, Ed. Cinca, Madrid 2014.

MOLINA MARTÍN A., *La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico-laboral*, Aranzadi, Cizur Menor 2010.

MORGENSTERN F., *Conflictos internacionales de Derecho Laboral. Investigación sobre la ley aplicable a la relación laboral internacional*, OIT, Ginebra 1984.

ORTIZ VIDAL M.D., “La ley aplicable al contrato internacional de trabajo y el principio de proximidad y de seguridad jurídica internacional: cooperadores necesarios”, en *Trabajo y Seguridad Social* 385 (2015).

PEREZ LOPEZ J.M., *Guía e Instrumentos de Descripción del Archivo Histórico Minero*, Fundación Río Tinto, Huelva 2008.

PIRENNE H., *Las ciudades de la Edad Media*, Alianza Editorial, Madrid 2007

PORRAS COSO A., SÁNCHEZ ASTUDILLO F. y MOLINA MIGUELA R., “Sobre la no aplicación del convenio colectivo del Ministerio de Asuntos Exteriores al personal laboral que presta sus servicios en el extranjero”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 79 (1996).

TUDELA, *Libro de Viajes*, Rio Piedras Ediciones, Barcelona 1989

SAPORI A., *Il mercante italiano nel medioevo*, Jaca Book, Milán 1981

SCHUCHARD C., *Die Deutschen an der Päpstlichen Kurie im späten Mittelalter (1378-1447)*, Tubinga 1962.

VILAR J.B. Las emigraciones españolas a Europa en el siglo XX: algunas cuestiones a debatir, *Migraciones y Exilios. Cuadernos AEMIC* 1 (2000)

VV.AA., “Venerabile. The English Hospice in Rome”, *Venerabile*, edición sexto centenario, 21 (1962)

VV.AA. (VILLA GIL L.E., y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., dirs.), *Los sindicatos*, Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid 2014.

VV.AA. (STEIN E. ed.), *Cross-Border Services, Posting of Workers, and Multilevel Governance*. University of Oslo, Oslo 2013.

WILLIAMS M.E., *The Venerable English College, Rome 1579-1979. A History*, Londres 1979.

WILSON M.S. y DALTON M.A., *International success: selecting, developing and supporting expatriate managers*, Center for Creative Leadership, Greensboro 1998.

LIBERTAD DE CIRCULACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA Y DERECHOS DE PROTECCIÓN SOCIAL¹

FREEDOM OF MOVEMENT IN THE EUROPEAN UNION AND RIGHTS OF SOCIAL PROTECTION

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña²

Resumen: Se plantea en el estudio el significado y alcance de los derechos que integran el estatuto de la Ciudadanía de la Unión, en especial, de los derivados de la libertad de circulación “no económica” de los ciudadanos comunitarios. En la actualidad el TJUE está comenzando a reformular su jurisprudencia expansiva en torno al principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad y, en particular, está limitando el derecho a la protección social de los ciudadanos comunitarios económicamente no activos. Entre ellos, los demandantes de empleo.

Palabras Clave: Libertad de circulación en la Unión Europea; Derechos de protección social de los ciudadanos comunitarios; Ciudadanos comunitarios económicamente inactivos; demandantes de empleo.

Abstract: The study raises the meaning and scope of the rights that make up the UE Citizenship, in particular derivatives EU “no-economic” citizens Freedom Movement. At present, the ECJ is beginning to reformulate its expansive jurisprudence on the Equality and non-discrimination on grounds of nationality principle and, in particular, is limiting the Economic inactive European citizens Right to social protection. Including job seekers.

Artigo recebido em 06 de agosto de 2015

¹ El texto se basa en la ponencia oral, que, bajo el título “Libertad de circulación, ciudadanía de la Unión y derechos de protección social”, se pronunció en Madrid el 3 de junio de 2015 en las VII JORNADAS TÉCNICAS DE LA ASOCIACIÓN PROFESIONAL DEL CUERPO SUPERIOR DE TÉCNICOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “La Seguridad Social española en el contexto de la protección social en la Unión Europea”. Se enmarca en el Proyecto de Investigación DER 2013-45781P

² Profesora Titular, Acreditada a Catedrática, de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid (España) sanuran@ucm.es

Key Words: Free Movement Right in the EU; Welfare Benefits in the EU; Economic inactive European citizens; job seekers.

1. Introducción

Casi quince años después de que el Tratado de Maastricht (1992) introdujera el que se dice Estatuto de Ciudadanía de la Unión en el Derecho Comunitario Originario, sigue planteándose la cuestión relativa al alcance de los derechos que lo integran (libertad de circulación, como dimensión esencial; y derecho de residencia en los diferentes países de la Unión Europea), garantizados por el principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad.

Hoy, tanto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE, Segunda Parte, “No discriminación y Ciudadanía de la Unión”, arts.18 a 21) como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Título V, “Ciudadanía”, arts.39 a 46), insisten en su configuración jurídico-formal pero no la definen, de modo que aún hoy y con más insistencia en los últimos años, cabe cuestionarse si el derecho de libertad de circulación intracomunitaria debe interpretarse como un derecho individual, inherente a la condición política, y no económica, de ciudadano comunitario; si, por tanto, es un derecho, y también el derecho de residencia, autónomo respecto de la libertad de circulación y de residencia económicas; si, por tanto, se puede desvincular totalmente de la noción de ciudadano-trabajador y, en definitiva, si puede derivarse del mismo unos estándares mínimos y unitarios en materia de derechos de los ciudadanos de la Unión, en concreto, *ratione materiae* y *ratione personae*, que vayan aparejados a su libertad de circulación en el territorio de la Unión; entre ellos los que refieren a la protección social en el Estado de Acogida.

O, por el contrario, si ni siquiera en la actualidad puede entenderse que el estatuto de Ciudadano de la Unión sea incondicionado, único u homogéneo. Lo que equivaldría a definirlo como un estatuto que aún tiene un carácter complementario y subordinado a la ciudadanía nacional (tal como deriva del art.20 TFUE); que los derechos y libertades que lo integran son limitados puesto que el TFUE permite (arts.20y 21) que las normas comunitarias (y las nacionales) impongan determinados condicionantes; que aún hoy permanece un régimen específico para la libertad de circulación económica, más ventajosa respecto de la libertad de circulación no económica; en fin, que la extensión de la ciudadanía europea social no es plena ni absoluta, permitiendo a los Estados miembros que puedan limitar los

derechos de protección social en su configuración y requisitos de acceso respecto de aquellos ciudadanos comunitarios que no son nacionales de su país y que, en particular, no son ciudadanos económicamente activos, es decir, sujetos económicos (trabajadores por cuenta propia o por cuenta ajena). Con lo que, si así fuera, habría que convenir en afirmar que el Modelo de integración social comunitaria es condicional y limitado y que los derechos de protección social, si bien han evolucionado desde su instrumentalización para conseguir un objetivo económico, el de integración de mercados entre Estados Miembros (a través de las reglas o principios de coordinación comunitaria de los sistemas de protección social internos de cada uno de los países), hoy no pueden definirse como derechos plenos con fundamento en el principio de solidaridad social y, derivado del mismo, el de solidaridad financiera entre Estados Miembros, sean Estados de origen o Estados de acogida de los ciudadanos comunitarios que hacen uso de su libertad de circulación y pretenden también hacer uso de su derecho de residencia, al que, como veremos, y conforme al Derecho Comunitario, se vincula la extensión y alcance de las denominadas “ventajas sociales” o prestaciones sociales, en especial, las de subsistencia que pueden solicitar esos ciudadanos con fundamento en el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad.

Estamos en la actualidad en un proceso de contención del que hace años se criticó como “activismo jurídico” del TJUE; y queda, por tanto, por definir la que pudiéramos denominar libertad de residencia “social”, es decir, la libertad de residencia en conexión con la protección social y -lo que se augura como un proceso difícil y lento- que se adopte por las instituciones comunitarias una norma “mínima” sobre protección social de los ciudadanos comunitarios económicamente activos y económicamente no activos; que se definan con precisión conceptos tales como “ventajas sociales” o prestaciones económicas de subsistencia; que se precise lo que haya de entenderse por vinculación efectiva y real del ciudadano de la UE en el Estado de acogida; que se defina el contenido y extensión del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad en este ámbito y, si fuera el caso, que se incluyan en las normas las reglas que precisen sus excepciones, en concreto, en relación con el principio de proporcionalidad de las diferencias de trato; en fin, que se definan las diferentes situaciones en las que cabe entender que un ciudadano económicamente no activo pueda encontrarse en el Estado de acogida.

Mientras esa decisión normativa pudiera adoptarse (si es que es posible en un momento especialmente convulso social y económicamente, de profundo debate y no acuerdo pleno entre las instituciones comunitarias y los Estados Miembros y entre éstos entre sí), debemos seguir atendiendo a la que es interpretación y aplicación de las normas comunitarias

por el TJUE. Hacer balance de lo conseguido y fijar las pautas que avanza en la actualidad en un momento que pudiera entenderse como de inflexión en ese proceso.

2. Breve apunte sobre el significado de la libertad de circulación comunitaria como derecho esencial de los ciudadanos de la UE

Inicialmente, la libertad de circulación comunitaria tuvo un sentido sólo económico, vinculado a la actividad económica, optando además las normas comunitarias de los años sesenta del SXX por un concepto estricto de trabajador, de modo que éste era el criterio de atribución de la titularidad de los derechos de protección social que quedaban en exclusiva en el ámbito de regulación de las legislaciones nacionales. El Derecho Comunitario sobre protección social, más en concreto, sobre derechos de los sistemas nacionales de Seguridad Social, se limitaba a establecer los principios de coordinación entre los mismos como mecanismo de garantía de la libertad de circulación de aquellos sujetos nacionales de Estados Miembros que hacen uso de la misma para trabajar o desarrollar una actividad económica en el territorio de otro u otros Estados Miembros. Principios de coordinación sustentados en el básico de igualdad de trato y no discriminación por razón de nacionalidad y configurando ya entonces la residencia (no la nacionalidad), ligada a la contribución económica del trabajador nacional de otro Estado en el de acogida, como criterio para determinar la legislación nacional aplicable en caso de conflicto. Residencia que, desde la perspectiva del derecho comunitario de coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, se configuró por el TJUE como un concepto comunitario propio ligado a la residencia habitual y donde se encuentra el centro habitual de los intereses.

En los años noventa del S.XX, la libertad de circulación se configura formalmente como un derecho “fundamental”, esencial, de las personas (no sólo de los trabajadores), a través de asunción en el Derecho Originario Comunitario del estatuto de la “Ciudadanía de la Unión”, reiterando el TJUE desde entonces que es un concepto amplio basado en la solidaridad social y financiera de los Estados Miembros (puede verse, STJUE de 8 de marzo de 2011, Asunto *Ruiz Zambrano*), considerando que un ciudadano de la Unión que reside legalmente en el territorio de un Estado miembro del que no es nacional o que se desplaza a residir desde su propio Estado goza de una libertad comprendida en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Derecho Comunitario.

La evolución de la doctrina del TJUE en la configuración de ese estatuto no permite concluir que abogue por un carácter absoluto del derecho a la libre circulación porque sigue

aceptando las restricciones al mismo y, pese al reconocimiento del efecto útil del TFUE y de la proclamación de la Ciudadanía de la Unión³, no puede concluirse de su doctrina que resulten proscritas cualesquiera de las acciones estatales que restrinjan el efectivo disfrute de los ciudadanos comunitarios, en especial, de los derechos de protección social. Lo que permite concluir que en la actualidad es un estatuto intermedio, entre el del ciudadano nacional de cada uno de los Estados Miembros y el del extranjero extracomunitario; es un estatuto heterogéneo y jerárquico porque hoy se advierte que existen varios niveles o grados en el contenido del derecho a la igualdad de trato y en el conjunto de derechos que puede ejercer el ciudadano comunitario en el Estado de Acogida, en particular, en los que cabe entender bajo la expresión “derecho comunitario prestacional”.

Es cierto que el TFUE, en su artículo 18, expresa el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad de los ciudadanos comunitarios en el territorio de cualquiera de los Estados Miembros en que se encuentren y sea cual sea la circunstancia que lo motive, económica o no económica. Pero también lo es que desde la perspectiva del derecho prestacional, no hay en las normas comunitarias la asunción de un derecho universal de ciudadanía, igual para todos, porque tampoco hay un derecho absoluto pleno o universal, como derecho inherente a la condición humana, a la ciudadanía europea, a sus derechos derivados, entre ellos el de residencia.

En efecto, las normas comunitarias actuales (Derecho Originario y Derecho Derivado de libre circulación) admiten condicionantes y limitaciones tanto al derecho de circulación como al de residencia en relación a la situación económica del ciudadano; es decir, se prevén los que podríamos denominar “límites económicos” a esos derechos. La extensión limitada del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad, materializada en el sistema gradual del régimen de residencia establecido en las normas comunitarias, ha exigido del TJUE una interpretación de equilibrio entre la configuración normativa formal del derecho a la libre circulación como principio fundamental y la admisión más o menos restrictiva de las reglas o condicionantes comunitarios. En este sentido, son dos los criterios o rasgos que han permitido al TJUE solucionar los muchos casos conflictivos planteados y que, a su vez, orientan de una forma u otra sus resoluciones; uno, el uso de la regla o criterio de proporcionalidad (que, como sabemos, algunas normas comunitarias utilizan para configurar el contenido del derecho a la igualdad y no discriminación en materia social o laboral); otro,

³ Véase, entre otras, SSTJUE de 12 de mayo de 1998, Asunto C-85/98; de 20 de septiembre de 2011, Asunto C-184/99; de 11 de julio de 2002, Asunto C-224/98; de 17 de septiembre de 2002, Asunto C-413/99; de 13 de abril de 2010, Asunto C-73/08.

el uso del criterio relativo a la vinculación con el Estado de acogida, ligado a la residencia en su dimensión temporal y/o económica. Criterios que permiten al TJUE un margen de interpretación flexible de los condicionantes o limitaciones nacionales que pudieran imponerse al derecho de acceso a determinadas prestaciones sociales, en especial, los vinculados a la exigencia de residencia en el Estado de Acogida en un momento de fuerte crisis económica en algunos de los países de la Unión Europea que conlleva crisis de empleo y, por tanto, desplazamiento más o menos temporal de muchos de sus nacionales al territorio de otros Estados en búsqueda de oportunidades de empleo y ocupación.

El sistema gradual de residencia que prevén las normas comunitarias se determina en función de la duración de misma, según dispone la vigente Directiva 2004/38, hasta tres meses, más de tres meses y de larga duración o permanente (arts.6º, 7º y 16, respectivamente). Se reconoce un derecho de residencia en el territorio de otros Estados Miembros por un período de menos de tres sólo con un documento de identidad o pasaporte válido, condicionado a que el ciudadano comunitario nacional de otro Estado no se convierta en una “*carga excesiva*” para la asistencia social del Estado miembro de acogida. Se reconoce un período de residencia superior a tres meses, diferenciando en este nivel entre ciudadano económicamente activo y ciudadano económicamente no activo, con la finalidad de determinar la amplitud o extensión de su derecho a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad, en los términos previstos en el art.24 de la Directiva. Así, para los económicamente no activos, la prolongación de su derecho de residencia (más de tres meses) en el Estado diferente al de su nacionalidad se condiciona a un requisito no definido por las normas comunitarias y tradicionalmente exigido por el Derecho Comunitario sobre libre circulación, a saber, que demuestre una solvencia económica, es decir, que disponga de recursos individuales/familiares y de un seguro de enfermedad, permitiendo (no exigiendo) la norma comunitaria a los Estados Miembros no sólo que establezcan en sus legislaciones nacionales estas limitaciones sino, además, que los Estados de acogida limiten o excluyan el acceso a sus prestaciones de asistencia social (art.24.2 en relación con el art.14.1 Directiva 2004/38) para evitar que el ciudadano económicamente no activo se convierta en una “*carga excesiva*” para ese Estado. Y a los ciudadanos que hayan residido legalmente durante un período continuado de cinco años en el Estado de acogida se les reconoce el derecho a residir permanentemente, con independencia de que sea un ciudadano económicamente activo o inactivo.

3. Derecho a la igualdad y no discriminación en el ámbito prestacional y diferencias entre ciudadanos comunitarios.

La extensión de ese derecho en el acceso a las prestaciones “sociales” de Estado de acogida se gradúa en las normas comunitarias sobre libre circulación, tanto en la Directiva 2004/38 como en el Reglamento 492/2011, de 5 de abril de 2011, sobre libertad de circulación de los trabajadores. Y resulta que: 1) hay un Derecho pleno a la igualdad en el ámbito prestacional del Estado de acogida reconocido al ciudadano que europeo que tiene un vínculo efectivo con su mercado de trabajo; 2) hay un Derecho limitado a la igualdad en el ámbito prestacional cuando no hay un vínculo económico o éste se difumina, exigiéndose entonces bien un “vínculo social”, el del período o condiciones de residencia, que a su vez pueden utilizarse por las legislaciones nacional como criterio de atribución de las prestaciones sociales, en especial, de aquellas orientadas a otorgar rentas de subsistencia para quienes sufren una situación de necesidad derivada de la insuficiencia de recursos; bien la demostración de “solvencia económica” del ciudadano, si puede demostrar que no será una carga para el Estado de acogida.

a) *Consideraciones sobre el significado de la expresión “ciudadanos económicamente activos” y su derecho pleno a la igualdad en el ámbito prestacional.*

A efectos de titularidad y ejercicio del derecho a la libre circulación (en los términos previstos hoy en el art.45 TFUE), debe advertirse que el TJUE ha optado por atribuir al término “trabajador” un significado amplio a efectos de este derecho, incluyendo no sólo a quienes realizan o ha realizado una prestación de servicios sino también a los que buscan activamente empleo (los que podríamos denominar demandantes de empleo).

Desde la perspectiva de las normas comunitarias de coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, vigente el Rglto 1408/71 se pudo constatar cómo el TJUE amplió el concepto de trabajador a estos efectos y, en particular, en lo que refiere a las prestaciones no contributivas, inicialmente excluidas de la norma de comunitaria, para aplicar también a éstas las reglas o principios de coordinación, entre ellos el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de nacionalidad; exportabilidad de prestaciones y acumulación. A comienzo de los años 90 del SXX, atendiendo al malestar provocado en los Estados Miembros por la doctrina expansiva del TJUE incluyendo bajo el término prestaciones de Seguridad Social también a las no contributivas, se modificó el Reglto 1408/71 a través del

Rglto 1247/92, que introdujo por vez primera la categoría de las prestaciones especiales en metálico no contributivas, excluyó de su ámbito a la asistencia social y limitó para aquéllas los principios de coordinación, en concreto excluyó su portabilidad y permitió respecto de ellas la “cláusula de residencia”.

Limitados los derechos prestacionales de los ciudadanos comunitarios a efectos de coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, el TJUE amplía el concepto de trabajador a efectos de libre circulación y residencia con la finalidad de reconocer a un colectivo mayor de ciudadanos de la Unión el derecho a las “ventajas sociales y a la asistencia social”; de manera que de un concepto estricto de trabajador (Asunto *Lebon*⁴), se transita hacia un concepto amplio a estos efectos, incluyendo el de demandante de empleo⁵, teniendo en cuenta los condicionantes o restricciones a su derecho a la libre circulación y a su derecho de residencia si derivan de motivos o razones de orden público, seguridad y salud públicas.

Del mismo modo en el ámbito de protección social también se utiliza un concepto amplio derivado del art.48 TFUE, conviniendo que es trabajador toda persona que está incluida en el ámbito de aplicación del Sistema prestacional del Estado de residencia. Sistema prestacional, conjunto de prestaciones, que ha de configurarse por las legislaciones nacionales pero que las normas de coordinación comunitaria someten a reglas o principios tales como el de acumulación y exportabilidad de las prestaciones, también para las que se definen como “prestaciones sociales económicas no contributivas”.

Y las normas sobre libre circulación, en particular el Rglto 492/2011, y la actual Directiva 2014/54, utilizan la expresión “ventajas sociales” para configurarlas como contenido del derecho de los trabajadores a su acceso en el Estado de acogida en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales.

Planteada la cuestión respecto de las personas que no pueden demostrar un vínculo directo económico con el Estado de acogida, parece que ese colectivo muy amplio de

⁴ Sentencia TJUE de 18 de junio de 1987, Asunto C-316/85

⁵ Es sumamente ilustrativa la STJUE de 4 de junio de 2009, Asuntos acumulados C-22/08 y C-23/08, Asuntos *Vatsouras* y *Kouptantze*, en la que, con cita de otras sentencias del TJUE, se analiza la situación de dos ciudadanos de nacionalidad griega que realizan en Alemania trabajos breves y en esta situación solicitan una prestación en favor de demandantes de empleo, que las autoridades alemanas deniegan porque estiman que no tenían la categoría de trabajador en el sentido del hoy art.45 TFUE. Cabe citar también, con anterioridad a esta resolución, la Sentencia TJUE de 7 de septiembre de 2004, Asunto C-452/02, Asunto *Trojani*, que analiza el supuesto de un ciudadano comunitario que solicita la ayuda social “minimex” en Bélgica, cuando no había trabajado nunca en ese país, si bien había estado residiendo en un albergue del Ejército de Salvación a cambio de prestar servicios diversos en el mismo en el marco de un proyecto individual de reinserción socio profesional, por los que recibía además una pequeña remuneración para sus gastos.

personas (en muy diferentes situaciones) puede definirse bajo el término “ciudadano comunitario económicamente no activo”, tal y como se indica en el apartado siguiente.

b) Ciudadano comunitario económicamente no activo y derecho prestacional.

Decíamos que no hay en las normas comunitarias un derecho absoluto a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad puesto que aquéllas admiten restricciones o condicionantes, en primer lugar, los generales derivados de orden público, seguridad y salud públicas y, en segundo lugar, los que puedan preverse “en las disposiciones dictadas en su aplicación”, conforme al art.21 TFUE.

En este sentido, de la Directiva 2004/38 derivan dos tipos de restricciones, unas directas y otras indirectas. En cuanto a las primeras, en el supuesto de residencia de hasta tres meses (art.6º) se permite a los Estados miembros que no conceda prestaciones de asistencia social; y en el de residencia de más de tres meses (art.7º), la norma comunitaria permite que los Estados miembros condicionen el derecho de residencia a la acreditación de recursos económicos, bien porque el sujeto es económicamente activo, bien porque en caso de que no lo sea tiene solvencia económica. En cuanto a las restricciones indirectas, la Directiva en su art.24.2 admite exclusiones de las prestaciones sociales (por tanto, admite exclusiones *ratione materiae* del TFUE), lo que quiere decir que admite desigualdades por razón de nacionalidad, para quienes pueden ser considerados demandantes o solicitante de empleo e, indirectamente, admite la exigencia de períodos de residencia derivadas ambas, exclusión y exigencia, de la admisión en la Directiva de un concepto jurídico indeterminado, el de que los ciudadanos económicamente inactivos “no resulten una carga excesiva” para la asistencia social de los Estados de acogida; lo que exige el escrutinio del test de proporcionalidad.

Desde esta perspectiva, se constata la evolución de la doctrina del TJUE que, a partir de una primera orientación restrictiva de las limitaciones que pudieran imponer los Estados miembros, se ha pasado en la actualidad a una orientación o interpretación más flexible, atendiendo al que pudiera denominarse en la actualidad refuerzo limitado en las normas comunitarias del derecho a la libre circulación y del derecho de residencia y, en particular, en el derivado de acceso a las prestaciones sociales en el Estado de acogida.

La doctrina del TJUE en la actualidad exige de nuevo un análisis del derecho prestacional desde la perspectiva comunitaria y en su doble dimensión objetiva y subjetiva.

En el primer caso, requiere indagar en un concepto general, el de *prestaciones sociales de subsistencia*, orientadas a otorgar una prestación económica a quienes sufren una situación

de necesidad, derivada de la insuficiencia de recursos, bien porque el trabajo que realizan es de poca entidad o precario, bien porque no realizan trabajo alguno en el Estado de acogida en el que acuden para, entre otros motivos, buscar empleo o, sencillamente, haciendo uso de su libertad de circulación “no económica”.

En el Derecho Comunitario podemos identificar tres conceptos, el de *prestaciones especiales en metálico no contributivas* (arts.3º y 70 Rglto de Coordinación actual, 883/2004); *asistencia social* (excluida del Reglto de Coordinación, art.3º.5 Rglto 883/2004) y *ventajas sociales* (art.7º.2 del actual Rglto 492/2011, sobre libre circulación de trabajadores). Estos conceptos no se definen en las normas comunitarias y, por tanto, se generan aún hoy dudas sobre su configuración y significado, sobre sus diferencias y similitudes, cuando se trata de determinar su titularidad por quienes ejercen en el seno de la UE el derecho de libre circulación. Falta de precisión que también se atisba en la doctrina del TJUE, que no ha establecido una nítida separación entre ellos.

Atendiendo a la perspectiva de coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, la categoría de las prestaciones especiales en metálico, en relación a su alcance personal, objetivos, financiación y condiciones de concesión y determinación de la cuantía, presentaban y presentan características tanto de prestaciones de Seguridad Social en sentido estricto como de asistencia social; si aparecen listadas en el Anexo del Rglto 883/2004, no son exportables; se abonan exclusivamente por las instituciones competentes del Estado de residencia con arreglo a su legislación; se mantiene respecto de ellas la cláusula de residencia; admiten, según las necesidades, totalizar los períodos de residencia cumpliendo en el territorio de cualquier Estado miembro y quedan garantizadas por el derecho a la igualdad en los términos del art.4º Rglto 883/2004, esto es, igualdad en el acceso a las mismas en las mismas condiciones y requisitos que los nacionales del Estado de Miembro.

El actual Reglto las define en base a tres elementos, acumulativos, finalidad, financiación y aspecto formal, su inclusión en el Anexo X, es decir, en el listado que han de proporcionar los Estados Miembros; así por ejemplo, España ha incluido en la lista a las que en nuestro Sistema de Seguridad Social se denominan “prestaciones no contributivas” de vejez e invalidez y las prestaciones que complementan a las anteriores pensiones, según dispone la legislación autonómica, en las que tales complementos garantizan un ingreso mínimo de subsistencia.

La limitación de las reglas de coordinación para estas prestaciones provocó que el TJUE comenzara a interpretar restrictivamente el concepto de prestación especial no contributiva; pero, dado el carácter de prestaciones de Seguridad Social, se planteaba desde

entonces si el acceso a estas prestaciones podría quedar limitado por las normas comunitarias sobre libertad de circulación, permitiendo que el Estado de acogida las restringiera puesto que las normas sobre libre circulación configura de forma más restrictiva los derechos de libre circulación y de residencia y admiten limitaciones al derecho de igualdad en el acceso a las prestaciones sociales (las denominadas ventajas sociales y prestaciones de asistencia social). En concreto, cabía plantear si el Estado de acogida puede vincular estas prestaciones especiales no contributivas a un requisito de residencia nacional como demostración o integración económica o social en ese Estado y si éste puede aducir en algún caso un grave perjuicio a su equilibrio financiero para restringirlas o excluirlas a los ciudadanos comunitarios económicamente inactivos.

Enlaza así la cuestión con la relativa a la configuración de esas prestaciones sociales (las que cabría denominar “asistenciales”) desde la perspectiva del derecho a la libre circulación. En lo que refiere al ámbito subjetivo de estas prestaciones, se aprecia en el Derecho Comunitario una evolución, en varias etapas; la primera, vigente el inicial Rglto 1612/68 (art.7º), en la que el derecho a las denominadas “ventajas sociales” se reconoce sólo a los trabajadores en sentido estricto, por tanto, en activo; una segunda, desde los años noventa del SXX en la que el TJUE amplía la noción de trabajador a estos efectos, incluyendo, como dijimos, a los que realiza trabajos marginales o precarios a partir de un concepto, el de vínculo real y efectivo con el Estado de acogida; una tercera con la vigencia de la Directiva 2004/38, que, en reacción a la jurisprudencia “aperturista”, diferencia distintos niveles en el derecho de residencia y distingue entre sujetos, activos y no activos, ampliando el concepto, el de vínculo económico con el Estado de acogida, a quienes han sido trabajadores y ya no prestan actividad por alguna de las situaciones previstas en el art.7º.3 de la citada directiva, que incluye, entre otros a quienes sufren una incapacidad laboral temporal o pueden ser considerados desempleados o parados involuntarios; una última etapa, en la que el TJUE no declara nula la Directiva pero la reformula a partir del principio de proporcionalidad.

En la actualidad, del Derecho comunitario sobre libre circulación (Directiva 2004/38 y Rglto 492/2011) se deriva que el término “asistencia social” queda comprendido en el de “ventaja social”, al que se dota de un significado amplio comprensivo de prestaciones sociales, entre ellas las de subsistencia, esto es las de asistencia social propiamente dichas como las especiales en metálico no contributivas. Lo que incide en la evolución de la Jurisprudencia del TJUE al respecto: en un primer momento, se orienta hacia la extensión del concepto de prestaciones especiales en metálico no contributivas, limitando el de asistencia social. Posteriormente, se dota a aquéllas de un significado amplio o extensivo con la

finalidad de ampliar los beneficiarios conforme al criterio amplio subjetivo del campo de aplicación de las normas comunitarias de coordinación y, por tanto, de facilitar o garantizar el derecho a la libre circulación y de residencia de todos los ciudadanos nacionales de los Estados miembros o, mejor expresado, de limitar las legislaciones nacionales excluyentes del derecho a la protección social respecto de aquellas prestaciones que cabe entender incluidas en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Derecho Comunitario. Lo que condujo a restringir la utilización por las legislaciones nacionales de un criterio nacional de residencia y apostando, tal y como aparece ahora configurado por las normas comunitarias, por un concepto comunitario de residencia “habitual” en el sentido del Reglamento 883/2004⁶; y a limitar el condicionante de residencia habitual nacional para causar derecho a este tipo de prestaciones en los Estados Miembros. Prosigue el TJUE estimando que hay prestaciones mixtas que pueden ser prestaciones especiales no contributivas y asistencia social. Y concluye en la orientación más actual, utilizando un concepto no unitario ni único de asistencia social, distinguiendo el que cabe entender en materia de Seguridad Social (por tanto, a efectos de coordinación) del que por el contrario deriva del Derecho Comunitario a efectos de libre circulación y de residencia.

Se afirma así, en la actualidad, por un lado, que el Reglamento 883/2004 no tiene por finalidad determinar los requisitos de fondo para causar derecho a las prestaciones no contributivas en metálico, correspondiendo al Estado Miembro establecerlos; y por otro, que son compatibles con el Derecho Comunitario las exigencias impuestas por las legislaciones nacionales relativas a que los solicitantes de estas prestaciones (cuando no ejercen actividades económicas en el territorio de ese Estado) cumplan el requisito de residencia legal en ese Estado conforme a las reglas nacionales sobre residencia derivadas del Derecho Comunitario de libre circulación.

Es así como el TJUE asimila ambos tipos de prestaciones (las prestaciones especiales no contributivas y las de asistencia social) en función del objetivo o finalidad perseguidos, a saber, la cobertura de una situación de necesidad y como, en definitiva, aquéllas, las no contributivas, puede considerarse que son una especie del concepto amplio de asistencia social y, en consecuencia, puedan quedar incluidas en el sistema nacional de ayudas sociales o de asistencia social del Estado miembro de que se trate, permitiendo que las restricciones o

⁶ El Reglamento, tras su modificación por el Reglamento 987/2009, de 16 de septiembre, incluye una lista de criterios para determinar cuál es el Estado de residencia. Lista que, conformada a partir de la Jurisprudencia del TJUE (por ejemplo Sentencia de 25 de febrero de 1999, Asunto C-90/97, *Swaddling*), se advierte que es ejemplificativa y no exhaustiva.

limitaciones impuestas a los nacionales de otros países residentes en el Estado de acogida puedan analizarse desde la perspectiva de la Directiva 2004/38.

Si ello es así, planteada la cuestión difícil queda en torno a si las restricciones impuestas por el Estado de acogida en el acceso a esas prestaciones son compatibles con el Derecho Comunitario cuando aquél aduce o justifica que el ciudadano de la UE representa una “*carga excesiva*” para su sistema de asistencia social por el solo hecho de solicitar esta prestación cuando dicho Estado condiciona el derecho de residencia al requisito consistente en disponer de recursos suficientes para, por ejemplo, no tener que solicitar la prestación asistencial⁷.

En este sentido, no hay en la actualidad una Jurisprudencia del TJUE que aporte una solución global, general, para todos los casos planteados en relación con denegación por Estados miembros de acogida de prestaciones asistenciales a quienes son ciudadanos comunitarios que residen en su territorio porque se ha optado, como hemos advertido, por dos conceptos de “asistencia social” que definen, cuando menos, dos tipos de ciudadanos comunitarios **NO ACTIVOS**. Por un lado, el que identifica asistencia social con una prestación de garantía de subsistencia y ligada a la situación de quién reside en un Estado Miembro y no demuestra ninguna intención de trabajador (incluidas, por tanto, en la excepción al derecho de igualdad prevista en el art.24.2 Directiva 2003/38); por otro, el que la concibe como una prestación de naturaleza financiera orientada a facilitar el acceso al mercado de trabajo o laboral de un Estado Miembro y que, en consecuencia, se une o relaciona con la situación de aquellos ciudadanos que tampoco son económicamente activos pero buscan activamente empleo; y en este caso, se habrá de solventar a través de una norma comunitaria o, a corto plazo, que se defina por el TJUE la naturaleza de las prestaciones asistenciales orientadas a facilitar el acceso al empleo. En este sentido, se da cuenta, cuando estas páginas se escriben, de la petición por un Estado Miembro, en concreto, Alemania en el Asunto C-67/2014, Caso *Alimanovic*⁸, para que el TJUE se pronuncie sobre la naturaleza de la

⁷ Asunto *Brey*, Sentencia de 19 de septiembre de 2013, Asunto C-140/12

⁸ Brevemente sobre el supuesto: nacional sueca que vivía en Alemania; abandona ella y sus hijos (que habían nacido en Alemania) el territorio alemán entre 1999 y 2010; se desplazan allí de nuevo en junio de 2010, realiza trabajos de duración inferior a 1 año en el ámbito del empleo de corta duración o de medidas de promoción de empleo y desde mayo de 2011 no ejerce actividad alguna. De acuerdo con la legislación alemana (coincidente con la Directiva 2004/38, art.7º), mantiene la condición de trabajadora a estos efectos como parada involuntaria durante 6 meses y en ese período percibe las prestaciones de subsistencia para beneficiarios aptos para trabajar. Transcurridos esos 6 meses (en 31 de mayo de 2012), se suspende la concesión de las prestaciones porque desde ese momento cabe entender que perdió la condición de trabajadora en el sentido de la legislación nacional alemana, sólo puede ser considerada demandante de empleo y, en consecuencia, exclusivamente puede justificar su residencia en Alemania por el hecho de buscar empleo; lo que, según la legislación nacional alemana, permite la exclusión automática del derecho a las prestaciones de subsistencia.

prestación alemana, el “seguro básico” (incluido en la lista del Anexo X del Reglamento 883/2004). Asunto del que hay en estos momentos Conclusiones Generales presentadas el 26 de marzo de 2015, en las que se propone una solución al TJUE en torno al objetivo perseguido por esa prestación, y no en relación con los criterios de atribución que prevé la legislación alemana, y de este modo se concluye, en caso de que el TJUE considerara que esta prestación persigue un doble objetivo (garantizar la cobertura de necesidades elementales y facilitar el acceso al mercado de trabajo), que ha de valorarse en relación con la que se dice *función preponderante*, que, a juicio del Abogado General, es “indiscutiblemente, garantizar los medios de subsistencia necesarios para llevar una vida acorde con la dignidad humana”.

Enlaza así con el concepto de ciudadano de la UE, económicamente activo y económicamente no activo, desde la perspectiva del derecho de acceso a estas prestaciones porque en función de cuál sea el significado que quepa otorgar a esos términos se justificará de forma más o menos restrictiva la exclusión de las prestaciones de asistencia social en relación con las normas comunitarias sobre libre circulación.

Desde esta perspectiva, la orientación fundamental en este estudio tiene que ver con el concepto de ciudadano económicamente no activo, es decir de quien no puede demostrar un vínculo económico directo con el Estado de acogida (entendida esta expresión en el sentido de un vínculo real y efectivo con el Estado de acogida inmediato que tendrán los que acuden a su territorio para ejercer una actividad económica y la ejercen efectivamente).

Atendiendo a la ausencia de vínculo directo económico con el Estado de acogida, la jurisprudencia del TJUE ha resuelto los muchos casos planteados distinguiendo entre un vínculo económico mediato o indirecto y un vínculo que pudiera definirse como social derivado de la integración social en el Estado de acogida. Elementos éstos de dificultad comprensiva que quedan sometidos en los casos planteados a un estricto escrutinio a través del criterio de proporcionalidad, que requiere analizar progresivamente si la medida legal (limitación o restricción en el acceso a esas prestaciones) es un objetivo legítimo; legitimidad que en los asuntos tratados por el TJUE deriva de la propia Directiva 2004/38, es decir, la sostenibilidad de los sistemas estatales de protección social. Si la medida adoptada es adecuada para conseguir el objetivo que se pretende, lo que llevaría a analizar el impacto real de la posible concesión de tales prestaciones sobre esos sistemas. Si la medida es proporcional en sentido estricto, es decir, si no hay una medida alternativa menos restrictiva del derecho de residencia que pudiera garantizar el objetivo perseguido con la misma o similar efectividad.

Criterio de proporcionalidad que es un mecanismo de garantía o de efectividad del principio de igualdad por razón de nacionalidad y sus restricciones, una excepción al (no concreciones del) mismo.

Las varias situaciones que pueden darse en torno al vínculo económico indirecto o mediato en que puede encontrarse un ciudadano comunitario económicamente inactivo que hace uso de su derecho a la libre circulación permiten analizar supuestos concretos. Entre ellos, el de “*demandante de empleo*”, respecto del que no hay en la actualidad un concepto comunitario ni se formula en sentido positivo sus derechos a la libre circulación, de residencia y acceso a las prestaciones sociales, su alcance y contenido.

Las referencias episódicas que encontramos en las normas comunitarias sobre libre circulación impiden adoptar un solución general para los Estados miembros, aunque de aquéllas cabe entender que es la persona que se desplaza al territorio de los Estados miembros para buscar *real y efectivamente* empleo en el Estado de acogida. Condición ésta, la de búsqueda activa de empleo, que ha permitido hasta la fecha al TJUE concederles un estatus intermedio entre ciudadanos económicamente activos y ciudadanos económicamente no activos porque ha declarado en varias ocasiones que a ellos se extiende también el derecho de igualdad y no discriminación en todos los aspectos relativos al acceso al empleo, incluido el derecho de acceso a prestación en el Estado de acogida que cabe definir como financiera y destinada a facilitar el acceso al empleo en el mercado laboral de ese Estado Miembro; orientación que pudiera ser replanteada en el breve si el TJUE resuelve en el Asunto *Alimanovic* en el sentido apuntado por el Abogado General es decir, que cabe definir las también como de asistencia social a efectos del art.24.2 Directiva 2004/38 y, por tanto, de las que pudiera denegarlas el Estado miembro a los demandantes activos de empleo.

En el fondo está la cuestión relativa a si en el caso de demandantes de empleo cabe apreciar que hay vínculo real y efectivo con el Estado Miembro de acogida; y si ese vínculo puede entenderse que es económico (aunque sea mediato o indirecto). Desde esta perspectiva, conviene advertir que en los casos planteados al TJUE éste ha afirmado que son varias las circunstancias que permiten constatar la existencia de ese vínculo, tales como, entre otras, que el ciudadano comunitario ha buscado empleo de manera efectiva empleo ante los organismos nacionales competentes durante un período de empleo *razonable*⁹. O que ha residido en un Estado miembro, precisando al respecto que si se exige un período de residencia para que se

⁹ Ver al respecto, Asunto *Vatsouras y Koupatantze*, citado. También Sentencia TJUE de 23 de marzo de 2004, Asunto C-138/02, Asunto *Collins*

cumpla el requisito del vínculo, dicho período no debe ir más allá de lo necesario para que las autoridades nacionales puedan asegurarse que el interesado busca realmente empleo en el mercado laboral del Estado miembro de acogida. O que sea importante el contexto familiar en el que se encuentra el solicitante de la prestación, es decir, la existencia de vínculos estrechos, especialmente de naturaleza personal, con el Estado miembro de acogida, en concreto, por ejemplo, cuando se desplaza a su territorio para establecer en él el domicilio familiar tras haberse casado con un nacional de ese Estado, o cuando se constata que los hijos están escolarizados en el Estado de acogida, lo que contribuye, expresa el TJUE, a generar un vínculo durable entre el solicitante y el nuevo Estado miembro de establecimiento. O el desempeño de un trabajo en el pasado en el Estado de acogida o el hecho de haber encontrado un nuevo trabajo con posterioridad a la presentación de la solicitud para obtener prestaciones sociales. Criterios todos que, según el TJUE, permiten neutralizar otros posibles requisitos solicitados por los Estados miembros para solicitar estas prestaciones asistenciales que en gran medida pudieran sobrevalorar indebidamente un elemento que no es necesariamente representativo del grado real y efectivo de vinculación entre el solicitante de los subsidios y el mercado geográfico de que se trate y, por tanto, vayan más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido ¹⁰

Pero, en la actualidad, no hay un criterio general al respecto y, por tanto, la cuestión no está cerrada, planteándose supuestos nuevos al TJUE en relación a las legislaciones nacionales que limitan o restringen el acceso a las prestaciones asistenciales a quienes se desplazan al territorio del Estado de acogida y sólo pueden justificar su residencia como demandantes de empleo; en este sentido, en el Asunto *Alimanovic*, el Abogado General propone en sus conclusiones que el TJUE afirme la existencia de una *diferencia objetiva* de situación entre sujetos que podrían entenderse comprendidos bajo la expresión “demandantes de empleo”, por un lado los nacionales de otros Estados que buscan su primer empleo (demandantes de primer empleo) en el territorio de otro Estado de acogida y por otros aquéllos que ya accedieron al mercado de trabajo de este Estado y lo perdieron hace tiempo (desempleados de larga duración). Y ello con el objetivo de convencer al TJUE para que replantee su jurisprudencia favorable a la inclusión de los demandantes de primer empleo entre los sujetos a los que cabe reconocer el derecho de residencia y el de acceso a las prestaciones asistenciales del Estado de acogida.

¹⁰ Véase, al respecto, Asunto *Prete*, Sentencia TJUE de 25 de octubre de 2011, Asunto C-367/2011. Esta resolución se cita por el Abogado General en sus Conclusiones del Asunto *Alimanovic*

Y, ¿en qué situación se encuentra el ciudadano comunitario que se encuentra muy alejado de vínculo económico alguno con el Estado de acogida, bien porque el ciudadano de la UE que hace uso de su derecho de libertad de circulación no es ni ha sido trabajador en ese Estado, bien porque no cabe identificarle como demandante de empleo, en el sentido arriba indicado? Éstos son, sin duda, los supuestos más problemáticos que al día de hoy se han planteado al TJUE porque, en relación con el vínculo condicionante al Estado de acogida, si el económico no existe, ¿cabría aceptar la exclusión por su legislación nacional del derecho a las prestaciones asistenciales alegando que el ciudadano se convierte en una carga excesiva para su sistema financiero por tener que acudir a la asistencia social previsto en dicho Estado?

Ante la ausencia, decíamos, de solución general por el TJUE, al menos cabe aquí dar cuenta de algunos casos planteados, de los cuales aún se está en espera de resolución por el Tribunal cuando se escribe este estudio. Por un lado, el de nacional de un Estado Miembro que se desplaza al territorio de otro, que reside en éste desde hace menos de tres meses o desde hace más de tres meses pero sin perseguir el objetivo de buscar empleo; y en este caso, debemos considerar la posibilidad de que sean varias las circunstancias por las que no hay búsqueda efectiva de empleo en el Estado de acogida.

Así, podríamos pensar en quién es apto para trabajar pero voluntariamente opta por no buscar activamente empleo o, al menos, no disponen las autoridades del Estado de acogida evidencia alguna de que lo haya buscado. ¿Cabría presumir aquí que su residencia podría basarse en la razón única de conseguir la ayuda social de ese Estado, de modo que, si se consiguiera, ya podría aducir que dispone de recursos suficientes para justificar así su derecho de residencia conforme al art.7º Directiva 2004/38?. Supuesto éste el del Asunto *Dano*¹¹(conocido el supuesto como de “turismo social” o “turismo de pobreza), en el que se plantea el caso de una ciudadana de la Unión, de nacionalidad rumana, que solicita prestaciones del seguro básico alemán sin que conste que sea demandante de empleo y que reside durante más de tres meses en el territorio de Alemania.

Por otro lado, estaría el caso de quien ya no es activo porque ha pasado a la situación de inactivo por edad (jubilado). Supuesto éste del Asunto *Brey*¹², que analiza si es compatible con el Derecho Comunitario la medida legislativa nacional austriaca que deniega a un pensionista de vejez alemán, que vive en Austria desde hace 1 mes, el suplemento compensatorio austriaco porque no puede entenderse que reside legalmente en Austria a

¹¹ Sentencia de 11 de noviembre de 2014, Asunto C-333/13

¹² Sentencia de 19 de septiembre de 2013, Asunto C-140/12

efectos de su legislación nacional de Seguridad Social, que exige ser residente permanente en Austria, y a efectos de su legislación nacional sobre libre circulación de ciudadanos comunitarios, que exige para residir por un período superior a tres meses que el interesado disponga para sí de suficientes recursos “de modo que no necesiten solicitar prestaciones de asistencia social ni un suplemento compensatorio durante su período de residencia”.

La duda que se plantea, tanto en el Asunto *Dano* como en el Asunto *Brey*, es si hay posibilidad de afirmar la existencia de vínculo con el Estado de acogida (como integración o voluntad de integración en su territorio), y, por tanto, si hubiera sido posible analizarlos desde la perspectiva del criterio de proporcionalidad de la medida adoptada en relación con el parámetro de la sostenibilidad o no por el sistema nacional de asistencia social de una prestación de esta naturaleza, de subsistencia. La Sentencia *Dano* admite la exclusión directa y automática del acceso a prestaciones sociales a ciudadanos económicamente no activos que no busquen empleo de forma efectiva y residan en el territorio de un Estado durante un período de tiempo superior a tres meses sin haber llegado al previsto para la residencia de larga duración o permanente.; no se plantea el criterio de vínculo real con el Estado de acogida y tampoco el de proporcionalidad de la decisión adoptada. Criterio que, por el contrario, sí había utilizado el TJUE en la Sentencia *Brey*, en la que analizó si la concesión de la prestación austriaca podía ser sostenible por el erario público de ese Estado cuando parece que de su concesión no se derivaba perjuicio o desequilibrio financiero alguno para el mismo¹³.

Y, por último, por dar cuenta, hasta la fecha, de otros casos planteados, cabría referirse a la situación del ciudadano de la Unión que, durante los tres primeros meses de residencia en el territorio del Estado de acogida, no es trabajador ni por cuenta ajena ni por cuenta propia y tampoco puede considerarse que haya conservado esa condición en virtud del art.7º.3 de la Directiva 2004/38 (parado involuntario). Asunto éste planteado al TJUE, Asunto C-299/14, de

¹³ Es importante resaltar el esfuerzo del TJUE en esta sentencia por encontrar elementos que, derivados de la propia Directiva 2004/38, permiten, a su juicio, concluir que el Estado de acogida podría haber concedido esas prestaciones asistenciales; tanto que el Tribunal apunta posibilidades que deduce de la propia Directiva para que se hubieran concedido (ver al respecto, los Considerandos 66 a 72 de esta sentencia). Lo más resaltante al respecto es que el TJUE estima en este Asunto que para que el Estado de acogida pueda demostrar que el acceso por el ciudadano comunitario a una prestación social representa una “carga excesiva” para sus sistema de asistencia social, tiene que proceder a una apreciación global de la carga que representaría concretamente la concesión de dicha prestación sobre su sistema de asistencia social en función de las circunstancias individuales propias de la situación del interesado; la importancia y la regularidad de los ingresos de los que dispone éste; el hecho de que éstos hayan llevado a las autoridades a expedirle un certificado de registro; así como el período durante el que la prestación solicitada puede abonársele. Y para la apreciación global, el TJUE considera como posible la proporción de beneficiarios de dicha prestación que tienen la condición de ciudadanos de la Unión titulares de una pensión de vejez en otro Estado miembro.

17 de junio de 2014, Asunto *García-Nieto y otros*¹⁴, del que en el mes de junio de 2015 el Abogado General ha presentado Conclusiones. En éstas se considera que puede considerarse que se trata de una situación que puede enunciarse bajo el supuesto de “nacional de un Estado Miembro que se desplaza al territorio de otro Estado miembro y que reside allí desde hace menos de tres meses para buscar allí trabajo”. Afirma el Abogado General que, puesto que los Estados Miembros no pueden exigir que los ciudadanos de la Unión posean medios de subsistencia suficientes y una cobertura médica personal para una estancia de hasta tres meses de duración (art.6º Directiva 2004/38), es legítimo, a su juicio, no obligar a los Estados a asumir dicha carga durante ese período. En caso contrario, continua, conceder prestaciones de asistencia social a los ciudadanos de la Unión que no están obligados a disponer de suficientes medios de subsistencia podría provocar un desplazamiento masivo susceptible de generar una carga excesiva para los sistemas nacionales de Seguridad social. Concluyendo, desde la perspectiva del vínculo con el Estado de acogida, que, “con toda probabilidad, es limitado durante este primer período de residencia de tres meses”.

Podríamos concluir, en definitiva, y en espera de las resoluciones pendientes del TJUE (asuntos *Alimanovic* y *García Nieto*), que la progresiva extensión del principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad a efectos de libre circulación y de residencia de los ciudadanos comunitarios, que había caracterizado la jurisprudencia del Tribunal, con fundamento en el efecto directo del TFUE y en la asimilación de las prestaciones de asistencia social a las que, con el mismo objetivo, regula el Reglamento 883/2004, está siendo reformulada. La nueva y restrictiva jurisprudencia en torno al derecho al acceso a prestaciones sociales asistenciales de los ciudadanos comunitarios económicamente inactivos exige de las instituciones comunitarias afrontar esta situación en el ámbito normativo de la UE y que se

¹⁴ El supuesto es complejo y puede resumirse del modo siguiente: la Sra. García-Nieto, de nacionalidad española, se desplaza a Alemania con su hija; se inscribe el 1 de junio de 2012 como demandante de empleo y diez días después empezó a trabajar como ayudante de cocina, percibiendo un salario mensual neto de 600 euros (sujeto al pago de cotizaciones a la Seguridad Social). Poco después, el 23 de junio de 2012, su compañero sentimental, con el que convivía en España, Sr. Peña Cuenvas y su hijo se reunieron con ellas. Hasta el 1 de noviembre de 2012 residieron los cuatro en casa de la madre de la Sra. García-Nieto y subsistieron con los ingresos de ésta última. El Sr. Peña estuvo brevemente empleado del 2 al 30 de noviembre de 2012, percibiendo desde el 1 de diciembre de 2012 hasta el 1 de enero de 2013 una prestación por desempleo en virtud de los períodos de seguro cumplidos en España. En enero de 2013, trabajó como empleado de limpieza. Tras cesar en esta actividad, volvió a percibir prestación por desempleo. Desde octubre de 2013 desempeñó un nuevo empleo que, según la petición de decisión prejudicial, expiraba el 30 de septiembre de 2014. La Sra. García-Nieto y el Sr. Peña perciben prestaciones familiares por sus dos hijos a cargo desde el mes de julio de 2012.

Por otro lado, estos últimos están escolarizados desde el 22 de agosto de 2012. Y el 30 de julio de 2012 los demandantes en el litigio principal presentaron solicitud para percibir las prestaciones de subsistencia previstas en la legislación alemana, que se le deniegan al Sr. Peña y a su hijo pues, conforme a la legislación alemana, residían desde hacía menos de tres meses en Alemania y el Sr. Peña no era trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia.

proceda a modificar el Derecho Comunitario Derivado, entre otros aspectos, en el relativo a la delimitación del concepto de asistencia social y de prestaciones sociales económica especiales no contributivas; del concepto de vínculo real y efectivo como criterio de solidaridad social entre los Estados miembros; del de “carga excesiva” para el Estado y su carácter atendiendo a criterios generales para evitar soluciones *uti singulis*. Y, por último, en relación al concepto comunitario de “demandante de empleo”, que precise la extensión del derecho de acceso a las prestaciones sociales de subsistencia para quienes en esa situación se desplazan a territorio de otros Estados miembros distintos al de su nacionalidad.

De lo contrario, se estaría consolidando un estatuto de ciudadano de la UE próximo al de migrante extranjero extracomunitario.

NOUVELLES FORMES DE GOUVERNANCE ET ATTENTES MORALES DES SALARIÉS : L'EXPÉRIENCE FRANÇAISE¹

NEW FORMS OF GOVERNANCE AND MORAL TRAITS IN WORKERS: THE FRENCH EXPERIENCE

Marie-France Mialon²

Résumé: L'article propose de retrouver le débat essentiel sur la place de l'Homme dans le processus de production dans une perspective historique et philosophique. Le problème de recherche tient sur la hiérarchie entre le produit et la personne qui a œuvré à la production et interroge sur l'équilibre entre les intérêts des producteurs et ceux qui ont investi dans l'entreprise de production et qui souhaitent en retirer un maximum de bénéfice financier. Cette discussion est importante car le nombre de suicides, de dépressions, de maladies professionnelles liées au stress au travail ont augmenté pendant ces dernières années. Une politique de participation des salariés aux capitaux et aux résultats ne suffit pas pour mettre l'Homme au centre de l'entreprise. C'est donc important de rappeler que le salarié/producteur doit être associé aux décisions qui le concernent pour qu'il adhère au projet de l'entreprise. Afin de accomplir son objectif, l'article d'abord expose les modes de participation financière appliqués dans les entreprises françaises depuis 50 ans (I), et en suite traite des modes actuels de prise en compte des risques psychosociaux dans les entreprises les plus sensibles aux problèmes générés par le stress au travail et au souci de considération de leurs salariés (II).

Mots-clés: gouvernance de l'entreprise; maladies professionnelles; participation financière; place des salariés dans le processus de production.

Artigo recebido em 22 de junho de 2015

¹ Intervention (actualisée à 2015) de Madame Marie-France MIALON, au VIIIème Colloque Organisé par la Fondation Marco Biagi (Modena, Italie) mars 2010 sur le thème des nouvelles formes de gouvernance de l'entreprise

² Maître de Conférences Honoraire à L'Université de Paris II Panthéon Assas, France.

Abstract: This article debates about the role of workers in the production process using a historical and philosophical perspective. It studies the hierarchy between the product and the person who worked on the production and examines the balance between the interests of producers and those who invested in the production company and wish to obtain maximum financial benefit. This discussion is important because of the number of suicides, depression, occupational diseases related to stress at work have increased in recent years. A policy of employee participation in the companies results is not enough to put the individual at the companies' center. The employee/producer must be involved in decisions to him in order to adhere to the company's project. To achieve its objective, the paper outlines the financial participation of employees in French companies for the last 50 years (I), and subsequently studies how companies deals with psychosocial risks caused by stress at work (II).

Key-words: company governance; professional diseases; financial participation; role of workers in production process.

Avant-propos

En mai 2015, plusieurs députés du Parti Socialiste Français ont déposé cinq amendements au projet de Loi sur le Dialogue Social, reprenant dans ses grandes lignes une proposition de résolution déposée au Sénat en décembre 2014 (mais non retenu par la commission sénatoriale des lois) en vue de faire reconnaître la qualification de maladie professionnelle aux cas avérés de «stress professionnel». La procédure de vote bloqué choisie en juin 2015 par le gouvernement pour obtenir un vote global de la loi pourrait être favorable au succès de ces amendements, dont la portée immédiate doit cependant être relativisée.

Il faut surtout retenir de ces amendements le fait que les députés ont demandé au gouvernement de s'engager à remettre en septembre 2015 un rapport au Parlement sur la possibilité d'intégrer les affections psychiques aux tableaux des maladies professionnelles ; de préparer les grandes lignes des futurs tableaux dédiés spécialement aux cas de stress au travail : description des troubles en fonction des activités susceptibles de les provoquer, modes de preuve du lien entre les troubles et le travail , rôle de l'inspection et de la médecine du travail, mode de financement uniquement patronal en fonction des taux de fréquence et gravité dans l'entreprise.

La qualification «maladie professionnelle» permettrait aussi d'inciter les partenaires sociaux à engager une négociation en vue d'organiser une prévention efficace du «burn out » dans les entreprises y compris de petite taille.

Les professionnels de la santé au travail estimant qu'environ 25% des salariés cadres et non cadres seront concernés au cours de leur carrière, et que les employeurs sont tout autant concernés, on peut considérer raisonnablement que cette démarche initiée au printemps 2015 constituera une étape importante de la reconnaissance des risques psycho sociaux comme maladies professionnelles dans le système français de protection sociale.

Introduction

Quelle que soit la modernité du débat actuel sur les formes de gouvernance les plus adaptées aux besoins de l'entreprise dans le contexte d'un nouveau siècle qui a vu se développer de manière exponentielle de nouveaux modes de production, des formes nouvelles d'organisation du travail, il paraît indispensable de replacer ce débat qui est à la fois économique, social, juridique mais aussi moral dans une perspective historique et philosophique.

Au fond, nous retrouvons le débat essentiel sur la place de l'Homme dans le processus de production quand on se pose aujourd'hui la question du mode de gouvernance. Nous posons le problème de la hiérarchie entre le produit et la personne qui a œuvré à la production. Nous nous interrogeons sur l'équilibre entre les intérêts des producteurs et ceux qui ont investi dans l'entreprise de production et qui souhaitent en retirer un maximum de bénéfice financier. Vieux débat auquel des réponses ont déjà été données par tous ceux qui considèrent que l'entreprise n'est pas seulement un centre de production où travaillent les salariés subordonnés, une source de profit financier pour les seuls investisseurs, mais que c'est d'abord une communauté d'intérêts qu'il convient d'harmoniser dans le souci de ce que l'on appelle le Bien commun.

En France, le débat sur la gouvernance de l'entreprise s'est d'abord développé à la fin du XIXème siècle dans les cercles de réflexion économique d'inspiration saint-simonienne, puis a été repris dans les milieux universitaires sous l'influence du personnalisme du philosophe Emmanuel Mounier, sans oublier l'influence de la doctrine sociale de l'Église et la pratique des grands patrons chrétiens dans d'importants secteurs de l'industrie et des services.

Pour en faire la synthèse je dirai que l'ensemble de ces réflexions converge vers l'idée que la Personne étant au centre de la Société, l'élément humain doit être au centre de l'Entreprise.

C'est semble-t-il ce que trop de dirigeants d'entreprises ont aujourd'hui oublié ou volontairement écarté au risque d'en subir les conséquences sur leurs propres profits.

Qu'avons-nous fait? Pourquoi les salariés se sentent-ils assez mal comme producteurs pour que certains en ressentent un tel mal être que le nombre de suicides, de dépressions, de maladies professionnelles liées au stress au travail, ait tant augmenté ces dernières années?

Si l'on regarde l'exemple français, des solutions ont été adoptées pour reconnaître la place et le rôle des salariés/producteurs en développant une politique de participation aux capital et aux résultats afin d'en faire des salariés/producteurs/associés.

L'argent comme solution au mal-être. Il n'a pas empêché la vague de suicides chez FranceTélécom où il existe une vraie politique de participation. L'argent ne suffit pas pour mettre l'Homme au centre de l'entreprise quand celle-ci s'est déshumanisée au fil des transformations technologiques, a éclaté géographiquement, et où les salariés ne connaissent même pas le nom de ceux qui décident de leurs conditions de travail.

Sans rejeter tout ce qui a été bien fait en matière de participation financière, il me paraît essentiel de rappeler que le salarié/producteur doit être associé aux décisions qui le concernent pour qu'il adhère au projet de l'entreprise. Remettre la Personne au cœur de l'Entreprise dans le souci du Bien commun paraît relever de l'urgence!

Après avoir exposé et critiqué les modes de participation financière appliqués dans les entreprises françaises depuis 50 ans (I), je traiterai plus longuement des modes actuels de prise en compte des risques psychosociaux dans les entreprises les plus sensibles aux problèmes générés par le stress au travail et au souci de considération de leurs salariés (II).

I. Les politiques de participation financière, réponses inadéquates aux attentes morales des salariés

On peut être surpris du nombre et de la diversité des modes de participation financière figurant dans la législation française. C'est un choix de politique sociale fait par les différents gouvernements depuis 1959, maintenu malgré leur diversité idéologique. On parle de cogestion à la française, de socialisme participatif, d'intéressement des salariés aux objectifs

économiques et à la stratégie de l'entreprise, par le biais direct et individualisé de la participation financière aux résultats, voire au capital de l'entreprise.

Si cette politique revêt bien des mérites et a un véritable intérêt financier pour les salariés permanents de l'entreprise, elle ne répond en rien aux attentes morales de l'ensemble des salariés.

Elle s'est donc révélée impuissante à endiguer leurs craintes, leur sentiment d'être considérés comme partie négligeable de l'entreprise ni à empêcher depuis près de dix ans la survenance des vagues de suicides et de dépressions dues au stress au travail.

1.1. Modes de participation aux bénéfices de l'entreprise

Seules les grandes lignes du système français élaboré depuis 1959 seront décrites; on rappelle qu'il est jugé très utile et apprécié par les salariés auxquels chaque mode de participation financière apporte un revenu complémentaire non négligeable.

Plusieurs dispositifs légaux permettent de redistribuer aux salariés une part des bénéfices de l'entreprise: la participation des salariés aux résultats de l'entreprise est obligatoire dans les entreprises de plus de 50 salariés; l'intéressement et les plans d'épargne salariale sont facultatifs et peuvent être organisés dans toutes les entreprises par un accord collectif.

1.1.1. La participation aux résultats constitue un dispositif légal de redistribution aux salariés des bénéfices qu'ils ont contribué à réaliser par leur travail.

Principal mécanisme d'épargne salariale en raison de son caractère obligatoire dans les entreprises de plus de 50 salariés, réalisant un bénéfice net fiscal supérieur à 5% des capitaux propres de l'entreprise, elle permet aux salariés de se constituer une épargne grâce au blocage des sommes attribuées (art.L.3321-1 et s C.trav.) pendant une durée de cinq ans.

Toutefois, la loi du 3 décembre 2008 sur les revenus du travail a assoupli ce dispositif. Le salarié peut désormais choisir le versement immédiat de ses droits selon certaines conditions ou encore le débloqué anticipé pour des raisons personnelles ou familiales énumérées par le décret du 30 mars 2009 (art. R 3324-22 C.trav). Cependant, seuls les salariés ayant choisi l'indisponibilité totale peuvent être exonérés de cotisations sociales et d'impôt sur le revenu à la fois sur le capital et les intérêts versés.

Tous les salariés de l'entreprise en bénéficient, sous réserve d'une clause prévoyant une ancienneté de trois mois. En cas de rupture du contrat de travail, même pour faute grave ou lourde, ils reçoivent le solde de leur créance de participation ; ils peuvent aussi demander le transfert des sommes acquises dans le plan d'épargne d'entreprise de leur nouvel employeur (loi du 30 décembre 2006 sur la participation et l'actionnariat des salariés).

La participation peut résulter d'un accord collectif de groupe ou d'entreprise mais aussi d'un accord collectif de branche, depuis la loi de 2006. L'accord peut être négocié par l'employeur avec les syndicats représentatifs ou le comité d'entreprise; il peut aussi être proposé directement au personnel qui doit le ratifier par référendum à la majorité des 2/3.

L'accord détermine les modes de calcul, de répartition, ainsi que l'affectation et la gestion des sommes pendant la période de blocage. Un contrôle administratif est exercé par l'Inspection du travail.

1.1.2. L'intéressement est un système facultatif qui peut être mis en place dans toute entreprise dès lors qu'elle respecte ses obligations en matière de représentation du personnel

Il est organisé par un accord collectif (art.L3312-1 et s C.trav.) négocié dans les mêmes conditions que celles énoncées pour la participation. L'accord est conclu pour une durée de trois ans, renouvelable par tacite reconduction pour la même durée. Il peut prendre deux formes.

L'intéressement aux résultats se rapproche de la participation aux résultats.

L'intéressement aux performances de l'entreprise utilise des critères tels que la productivité, la réalisation d'objectifs, l'augmentation du chiffre d'affaires, la diminution des pertes de l'entreprise, la diminution des accidents de travail. Ce type d'accord associe davantage le personnel au fonctionnement de l'entreprise et améliore la communication au sein de l'entreprise. Il paraît plus proche des demandes actuelles des salariés d'une meilleure prise en compte de leur place dans l'entreprise.

L'intéressement est une rémunération collective aléatoire, versée individuellement à tous les salariés sous réserve d'une clause prévoyant une ancienneté de trois mois, d'un plafond annuel de 20% des salaires bruts et d'un montant individuel de 17.310 € pour l'exercice 2010 (art.L 3314-8 al.1 et 2 C. trav.).

Les primes attribuées aux salariés sont immédiatement disponibles, elles sont exonérées de cotisations sociales; ils peuvent aussi choisir de les affecter à un plan d'épargne salariale afin de bénéficier d'une exonération d'impôt sur le revenu.

1.2. Modes de participation au capital de l'entreprise: l'actionnariat salarié

Il s'agit d'abord des plans d'épargne salariale qui permettent aux salariés de l'entreprise, mais aussi aux anciens salariés partis en retraite, de se constituer un portefeuille de valeurs mobilières dans des conditions sociales et fiscales avantageuses, par le versement volontaire d'une partie de leur rémunération annuelle (25% maximum), des droits et primes acquis au titre de la participation et de l'intéressement. Il s'agit ensuite des options de souscription ou d'achat d'actions et des distributions d'actions gratuites, sur une base individuelle, qui ouvrent une forme de participation directe des salariés au capital de l'entreprise dont ils deviennent alors à la fois salariés et associés.

1.2.1. Les plans d'épargne salariale

Deux formules peuvent être retenues par l'employeur et faire l'objet d'un accord collectif d'entreprise qui en définit les modalités pratiques.

Le plan d'épargne d'entreprise a été rendu obligatoire par la loi de 2006 pour le développement de la participation et l'actionnariat salarié dans les entreprises ayant conclu un accord de participation après le 31 décembre 2006 (art.3323-2, et -3 C.trav.). Dans le cas contraire, le PEE est facultatif, mais il est fréquent d'y recourir en raison des avantages fiscaux pour le salarié. (art.L.3332-1 C.trav.). Dans tous les cas, le PEE est négocié avec les représentants du personnel dans les mêmes conditions que les accords de participation, sous le contrôle administratif de l'inspection du travail.

La gestion du PEE et les formules de placement sont réglementées par la loi du 30 décembre 2006 qui a prévu une indisponibilité de cinq ans avec des cas de déblocage anticipé (art.L.3332-25 et R.3324-22 C.trav.).

Le plan d'épargne collectif pour la retraite (PERCO) sur les revenus du travail peut être mis en place comme les PEE, à l'initiative de l'entreprise ou par un accord collectif (art.L.3334-2 C.trav.) depuis la loi du 3 décembre 2008.

Les salariés sont informés de leurs droits grâce à un livret d'épargne salariale qui doit leur être remis au moment de l'embauche, et qui présente l'ensemble du dispositif d'épargne salariale dans l'entreprise (art. L.3341-6 et s C.trav.).

1.2.2. La souscription ou l'achat d'actions

Elle constitue un mécanisme facultatif dans une société par actions, cotée ou non en Bourse, ouvert à tout ou partie des salariés. Les bénéficiaires peuvent souscrire ou acheter leurs propres titres au prix fixé au jour où l'option est consentie. Ils en retirent trois avantages qui leur sont réservés: un rabais de valeur du titre, et des plus-values d'acquisition et de cession. S'y ajoute un régime social et fiscal de faveur à condition de respecter un délai d'indisponibilité de quatre ans. Le dispositif est autorisé par une AGE de l'entreprise et mis en œuvre par le conseil d'administration ou le directoire; le comité d'entreprise est informé et consulté au titre de sa compétence générale en matière économique et de rémunération des salariés (art L.2323-27 et L.2323-6 C.trav.).

1.2.3. La distribution d'actions gratuites

Elle est autorisée dans les seules sociétés par actions; une SARL ne peut pas en distribuer. La société peut décider de les attribuer à tout ou partie des salariés, selon les critères déterminés par le conseil d'administration ou le directoire, par exemple selon l'ancienneté dans l'entreprise, dans la limite de 10% du capital social.

Seules les actions distribuées collectivement peuvent être versées ensuite dans un plan d'épargne d'entreprise. Au terme de la période d'acquisition (deux ans) le salarié devient propriétaire des actions qui entrent dans son patrimoine ; toutefois, il ne peut les céder pendant une période de deux ans (sauf en cas de décès ou d'invalidité grave); il bénéficie comme dans le cas précédent d'un régime fiscal et social de faveur.

Au terme de cette longue énumération des différents mécanismes financiers constituant les régimes de participation et d'intéressement des salariés en droit social français, on peut constater combien le système construit en 50 ans est complexe mais aussi très ouvert. Objectivement, il répond aux attentes financières des salariés surtout dans les très grandes entreprises, mais aussi dans les entreprises de taille moyenne.

Toutefois, cette satisfaction financière n'a pas été suffisante, y compris dans de très grandes entreprises offrant toutes les formes légales et conventionnelles de participation et d'intéressement, pour répondre aux attentes morales des salariés et à leur besoin d'une éthique de la gouvernance de leur entreprise.

II. Une éthique de la gouvernance réponse adéquate aux attentes morales des salariés

La survenance de suicides dans de très grandes entreprises françaises, événements fortement relayés par les médias, a eu un effet désastreux sur l'image des entreprises concernées car ils ont mis en relief le caractère inhumain, désincarné, quasi virtuel de leur mode de gestion des salariés pourtant bénéficiaires de politiques efficaces de participation.

Considérés par l'opinion, les pouvoirs publics, mais aussi par les tribunaux, comme responsables socialement et moralement de ces drames individuels, les dirigeants de Renault, France Télécom et le Pôle Emploi, ont commencé à s'interroger sur leurs causes et les moyens d'y remédier au plus vite, en tentant d'ajouter plus d'humain dans la gouvernance actuelle des entreprises.

Sous l'impulsion des pouvoirs publics, la discussion collective a été ouverte tant avec les salariés consultés individuellement que avec leurs représentants élus et syndicaux. D'intéressantes propositions ont déjà été faites afin de déboucher sur une nouvelle éthique de la gouvernance face à l'implosion des risques psycho sociaux (RPS) dans l'entreprise.

2.1. L'incidence du mal-être des salariés au travail et l'implosion des risques psycho sociaux dans les entreprises

La survenance d'une vague de suicides chez FranceTélécom et au Pôle Emploi issu de la fusion entre Assedic et ANPE pendant l'année 2009 a ravivé l'émotion de l'opinion publique manifestée à la suite des suicides survenus au Technocentre de Renault en 2006. Ces événements ont suscité la réaction des partenaires sociaux et des pouvoirs publics, mais aussi celle des tribunaux appelés à déterminer si suicide et dépression étaient des accidents de travail et entraînaient de ce fait la responsabilité de l'employeur.

2.1.1. Le phénomène n'est pas nouveau

Pourtant il n'existe pas à ce jour d'enquête nationale; on dispose seulement depuis 2007 d'une étude sérieuse faite par les chercheurs de l'INRS.

Ce document fait état de l'inquiétude, dès la fin des années 90, des médecins du travail qui constatent la détérioration des indices de stress au travail. En 2003, une enquête régionale menée en Basse Normandie auprès de 55 médecins du travail révèle que 29% des salariés examinés lors des visites médicales de contrôle se plaignent de problèmes de santé liés aux conditions de travail; et que entre 1997 et 2001, sont survenus dans cette seule région, 107 cas de suicides et tentatives liés au travail, dont 43 ayant entraîné un décès ou un handicap grave.

Par ailleurs, de nombreuses études épidémiologiques connues des médecins du travail ont souligné le lien entre stress durable, dépression, puis suicide subséquent en particulier quand coexistent une forte pression psychologique et une absence de marge de manœuvre individuelle du salarié face aux conditions de travail qui lui sont imposées. Le phénomène de contagion existe réellement: si un collègue a eu recours au suicide, celui-ci apparaît comme la solution à ses propres difficultés, à son propre mal être au travail.

2.1.2. La question se pose: comment en vient-on à se suicider à cause du travail?

Pour Christophe Dejour, professeur au CNAM, et Philippe Davezies, chercheur en médecine et santé du travail, auteurs d'ouvrages centrés sur ce sujet, le sentiment de souffrance au travail s'exprime de manière de plus en plus violente, concerne tout le monde, des ouvriers aux cadres, car personne n'est épargné par la pression.

C'est l'organisation même du travail qui est en cause avec la perte de repères collectifs qu'elle implique.

On constate en effet une certaine dilution des relations sociales entre salariés, d'où il résulte un sentiment de solitude; à l'absence de solidarité collective correspond la faiblesse d'un contrôle social préventif des suicides. En outre les salariés ne se reconnaissent plus dans les tâches qui leur sont demandées, faute d'explication claire sur la notion de travail bien fait, le salarié se sent dévalorisé et désorienté. La dépersonnalisation des lieux de travail entraîne aussi une perte de repères; la vogue des open space peut se révéler catastrophique pour les relations de travail. Les évaluations individuelles des performances ont aussi joué un rôle néfaste amenant de la concurrence supplémentaire entre salariés mais aussi de la méfiance, du stress, des coups bas; de nouvelles méthodes de management telles que l'absence apparente de hiérarchie manifestée par un tutoiement généralisé, les séminaires de «team building», le

management par l'affectif concomitant à la pression et la critique constante de la hiérarchie, le stress et la peur du licenciement qui en découlent ont fait des ravages psychologiques comme l'ont démontré les événements récents.

2.1.3. Les vagues de suicides intervenus en 2009 (France Télécom, Pôle Emploi)

Si l'on s'en tient à cette période récente, les chiffres sont préoccupants, sachant qu'on ne connaît que les cas de suicides et de dépression au travail ayant été le plus médiatisés. Faute d'enquêtes régionales et nationale, il est difficile d'appréhender finement le phénomène, en particulier dans les entreprises de taille petite ou moyenne, et de bien distinguer entre les cas de suicide/dépression d'origine personnelle ou professionnelle. Des demandes de création d'un observatoire des suicides au travail ont été faites par des chercheurs, sans résultat à ce jour.

En 2009, l'accélération du nombre de suicides chez FranceTélécom, en particulier depuis juillet 2009 et au Pôle Emploi entre septembre/octobre 2009 interpelle l'opinion publique.

A **France Télécom**, une enquête diligentée par les directions régionales et rendue publique par la direction générale en septembre 2009 lors de la réunion du CHSCT fait état de 32 suicides en deux ans dont 17 recensés en 2009; d'une augmentation des visites médicales de 30% sur deux ans et de 50% sur cinq ans des arrêts-maladie liés aux conditions de travail. La direction refuse de faire état des arrêts maladie liés à des dépressions au nom du secret médical et du respect de la vie privée.

Pour les syndicats et les élus des Comités Hygiène et Sécurité du travail de France Télécom, la vague de suicides est directement liée à la réorganisation de l'entreprise. Depuis l'ouverture du capital en 1997 et la privatisation de l'entreprise, et face à un sureffectif d'environ 30.000 personnes, un plan de départs volontaires a porté sur 22.000 suppressions d'emplois et la direction a imposé le principe d'une mobilité tous les trois ans. De nombreuses mutations et réductions d'effectifs ont ainsi affecté toutes les catégories du personnel. Il en est résulté depuis plus de dix ans: perte de repères, sentiment d'un contrôle permanent, et inquiétudes quant à leur avenir, chez des salariés qui avant 1997 avaient un statut de fonctionnaire avec la sécurité de l'emploi et le sentiment d'effectuer une mission de service public.

Au **Pôle Emploi**, structure hybride résultant au 1^{er} janvier 2009 de la fusion entre ANPE (service public de l'emploi) et ASSEDIC (institutions privées de l'assurance chômage) dont les personnels avaient des statuts et des missions complémentaires mais différents, un important malaise est rapidement signalé par les syndicats, en particulier chez les salariés les plus en contact avec les demandeurs d'emploi.

La direction ne reconnaît que deux suicides d'origine professionnelle survenus en 2009, et cinq tentatives de suicide sur les lieux de travail et ne tient pas compte des cas d'arrêt maladie liés à une dépression, en raison du secret médical. Les syndicats évoquent des chiffres trois fois supérieurs en intégrant les actes commis au domicile du salarié. L'inspection du travail n'est pas intervenue sur le cas de Pôle Emploi en raison de sa nature juridique particulière entre privé et public ; on peut le regretter.

A la suite des suicides survenus à l'automne 2009, une **enquête** est menée auprès des salariés dont les résultats ont été connus en Janvier 2010. Plus de la moitié des 47000 salariés y ont répondu.

Face à la charge supplémentaire de travail induite par l'augmentation en 2009 du nombre des chômeurs (90.000 dossiers de plus à gérer), les salariés considèrent que leur métier a changé (60%), qu'ils n'ont pas été bien préparés à cette évolution (40%), n'adhèrent pas au contenu de leurs nouvelles missions telle la vérification administrative des pièces du dossier (50%). Beaucoup se plaignent d'une dégradation de leurs conditions de travail due à la multiplication des agressions verbales voire physiques subies à l'occasion de leur mission. Appelés à être mobiles d'une unité de travail à l'autre, ils jugent leur formation insuffisante pour répondre aux attentes des chômeurs dont ils gèrent les dossiers et à celles de la direction dont les objectifs sont difficiles à tenir; au sentiment d'angoisse de mal faire et à un état dépressif subséquent, correspondrait un recours plus important aux psychotropes voire au suicide.

2.1.4. La réponse judiciaire aux suicides et dépressions liés au stress au travail

L'employeur étant tenu envers ses salariés d'une obligation générale de sécurité, il doit prendre toutes les mesures nécessaires pour prévenir la survenance de tout risque professionnel. Quand le stress au travail est un déclencheur d'accident ou de maladie, il peut être considéré comme un risque professionnel, et conduire de ce fait le juge à retenir la responsabilité sociale de l'employeur.

S'il n'est pas toujours aisé de rattacher les faits reprochés à l'employeur à la qualification d'accident du travail ou de maladie professionnelle, la jurisprudence a évolué sur ce point.

Ainsi, la Cour de Cassation a confirmé en **2003** (Cass.2è civ. 1^{er} Juillet 2003, n°02-30.576) son interprétation extensive de la notion d'accident de travail, en retenant cette qualification pour une dépression nerveuse. En l'espèce, la dépression du salarié constatée médicalement est apparue dans les deux jours suivant un entretien d'évaluation au cours duquel le salarié cadre a appris sa rétrogradation comme agent de maîtrise. Le juge retient le lien avec le travail et la soudaineté de la lésion psychique: **il étend ainsi la notion de lésion corporelle, critère classique de l'accident de travail, aux troubles psychiques.**

Cette qualification a été également retenue pour le traumatisme psychologique subi par le directeur d'une agence bancaire menacé par un client armé (Cass.2è civ. 15 juin 2004, n° 02-31.194); pour l'accident vasculaire cérébral dont a été victime un salarié après un entretien préalable au licenciement, en raison du choc causé par la procédure (Cass.2è civ. 22 février 2007, n° 05-18.809).

Dans une autre affaire, les juges ont retenu que l'équilibre psychologique du salarié avait été altéré à la suite de la dégradation continue des relations de travail et du comportement de l'employeur; ils ont retenu la faute inexcusable aggravant la responsabilité de l'employeur qui aurait dû avoir conscience du danger auquel il avait exposé le salarié. Conditions matérielles et conditions psychologiques de travail sont donc analysées de la même manière par les juges.

Le stress ne constitue pas en soi un cas de harcèlement moral mais peut en être une manifestation; l'analyse judiciaire est plus exigeante: alléguer d'une mauvaise ambiance au travail ne suffit pas à caractériser la situation de stress professionnel (Cass.soc.23 novembre 2005, n° 04-41.649) ni de harcèlement.

La qualification juridique du suicide ou de la tentative de suicide au lieu de travail ou au domicile du salarié a été posée à nouveau aux juges après la vague de suicides intervenue au centre Technopole de Renault en 2006.

Le Tribunal des Affaires de Sécurité Sociale de Nanterre a rendu très récemment son jugement (17 décembre 2009) pour l'un d'entre eux survenu en Octobre 2006. Les juges considèrent qu'il existe un lien entre le stress professionnel, la charge et les conditions de travail imposés aux salariés cadres et ingénieurs du Centre de production de Guyancourt. Ils retiennent la faute inexcusable de l'employeur «qui n'a pas pris les mesures nécessaires pour

préservé son salarié du risque qu'il encourait du fait de l'exercice de son activité professionnelle»; la société Renault aurait dû être consciente du danger auquel le salarié était exposé et n'a pas rempli en l'occurrence son obligation de sécurité. L'employeur a fait appel en Janvier 2010.

Compte tenu des nombreux suicides survenus en 2009 notamment à France Télécom et au Pôle Emploi, les juristes de droit social attendent avec beaucoup d'intérêt la suite judiciaire de ces procès qui vont sans doute se multiplier. En ce qui me concerne, je pense que la Cour de Cassation reprendra pour les suicides liés au stress professionnel la même analyse et les mêmes exigences de preuve que celle qu'elle a adoptée pour les cas de dépression.

2.2. Les réponses des partenaires sociaux et des pouvoirs publics pour remédier au développement des risques psychosociaux

La question du stress au travail a suscité plusieurs accords collectifs au niveau communautaire et national. A la suite des vagues de suicide survenues dans leurs entreprises, les dirigeants se sont efforcés de répondre dans l'urgence à la détérioration de l'ambiance de travail.

Les pouvoirs publics se sont saisis de ce problème qui a fortement ému l'opinion publique, suscitant le débat dans et hors de l'entreprise. Ces réponses sont utiles mais ne sont pas suffisantes. L'implosion récente des risques psychosociaux conduit à s'interroger plus que jamais sur le rôle de l'éthique dans la gouvernance de l'entreprise.

2.2.1. Les accords collectifs applicables aux situations de stress professionnel et les modalités de leur mise en œuvre

Les instruments juridiques existent au plan communautaire et national. Malgré leur mise en application dans les grandes entreprises ils ont pu apparaître comme une réponse dérisoire et insuffisante face à l'implosion des risques psychosociaux. Les entreprises concernées ont donc cherché à y apporter d'autres réponses.

L'accord cadre européen du 8 octobre 2004 forme la base de toute négociation collective sur le stress au travail et ses incidences sur la détérioration des conditions et de l'ambiance de travail.

Il présente l'avantage de donner une définition globale de la notion de stress: «état qui s'accompagne de symptômes ou de dysfonctionnement physiques, psychologiques ou sociaux, et qui résulte du fait que les individus se sentent incapables de combler un écart avec les exigences ou les attentes qui les concernent»

Cette définition paraît adéquate à rendre compte de la situation de stress. En effet, le plus souvent il se manifeste lors de conditions de travail dégradées: rythmes de travail accrus ou imprévisibles, faible emprise sur le contenu et la réalisation du travail, moyens insuffisants, surcharge de travail, perception d'un manque de soutien de la hiérarchie et d'un défaut de solidarité. On reconnaît ici les circonstances qui ont suscité les événements médiatisés de 2006/ 2009 et les éléments qui ont été utilisés par les juges pour justifier la condamnation des employeurs dans les procès récents.

Afin de transposer l'accord européen en droit français, une négociation a été ouverte en octobre 2007; elle a abouti à **un accord interprofessionnel du 2 juillet 2008, étendu par arrêté du 23 avril 2009.**

Bien qu'il existe déjà une abondante législation en matière de prévention des risques professionnels dont il est reconnu par les partenaires sociaux que les risques psychosociaux font partie, la prévention, l'évaluation et les mesures pour éviter le stress et ses incidences restaient assez sommaires; il était donc utile et nécessaire de compléter la législation française sur ce point.

L'accord français n'a pas seulement transposé l'accord communautaire, il l'a précisé et complété en ce qui concerne les mesures de prévention, d'information et de formation des salariés et du personnel d'encadrement.

Les objectifs affirmés par les négociateurs ont été clairement définis: développer la prise de conscience et la compréhension par tous les acteurs de l'entreprise de la question du stress au travail, introduire des clignotants sociaux afin d'éviter son développement, essayer de trouver des solutions adaptées aux entreprises et aux salariés concernés.

L'accord français de 2008 ajoute à la définition communautaire en se rapprochant de celle adoptée par l'Agence européenne sur la santé et la sécurité du travail: il y a stress en cas de déséquilibre entre la perception que la personne a des contraintes que lui impose son environnement et la perception qu'elle a de ses propres ressources pour y faire face.

Cette définition permet d'individualiser davantage le ressenti de stress propre à chacun dans un contexte professionnel commun ; elle conduit à une appréciation plus fine des risques

encourus dans l'activité professionnelle et elle incite à un management plus personnalisé des salariés.

Parmi les indicateurs du stress les négociateurs ont retenu: un fort taux d'absentéisme notamment de courte durée mais répété; un niveau élevé de rotation du personnel en particulier fondé sur des démissions; des conflits personnels fréquents entre salariés; une augmentation significative des visites spontanées au service médical; et bien sûr un taux de fréquence plus élevé des accidents du travail et des suicides.

La **mise en application de ces principes** repose sur le dialogue entre employeur, service de santé au travail et représentants du personnel.

L'employeur est tenu de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et la santé physique et mentale des salariés (art.L.4121-1 à L.4121-5 C.trav.); il doit y associer les représentants du personnel à leur mise en œuvre et à défaut les salariés directement consultés.

Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail doit jouer un rôle essentiel dans la prévention du stress. Il est chargé de procéder à l'analyse des risques professionnels auxquels sont exposés les salariés ainsi que de leurs conditions de travail. Sa consultation est obligatoire en cas de modifications importantes des conditions de santé et sécurité. Depuis un arrêt de la Cour de cassation de 2007 (Cass.soc. 28 novembre 2007, n°06-21.964), le CHSCT doit être consulté sur un projet d'entretiens annuels d'évaluation, dès lors que ses modalités et enjeux sont de nature à générer une pression psychologique entraînant des répercussions sur les conditions de travail.

Le comité d'entreprise dispose d'une compétence générale en matière de prévention des risques (art.L.2323-27 C.trav.).

Les délégués du personnel disposent d'un droit d'alerte pour toute atteinte à la santé physique et mentale des salariés qui peuvent les informer. Ils saisissent l'employeur qui doit alors déclencher une enquête et prendre les dispositions nécessaires à remédier à cette situation; en cas de carence de l'employeur, le conseil de prud'hommes peut être saisi en référé par les représentants du personnel (art.L. 2313-2 C.trav.).

Le service de santé au travail et le médecin du travail ont également un rôle essentiel dans l'identification, la prévention du stress et l'évaluation des risques induits par les conditions de travail dans l'entreprise. Les services de santé peuvent avoir recours à des experts intervenants extérieurs, pour bénéficier d'un regard objectif sur l'amélioration des conditions de travail et la sécurité des salariés (art.R.4623-27 C.trav.). Par exemple ils peuvent faire appel à l'INRS qui propose depuis 2004, des outils de prévention et

d'appréhension du stress, des formations du personnel d'encadrement. Dans le même esprit, la Confédération Générale des Cadres a créé un «baromètre» outil de mesure et d'observation du stress depuis 1998, ainsi qu'un système d'écoute au service de ses adhérents en difficulté ou en souffrance morale dans leur entreprise. Ce sont des modèles utiles pour toutes les entreprises.

Dans l'Accord National Interprofessionnel de 2008 on retrouve également une liste indicative de moyens de lutter contre le stress, de mesures susceptibles de le prévenir, l'éliminer, au moins le réduire. Il peut s'agir par exemple de développer une communication sur les objectifs de l'entreprise et le rôle de chaque salarié à son poste; de donner à chacun la possibilité d'échanger sur son travail; de mettre en place une formation de l'ensemble des acteurs de l'entreprise et notamment de l'encadrement pour anticiper l'apparition du stress individuel ou collectif.

La prévention et l'élimination du stress doivent passer par une analyse et observation continue de l'organisation et des processus de travail. Par exemple, les dépassements excessifs des horaires de travail et la mise sous pression systématiques sont-ils nécessaires? Les objectifs personnels et/ou de l'équipe sont-ils disproportionnés ou mal définis? Quel est le degré d'autonomie mais aussi de solitude des salariés? La communication doit être à la fois collective et personnalisée, tenir compte davantage des facteurs subjectifs, par exemple en s'efforçant de lever toute incertitude sur les perspectives de l'emploi et les changements de stratégie de l'entreprise.

L'ANI de Juillet 2008, aurait dû dès l'arrêté d'extension d'avril 2009 conduire à une négociation collective dans les branches et les entreprises. La survenance de la crise économique a sans nul doute ralenti le mouvement et malgré leur utilité les instruments de prévention des risques psychosociaux déjà mis en place n'ont pu suffire à éviter leur implosion. Les entreprises concernées ont donc commencé à mettre en place d'autres réponses dans l'urgence.

2.2.2. Les réactions des entreprises les plus concernées

Une entreprise dans laquelle on peut se suicider perd de son image de façon considérable, au sein de la collectivité de travail, mais aussi dans la société tout entière à cause de la reprise médiatique des suicides sur les lieux de travail.

La stratégie habituelle de communication a été longtemps d'individualiser le suicide pour en diminuer l'impact sur l'entreprise, sans reconnaître les liens entre le suicide ou la dépression et le mode de fonctionnement de celle-ci. Les répliques suicidaires ont constitué de véritables signaux d'alarme pour qu'enfin les entreprises concernées acceptent de reconnaître l'existence d'un réel malaise collectif et d'une souffrance morale au travail à tous les échelons de la collectivité de travail.

D'après des informations recueillies au MEDEF, un certain nombre d'actions ont pourtant été engagées par quelques entreprises courant 2008 pour organiser une prévention des RPS: ouverture de lignes téléphoniques gratuites et sécurisées pour l'écoute anonyme des salariés ; mise en place d'observatoire du stress avec des indices d'insatisfaction des salariés comme autant de clignotants; nomination de médiateurs dans l'entreprise ou appel à des experts de l'écoute et la détection des risques de stress. L'objectif est d'anticiper et d'éviter la survenance de situations favorisant l'implosion des risques psychosociaux par une observation attentive de la collectivité de travail.

Depuis la fin de l'année 2009 des plans d'urgence ont été mis en place et des négociations ont été ouvertes avec les partenaires sociaux, dans les grandes entreprises touchées par la vague de suicides de leurs salariés.

Au Pôle emploi, déjà évoqué supra, un questionnaire sur le stress et les conditions de travail dont les résultats ont été publiés le 5 janvier 2010 doit servir de base à la discussion ouverte au même moment avec les syndicats.

Chez Renault, le contenu du plan d'urgence sociale a été communiqué le 14 janvier 2010. Il tient compte des résultats d'une enquête faite au Technopole de Guyancourt où avaient eu lieu la plupart des suicides entre 2006 et 2008, révélant que 30% des salariés souffraient de tension au travail. Le plan prévoit une limitation des horaires, en particulier pour les cadres, une formation des managers à la détection des risques psychosociaux, un contrat avec Pluridis, société spécialisée dans l'écoute et l'aide des salariés.

A FranceTélécom, la négociation d'un nouveau Pacte social est annoncée; elle porterait en particulier sur une remise en cause du principe de mobilité qui ne serait plus imposée tous les trois ans aux salariés mais discutée avec chacun d'entre eux. Elle comporterait un volet de formation des cadres à la prévention des risques psychosociaux.

Au vu de ces annonces on constate que les entreprises ont enfin tenu compte des évaluations économiques faites en particulier par la Fondation de Dublin sur l'impact du stress et sur son coût. Une entreprise ne fonctionne pas bien lorsque les salariés ne sont pas

satisfaits de leurs conditions de travail; s'ils sont en mauvaise santé physique et morale, stressés, déprimés, malades, et pratiquent l'absentéisme, cela a un impact évident sur la production donc sur la situation de l'entreprise face à la concurrence. L'entreprise doit aussi tenir compte du coût de la réparation à laquelle elle peut être condamnée par les tribunaux pour mise en danger de la vie d'autrui; sa responsabilité sociale peut lui coûter cher.

2.2.3. Les actions des pouvoirs publics

Elles se déroulent en plusieurs étapes de **2007 à 2010**.

Après la première Conférence gouvernementale sur les conditions de travail du 4 octobre 2007, le ministre du Travail Xavier Bertrand a confié à Philippe Nasse, magistrat honoraire, et Patrick Légeron, psychiatre, la mission de réfléchir et faire des propositions au gouvernement sur la mesure et le suivi des risques psychosociaux au travail.

Le rapport remis par ces experts le 12 mars 2008 définit le stress au travail comme le premier facteur de risque psychosocial et décrit les phénomènes de harcèlement et violence au travail. Il préconise une approche simultanée des aspects médicaux et sociaux de ces risques professionnels et formulent huit propositions d'actions, suggérant aussi que le suivi de leurs recommandations soit confié au Conseil d'orientation des conditions de travail dont la création a été décidée suite à la conférence de 2007.

Ce rapport a formé la base de la négociation de l'accord national interprofessionnel du 2 juillet 2008, étendu en avril 2009. On en retrouve les principaux éléments d'une part pour l'identification, d'autre part pour les moyens évoqués plus haut (2.2.1) de lutter contre le stress au travail.

En juin 2008, lors de la deuxième Conférence sur les conditions de travail, le ministre du travail a annoncé le lancement d'une grande enquête nationale confiée à l'INSEE sur le stress au travail afin de mettre en place un indicateur global du stress, dont les résultats étaient espérés pour l'été 2009.

En octobre 2009, à l'occasion du Conseil d'Orientation sur les conditions de travail, un plan d'urgence pour la prévention du stress professionnel est annoncé ainsi que l'élaboration du plan santé au travail pour 2010-2014.

Les entreprises de plus de 1000 salariés sont invitées à engager une négociation sur la prévention du stress, sur la base de l'ANI de 2008, au plus tard le 1^{er} février 2010.

A défaut d'accord, les partenaires sociaux devraient au moins aboutir à un diagnostic et un plan d'action.

Dans les PME et TPE, qui ne sont pas encore soumises à l'obligation de négocier, il est suggéré de développer des actions d'information sur les risques psychosociaux, des outils de diagnostic et des indicateurs d'actions, avec l'aide des experts de l'INRS, l'ANACT, et des services de santé au travail. Le seuil actuel des 1000 salariés pourrait d'ailleurs être abaissé pour étendre le champ de la négociation obligatoire.

Si aucune sanction financière n'est encore prévue, le ministère du Travail n'en exclut pas l'adoption au vu des résultats du bilan des négociations dans les grandes entreprises.

Deux types d'accords peuvent être conclus selon le degré de maturité du sujet dans l'entreprise.

Soit un accord sur le fond avec les organisations syndicales reprenant les grandes lignes de l'ANI et les adaptant à la réalité particulière de l'entreprise.

Soit un simple «accord de méthode» sur le traitement de la question des risques psychosociaux, portant sur la manière de conduire l'état des lieux sur le stress au travail; les conditions d'un éventuel recours à un intervenant extérieur; la formation préalable des acteurs (CHSCT, médecin du travail) et les modalités de concertation entre eux; la création d'un comité interne de pilotage et de suivi; le calendrier de la concertation.

Un véritable suivi informatique du déroulement des négociations est organisé par la Direction Générale du travail.

Amorce de sanction morale prenant l'opinion publique à témoin, la liste des entreprises n'ayant pas ouvert de négociation ou pas abouti, sera publiée à cette occasion, sur les sites Internet du Ministère du Travail à partir du 1^{er} mars 2010, avec mise à jour mensuelle de l'évolution des négociations, communiquée par les entreprises sous le contrôle de la DGT.

Les entreprises peuvent consulter le site «travailler-mieux.gouv.fr» et se rapprocher de la cellule risques psychosociaux de la DGT dgt.stress@travail.gouv.fr.

Ces différentes interventions du Ministère du Travail, dont le rythme s'est accéléré depuis 2009, apparaissent comme le signe d'une ferme volonté politique d'accompagner les partenaires sociaux et d'aboutir à des engagements durables et partagés sur la prévention des risques psychosociaux et la promotion du Bien Être au travail.

Une commission de réflexion parlementaire sur le stress professionnel a été créée en 2009, à l'initiative de Jean François Coppe (UMPP). En septembre 2009, il a déjà été proposé par cette commission multipartite d'ajouter des indices de bien être au travail dans le bilan

social annuel de l'entreprise; et d'introduire plus d'enseignements relatifs à la gouvernance des entreprises et aux principes d'éthique managériale, dans la formation des étudiants en Ecoles d'ingénieurs et de commerce, afin de sensibiliser les dirigeants de demain à l'objectif de «travailler mieux pour mieux travailler ensemble».

La complémentarité des intervenants politiques et de l'Administration du travail permet d'espérer le prompt aboutissement des négociations en cours et l'efficacité sur le terrain de la lutte contre le stress professionnel.

Conclusion

Comment ne pas s'interroger en conclusion sur la nécessité d'introduire un «indicateur du Bonheur» dans les entreprises, dans la continuité de la pensée d'Amartya Sen , prix Nobel d'économie en 1998, inventeur avec son collègue pakistanais Mahmud ul Haq de l'Indicateur du Développement Humain (IDH) utilisé par le PNUD pour mesurer les progrès et les reculs des États sur la voie de la croissance.

Il a remis en septembre 2009, au Président Sarkozy, un rapport coécrit avec Joseph Stiglitz et Jean-Paul Fitoussi, sur la mesure des performances économiques et du progrès social, qui contient douze recommandations pour mesurer la richesse d'un pays en tenant compte du bien-être des ménages et plus seulement de leurs revenus.

D'autres travaux publiés en 2009 par des experts en relations humaines poursuivent une démarche semblable dans l'analyse de la crise morale dont s'accompagne l'actuelle crise économique.

En décembre 2009, un groupe d'experts dirigé par Mme Kovess-Masféty, psychiatre et épidémiologiste, a rendu un rapport commandé par le Centre d'action stratégique du Secrétariat d'Etat chargé de la Prospective et du développement de l'activité numérique, à la suite de la vague de suicides au travail. Il constate que de nos jours les chefs d'entreprises et l'Etat redoutent plus l'implosion des risques psychosociaux que les mouvements de grève et les luttes syndicales.

Le rapport considère que l'entreprise face à la souffrance au travail ne peut se contenter d'y répondre par davantage de réponses financières qui ne correspondent plus qu'en partie aux attentes de leurs salariés; dans son intérêt économique qui est de plus et mieux produire pour affronter les défis d'une concurrence mondialisée, elle est appelée à prendre

aussi en considération le mieux vivre des salariés/producteurs et consommateurs dans et hors de l'entreprise.

Ces propos rappellent les motivations du Mouvement philanthropique manifestées très clairement en France après les événements de la commune de 1870/1871 et alors que le mouvement anarchiste se développait en Europe et aux États-Unis. Les entrepreneurs philanthropes du XIX^{ème} siècle considéraient que toute action sociale en faveur de leurs salariés constituait une sorte d'assurance contre le risque révolutionnaire et qu'œuvrer en faveur du Bien Commun au sens augustinien du terme se confondait avec un souci de meilleure rentabilité de l'Entreprise.

Samuel Rouvillois, prêtre de la communauté Saint-Jean, auteur en 2009 de «L'Homme fragile», et consultant auprès du MEDEF comme spécialiste de l'éthique managériale, tire quant à lui les enseignements de la crise économique sous un angle spirituel. Il considère la crise actuelle comme le révélateur de l'aliénation croissante de l'individu à l'économie, et d'une perte de sa dignité dans le contexte d'une organisation du travail qui fait passer la rentabilité de l'entreprise avant la valorisation de ses acteurs. Il préconise dans une Charte du Bien-Être au travail remise au Ministère du travail, de définir les conditions d'un travail authentiquement humain, dans la relation avec autrui, dans la lisibilité de ce que l'on fait, dans une certaine responsabilisation et autonomie. La finalité de l'entreprise n'est pas seulement économique et sa rentabilité, si elle est nécessaire pour sa survie, donc le maintien des emplois et le versement des salaires, ne saurait être sa seule finalité sociale.

Finalement, on revient à ce qui fait le fondement d'une éthique de la gouvernance trop oubliée des dirigeants actuels: remettre l'homme au centre de l'entreprise et lui faire confiance. Le pacte social qui fonde l'entreprise doit revisiter les notions d'identité collective, de solidarité sociale, de partage des intérêts entre propriétaires et producteurs, et reconnaître l'investissement humain comme un indispensable moteur de la réussite économique, en quelque sorte diriger l'entreprise dans le souci du Bien commun de la communauté d'intérêts qu'elle représente et répondre ainsi davantage aux attentes morales des salariés. En poursuivant une telle démarche, on peut espérer que de plus nombreux dirigeants pourront ainsi passer d'une éthique de conviction, le discours sur les valeurs de l'entreprise, à la mise en œuvre pratique de l'éthique de gouvernance.

Bibliographie

Dossiers et publications de l'INRS (Institut National de recherche et sécurité pour la prévention des accidents du travail et maladies professionnelles)

PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO. REFLEXÕES EM FACE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

PRINCIPLES OF LABOR PROCEDURAL LAW. REFLECTIONS ABOUT THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE

Ricardo José Macêdo de Britto Pereira¹

Resumo: O propósito deste artigo é discorrer sobre os princípios do Direito Processual do Trabalho, considerando a possível incidência do novo Código de Processo Civil no âmbito processual trabalhista. Com a constitucionalização do direito, a análise das possíveis implicações do novo código na seara laboral não deve resultar do confronto direto entre esses dois ramos, mas ser mediada pelo texto constitucional. É fundamental que a nova ordem contribua para o acesso aos direitos de forma efetiva e célere. A autonomia do Direito Processual do Trabalho na atualidade depende muito mais de sua consolidação como instrumento para a realização dos valores constitucionais do que de seu distanciamento do Direito Processual Civil.

Palavras-Chave: Direito Processual do Trabalho, princípios, autonomia, constitucionalização.

Abstract: The purpose of this article is to discuss the principles of Labor Procedural Law, considering the possible impact of the new Civil Procedural Code in the labor procedural field. With the constitutionalization of law, the analysis of the possible implications of the new code in labor procedural should not result from direct confrontation between these two branches, but be mediated by the Constitution. It is essential that the new order will contribute to the access to rights in an effective and expeditious manner. The autonomy of Labor

Artigo recebido em 21 de setembro de 2015

¹ Subprocurador Geral do Ministério Público do Trabalho. Doutor pela Universidade Complutense de Madri. Mestre pela Universidade de Brasília. Professor Titular do UDF. Colíder do Grupo de Pesquisa da Faculdade de Direito da UNB/CNPQ “Trabalho, Constituição e Cidadania”.

Procedural Law nowadays depends much more on its consolidation as a tool for the realization of constitutional values than their distance from Civil Procedural Law.

Key words: Labor Procedural Law, principles, autonomy, constitutionalization.

1. Considerações gerais

O Direito Processual do Trabalho conquistou a sua autonomia ao longo do tempo. Hoje em dia, é inquestionável, nesse campo, a presença dos critérios que a doutrina considera relevantes para tal afirmação. São eles: abundância de disposições normativas sobre processo do trabalho, que observam organicidade e sistematização; inúmeros estudos específicos, que reúnem as mais variadas reflexões, conceitos e doutrinas interpretativas sobre o conjunto normativo processual trabalhista; disciplinas de Direito Processual do Trabalho nos cursos de Direito, sendo que algumas grades curriculares destinam para elas mais de um semestre; especialidade da jurisdição trabalhista, formando um segmento do Poder Judiciário totalmente a parte da Justiça comum; presença de institutos, procedimentos e sistema recursal próprio, distintos dos demais ramos; e, como tema central deste estudo, reconhecimento de princípios próprios do Direito Processual do Trabalho.

Essa autonomia processual está diretamente associada à consolidação do Direito do Trabalho em nosso ordenamento jurídico. Pode-se dizer que com a consagração do valor social do trabalho e de diversos direitos fundamentais dos trabalhadores no texto constitucional ela se torna mais evidente e justificada.

Tradicionalmente, o processo em direção à autonomia do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho, como o de outros ramos que se desvencilharam de sua origem, desenvolveu-se numa perspectiva horizontal. Dessa forma, para aferir a existência de características distintas, na defesa dos novos ramos, utilizavam-se como referenciais o Direito Civil e o Direito Processual Civil e adotavam-se como parâmetro disposições infraconstitucionais. O percurso entre distanciamento ou proximidade variava de acordo com as discussões sobre a suficiência ou não da regulamentação normativa trabalhista e processual trabalhista para oferecer respostas aos conflitos nessa área.

Com o advento do Código Civil de 2002, Lei 10.406, de 2002, várias dúvidas surgiram em relação à aplicação de suas disposições ao ordenamento laboral. Agora, isso também se

verifica com o novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 2015. Vislumbra-se campo para intensos debates sobre a incidência das novas disposições processuais civis ao processo do trabalho. A discussão provavelmente se prolongará por bastante tempo.

Nesse contexto, é inevitável a retomada de disputas interpretativas. Juntamente com a ideia de buscar maior efetividade aos direitos trabalhista, haverá propósitos de retardar a sua observância, mediante a utilização de incidentes e procedimentos até então estranhos ao processo do trabalho.

Daí a importância de se estabelecer as bases deste estudo. O presente texto parte da premissa de que o desprendimento do processo do trabalho em relação ao processo civil, a partir de determinado momento, passou a ter implicações constitucionais que não mais podem ser desconsideradas.

A aplicação das novas disposições processuais não é condicionada apenas à constatação de omissões no processo do trabalho. Como instrumento para a efetivação dos direitos trabalhistas, ele foi constitucionalizado, de modo que essa análise deverá ser em algum momento verticalizada, levando-se em conta o texto constitucional.

Diversos princípios constitucionais orientam o processo do trabalho, independentemente de qualquer previsão expressa nesse sentido. Não é porque o novo Código de Processo Civil enumera relevantes princípios constitucionais que somente agora eles passarão a incidir no processo do trabalho. A interpretação conforme a Constituição (art. 1º do NCPC) dos dispositivos processuais trabalhistas, a informalidade, a lealdade, a celeridade, os fins sociais, as exigências do bem comum, a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade, a razoabilidade, a publicidade e a eficiência (art. 8º do NCPC) são de observância no processo do trabalho e, alguns deles nele tiveram origem, inspirando as novas disposições do processo civil.

Extrai-se do conjunto normativo constitucional que protege o trabalho em nossa sociedade a imposição de tutela célere e efetiva aos direitos trabalhistas. Trata-se de imperativo que não sucumbe a exigências que se baseiam apenas na segurança procedimental ou na padronização dos ritos.

Portanto, o estudo dos princípios do Direito Processual do Trabalho, sob a ótica do novo Código de Processo Civil será dividido em seis partes: a constitucionalização do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho; a verticalização da instrumentalidade do processo; a concepção atual no estudo dos princípios; as relações entre o ordenamento

processual do trabalho e o Código de Processo Civil. O alcance dos artigos 769 da CLT e 15 do novo CPC; e os princípios do Direito Processual do Trabalho.

2. A constitucionalização do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho.

Como visto, os princípios do Direito Processual do Trabalho e do Direito do Trabalho não são resultantes da contraposição com o Direito Processual Civil e ao Direito Civil. Com a expansão do processo de constitucionalização do direito, esses princípios passaram a encontrar na Constituição e no sistema de valorização do trabalho nela consagrado a sua base de fundamentação.

A constitucionalização do direito faz convergir na Constituição todo o ordenamento jurídico, unificando os ordenamentos parciais em torno de uma comunidade de valores, que, por sua vez, se irradia pelos diversos ramos². Na medida em que o processo de constitucionalização vai se ampliando, mais efetiva é a incidência do conteúdo constitucional, reduzindo-se a possibilidade de desenvolvimento autônomo das ramificações. A legalidade estrita e os princípios gerais de cada ramo perdem espaço para o avanço das normas constitucionais e internacionais.³

O excesso a que levou o princípio da legalidade na formulação do Estado de Direito gerou confusão entre legalidade e Direito. Os documentos constitucionais na Europa do Século XIX tratavam de organização política. Os direitos reconhecidos não eram dotados de garantias constitucionais diretas, sendo invariavelmente remetidos à lei. Os juízes e os tribunais não confrontavam as leis com os textos constitucionais, mas apenas as aplicavam. Esses documentos constitucionais não asseguravam princípios democráticos, pois estabeleciam restrições ao sufrágio ativo e passivo. Além disso, previam mecanismos flexíveis de alteração das disposições constitucionais.⁴

A legalidade tradicional difere da atual noção de constitucionalidade, pois esta não admite fracionamento. Não é possível imaginar “uma constitucionalidade para a administração e outra para os particulares”. Cada ramo do direito tem suas leis respectivas ou seus princípios, sendo apropriado falar de leis e princípios trabalhistas, penais, civis ou

² Favoreau, Louis. *Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho*. Trad. Magdalena Correa Henao. Bogotá, IEC Carlos Restrepo Piedrahita, 2000, p. 25.

³ Favoreau, Louis. *Ibidem*, p. 72.

⁴ Enterría, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 4ª. ed. Madrid, Civitas, 2006, p. 66.

internacionais, porém “não se pode conceber que cada ramo do direito tenha sua própria constituição”.⁵

A constitucionalização do direito não se limita a modificar a hierarquia de disposições normativas, mas também acarreta profunda alteração de sentido das disposições jurídicas de todos os ramos do direito, obedecendo a linha comum valorativa consagrada no texto constitucional.

A Constituição, no constitucionalismo atual, não só estabelece “as regras do jogo”, mas dele participa diretamente. Além de seu potencial transformador, estabelece garantias, condicionando as decisões da maioria e estabelecendo um protagonismo aos juízes. Os “operadores jurídicos já não acedem à Constituição *através* do legislador, mas o fazem diretamente”.⁶

O fenômeno da constitucionalização do Direito do Trabalho surge no início do Século XX, com as Constituições do México, de 1917, e Weimar, de 1919, período em que se verificou a sua internacionalização, com a criação da Organização Internacional do Trabalho em 1919.

A despeito da importância da previsão constitucional dos direitos sociais, a forte influência da concepção de Estado de Direito prevalecente naquele momento acabou freando a força normativa desses direitos. Prevaleceram as teses conservadoras de Carl Schmitt, no sentido de que o caráter misto da segunda parte da Constituição de Weimar, com matrizes ideológicas distintas, liberal e social, para os direitos fundamentais, estabeleceu uma ordem obscura que inviabilizava a tomada de decisões. Segundo o jurista, a opção fundamental foi pelo Estado burguês de Direito, que se extrai do preâmbulo e dos dispositivos iniciais da Constituição, de maneira que os direitos contidos na segunda parte representavam tão só compromissos dilatórios.⁷

Na segunda metade do Século XX, o processo de constitucionalização e de internacionalização do Direito do Trabalho adquire impulso diferenciado. A partir daí se consolida o compromisso internacional com os direitos humanos e, no plano interno, a supremacia das Constituições.

⁵ Favoreau, Louis, *Ibidem*, p. 26 a 33.

⁶ Sanchís, Luis Prieto. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. *Neoconstitucionalismo*. Madrid, Trotta, 2003, p. 123.

⁷ Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 52-54.

Além da elevação de diversos direitos dos trabalhadores ao plano constitucional, o estudo, a interpretação e a aplicação dos direitos previstos em normas trabalhistas infraconstitucionais passaram a ser realizados em perspectiva constitucional.

Em diversas passagens do texto constitucional brasileiro é possível observar a centralidade do ser humano e do trabalho nas dinâmicas social, econômica e política, mediante patamares civilizatórios asseguradores da vida em sociedade, contra todo tipo de exploração e a conversão de seres humanos em mercadoria.

A noção de dignidade humana, inspirada na doutrina kantiana, diferenciando o que pode ser intercambiável e precificado do que não pode, foi incorporada ao movimento trabalhista na metade do Século XIX e associada à ideia de justiça, o que permitiu que ela extrapolasse o campo do pensamento para a prática jurídica⁸. Essa contextualização foi determinante para extirpar desse conceito a ideia de essência imutável alheia às ações humanas, inserindo-o no espaço concreto das lutas por reconhecimento e inclusão sociais⁹. Como acentua Habermas, o "apelo dos direitos humanos alimenta-se da indignação dos humilhados pela violação de sua dignidade humana."¹⁰

O trabalho digno é uma constante em toda a história do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho, embora seja nos últimos tempos que tenha merecido atenção diferenciada por parte da doutrina e jurisprudência trabalhistas. É por meio do trabalho que o ser humano se realiza e se revela em sua identidade social.¹¹No plano internacional, a dignidade do trabalhador passou a ser a base para o programa de trabalho decente promovido pela Organização Internacional do Trabalho.

O ordenamento jurídico processual trabalhista é instrumento assegurador do trabalho digno, não sendo admissível o seu desvirtuamento para servir à exploração do trabalhador ou comprometer a efetividade de seus direitos.

A instrumentalidade do processo trabalhista passou a ter como referência principal a Constituição de 1988, de modo que o novo processo civil não é capaz de alterar essa relação.

⁸ Häberle, Peter. "A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal". *Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Sarlet, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 118.

⁹ Flores, Joaquín Herrera. "Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales." *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2004, p. 68. Santos, Boaventura de Sousa. "Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade". *Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo cultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 62/3.

¹⁰Habermas, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa*. trad. Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Ed. Unesp, 2012, p. 11.

¹¹ Delgado, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. :São Paulo LTr, 2006,p. 236.

Sendo assim, as considerações a respeito da possível influência do novo Código de Processo Civil no processo do trabalho não devem se realizar por meio do confronto direto entre o conjunto normativo de cada qual, mas com a mediação da Constituição.

3. A verticalização da instrumentalidade do processo.

A ideia de instrumentalidade do processo passou a ser bastante difundida para conter os excessos decorrentes de sua autonomia, que o converteu em fim em si mesmo e não meio para a realização do direito material.

As concepções mais atuais não deixam de ressaltar esse aspecto de interdependência entre direito processual e material. Aqui, tampouco se trata de uma relação linear, pois, da mesma forma, passa pela Constituição.

Conforme Dinamarco, o “processo que nos serve hoje há de ser o espelho e salvaguarda dos valores individuais e coletivos que a ordem constitucional vigente entende de cultivar”.¹²

Como adverte o processualista, há um descompasso entre Constituição e processo que deve ser superado. Isso porque a “ordem processual mostra-se ordinariamente mais lenta do que a Constituição, na sua evolução gradual segundo a interpretação dinâmica (sociológica) dos textos”. E esclarece que esse retardamento da ordem processual resulta do “preconceito consistente em considerar o processo como mero instrumento técnico e o direito processual como ciência neutra em face das opções axiológicas do Estado”. De forma contundente, arremata que essa “neutralidade axiológica é, na realidade, sobrecapa de posturas ou intuítos conservadores.”¹³.

A distinção que se opera no plano do direito material e processual não é absoluta, pois ambos possuem escopos comuns sociais e políticos. A consideração do processo como instrumento significa que a interpretação de suas disposições e as soluções dos problemas que a ele compete são determinados pelos valores que estabelecem os pilares do direito material, localizados no texto constitucional.

A defesa da instrumentalidade do processo não equivale a desconsiderar a sua importância para a definição dos direitos previstos no ordenamento jurídico. Esses direitos não representam dados definitivos, mas possibilidades cuja densificação se verifica no curso

¹² Dinamarco, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4ª. ed. São Paulo, Malheiros, 1994, p. 30.

¹³ Dinamarco, Cândido Rangel. *Ibidem*, p. 35.

do processo. Os atores que participam do processo contribuem decisivamente para a modulação dos direitos.

Importante segmento doutrinário chega inclusive a se afastar da corrente que defende a instrumentalidade do processo, para identificar, nessa relação com o direito material, um caráter orgânico. Como observou Calmon de Passos, o processo “não é algo que opera como mero instrumento, sim algo que integra o próprio ser do Direito, elemento que o integra, numa relação orgânica”.¹⁴

Tanto a visão instrumentalista quanto a orgânica reagem à autonomia exacerbada do processo e defendem a aproximação com o direito material. A abordagem baseada na organicidade não chega ao ponto de relativizar o direito material ou a diminuir a sua importância. Pelo contrário, da mesma forma como não se pode afirmar que o processo nada acrescenta em termos de definição do conteúdo do direito aplicável, não se pode desconsiderar que a atividade processual, além de estar delimitada pelo direito material, opera para a sua concretização e efetividade.

Com a constitucionalização do ordenamento jurídico laboral, o processo do trabalho se apresenta como instrumento de realização dos valores constitucionais relacionados ao trabalho na sociedade. Os princípios do Direito Processual do Trabalho estão diretamente vinculados aos princípios constitucionais relacionados ao trabalho digno.

4. A concepção atual no estudo dos princípios.

De acordo com a concepção tradicional, os princípios poderiam ter incidência sobre normas jurídicas, desde fora, por não integrarem o âmbito jurídico. Uma vez reconhecida a possível interferência de fatores não jurídicos na dinâmica normativa, atribuía-se aos princípios a função subsidiária de caráter informador e orientador. Nessa perspectiva, os princípios inspiram a criação das normas jurídicas, dão significado e direção a elas, contribuindo para a sua interpretação, e as completam, para suprir as lacunas existentes no ordenamento jurídico.

Os princípios visavam à correta concretização do ordenamento jurídico e tornavam-se evidentes com a aplicação das normas. A caráter de obrigatoriedade se fazia presente apenas nas normas; os princípios lhes conferiam sentido e densidade. Poderiam ser incorporados pelos textos jurídicos, adquirindo forma de normas jurídicas.

¹⁴ Passos, Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 23, 25 e 74.

Na concepção atual, os princípios constituem categoria normativa. A distinção não mais é feita entre princípios e normas, mas entre princípios e regras. Em lugar do caráter meramente diretivo, desprovido de normatividade primária, os princípios passam a integrar a categoria das normas jurídicas e se diferenciar de outra espécie normativa composta por regras. As regras reúnem todas as condições de sua aplicação, reduzindo a margem de avaliação pelo aplicador, que verifica se é hipótese ou não de sua incidência. Os critérios de sua aplicação, como o cronológico e o da especialização, são estabelecidos em abstrato. Na expressão de Dworkin, as regras se aplicam a base do *tudo ou nada* e admitem formulação abstrata dos critérios para sua aplicação, em termos de validade. A aplicação dos princípios, por sua vez, está condicionada à uma situação particularizada. Em cada caso concreto, é necessário verificar o peso ou a importância de um determinado princípio para a sua resolução, considerando outros princípios que também concorrem para ela. Os princípios constituem modalidade de norma apropriada para a resolução dos denominados *casos difíceis*.¹⁵

Os princípios aproximam norma e realidade. São inclusivos na medida em que sua aplicação leva em consideração diversos aspectos que convergem para a solução oferecida. Além disso, vinculam diretamente comportamentos na sociedade, sem perder o seu caráter de razões ou justificativas para estruturas e funções, agora acrescido do atributo de obrigatoriedade em sentido forte.

As concepções baseadas em princípios alcançaram considerável prestígio, embora sua aplicação na prática jurídica seja uma das temáticas mais desafiadoras dos estudos no Direito. O ponto central das discussões é a atividade do intérprete/aplicador jurídico, ou seja, no âmbito da casuística¹⁶.

O caráter das regras é excludente e fechado, ao reunir as condições de sua aplicação, o que simplifica a atividade de fundamentação das decisões. Os princípios, ao contrário, abertos e inclusivos, transferem considerável margem de apreciação aos aplicadores da norma, que, mediante o exercício de juízos de valor, determinam a decisão mais adequada em cada caso. Consequentemente, as respostas jurídicas são mais maleáveis, porém com maior exigência de justificação.

¹⁵Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino, 4ª reimp, Barcelona, Ariel, 1999, p. 74 e ss.

¹⁶Entre diversos autores e obras Alexy, R. (2001) *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª Reimp. Madrid, CEPC, 2001. Dworkin, R. *Los derechos en serio*. 1ª ed., 4ª reimp., Barcelona, Editora Ariel, 1999. Zagrebelsky, G. *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*. 2ª ed., Madrid, Trotta, 1997. Prieto Sanchís, L. "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial". *Neoconstitucionalismo*. Madrid, Trotta, 2003. Na doutrina nacional, destaca-se Barroso, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo, Saraiva, 2009.

O que a Constituição ordena ou proíbe na modalidade de princípios deve ser realizado na maior medida possível segundo as condições fáticas e jurídicas. O veículo para alcançar essa otimização é o princípio da proporcionalidade, em suas três subdivisões: “idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito”. A idoneidade e necessidade referem-se às possibilidades fáticas. A proporcionalidade em sentido estrito às possibilidades jurídicas, determinadas pelos “princípios que jogam em sentido contrário”. Neste último caso, “quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um dos princípios, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro”.¹⁷

As funções tradicionais dos princípios, no sentido de oferecer fundamentação às estruturas e ações, ainda possuem grande importância, ao lado da função mais atual de vincular, de maneira obrigatória, as condutas na sociedade.

5. As relações entre o ordenamento processual do trabalho e o Código de Processo Civil. O alcance dos artigos 769 da CLT e 15 do novo CPC.

O nexó entre o processo do trabalho e o processo civil é o artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, que determina a aplicação subsidiária da legislação processual comum nos casos omissos, exceto no que for incompatível com as normas consolidadas que tratam do processo do trabalho.

A doutrina já vinha ampliando o conceito de casos omissos, para nele incluir a previsão que não se apresenta atual (omissão ontológica) ou não mais adequada para propiciar a tutela perseguida (omissão axiológica). Se no passado o artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho serviu como cláusula de barreira para disposições de um processo comum marcado pelo caráter liberal e individualista, os avanços dos últimos tempos no processo civil, visando a tutela célere e efetiva, impõem a releitura do citado artigo 769 para, em lugar de fechamento do processo do trabalho para o processo civil, determinar sua abertura, a fim de que o processo do trabalho possa cumprir sua função de forma adequada. A tendência atual é que as disposições normativas do processo civil mais atuais ou adequadas prevaleçam em

¹⁷ Alexy, Robert. “Epílogo a teoría de los derechos fundamentales (1)”. *Revista española de Derecho constitucional*. Año 22, núm. 66, septiembre-diciembre 2002.

As teorias de Dworkin e Alexy possuem grande proximidade no tocante à estrutura das normas. Porém, elas se distanciam no aspecto da interpretação, especialmente no momento de concretização das disposições normativas. Enquanto Alexy põe ênfase na ideia de colisão e enfrentamento com adversidades, Dworkin baseia sua concepção na de integridade.

relação as do processo do trabalho¹⁸. O próprio artigo 769 não impediu que a jurisprudência admitisse a incidência do direito processual comum, a despeito de previsão expressa no processo do trabalho.¹⁹

Nesse sentido foi a posição inicial de Souto Maior:

E como a regra do artigo 769, da CLT, deve ser vista como uma regra de proteção da CLT frente às ameaças do CPC, não é possível utilizar a mesma regra para impedir a aplicação de normas do CPC que, na evolução legislativa, tornam-se mais efetivas do que aquelas previstas na CLT. Ou seja, mesmo que a CLT não seja omissa, não se pode recusar a incidência do CPC, quando esta esteja mais avançada no aspecto específico.²⁰

O artigo 15 do novo Código de Processo Civil, que prevê a aplicação supletiva e subsidiária de suas disposições na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, facilita essa abertura, sem afetar a exigência de compatibilidade como determina o citado artigo 769. Os princípios do direito processual do trabalho seriam totalmente descaracterizados, caso se extraísse o entendimento de aplicação automática do processo civil no processo do trabalho, descurando acerca da tutela efetiva dos direitos aplicáveis às relações de trabalho. Daí que a incidência das disposições normativas do novo Código deve ser aferida em cada caso, sempre mediada pelos princípios constitucionais de proteção ao trabalho.

É necessário avaliar se a disciplina inovadora traz vantagens para a resolução do conflito submetido ao Judiciário trabalhista, em termos de celeridade e efetividade. Em caso negativo, deve permanecer a disciplina anterior.

A determinação da norma aplicável, tanto no campo do Direito do Trabalho quanto no do Processo do Trabalho, constitui uma tarefa que se localiza no campo principiológico, ou seja, sujeito a critérios de proporcionalidade, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

A doutrina vem dando atenção aos conceitos de subsidiariedade e supletividade. Apesar de inúmeras dúvidas, parece prevalecer o entendimento de que subsidiariedade se configura pela ausência de disciplina de um instituto jurídico em sua totalidade. A supletividade se apresenta quando há disposições processuais trabalhistas disciplinando uma

¹⁸ Leite, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 12ª. Ed. São Paulo, LTr, 2014, págs. 101 a 111.

¹⁹ Carlos Henrique Bezerra Leite, na obra citada, menciona o exemplo da Súmula 303 do TST.

²⁰ Maior, Jorge Luiz Souto. *Relação entre o Processo Civil e o Processo do Trabalho. O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*, Salvador, Juspodium, 2015, p. 159-164.

situação ou um instituto jurídico, mas não de forma integral, dando margem a complementação.²¹

A dificuldade em se estabelecer maior precisão se deve à tendência de confrontar supletividade a subsidiariedade, sendo que até então não havia uma elaboração muito rigorosa em torno do alcance da subsidiariedade prevista no artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Abstrair no intuito de apresentar o conceito de normas *aplicadas supletiva e subsidiariamente*, mediante parâmetros rígidos, para examinar as possíveis implicações do alcance do artigo 15 do novo Código de Processo Civil, não parece ser a melhor opção.

De qualquer forma, é possível extrair do novo dispositivo processual civil o propósito de ampliar a incidência das disposições processuais civis ao processo do trabalho. Contudo, essa ampliação só ocorrerá se ultrapassado o teste da exigência de tutela célere e efetiva dos direitos trabalhistas. Além disso, a nova ordem processual civil prevê maior flexibilidade aos procedimentos, o que permite adaptação ao procedimento laboral para não o descaracterizar.

Em suma, seja em face da disciplina parcial de um determinado instituto, seja de sua ausência, as disposições processuais comuns somente terão aplicabilidade no processo do trabalho quando oferecerem justificativas em termos de efetividade e celeridade na concretização dos direitos trabalhistas.

Nesse ponto, é possível afirmar sem receio que o artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho não foi revogado pelo artigo 15 do novo Código de Processo Civil, mas a ele se integra, de modo que a aplicação mais ampla do processo comum deverá seguir observando o condicionante da compatibilidade com os princípios do processo do trabalho.²²

Como observa Cesário:

Não há como negar, neste contexto, que a combinação dialógica dos artigos 769 da CLT e 15 do CPC/2015 (e de outras disposições e microssistemas processuais, como diante se verá), pensados ao encontro e não de encontro, realizada com cuidado e método científico, pode potencializar a instrumentalidade do Processo do Trabalho, sem nem de longe desnaturar a sua essência.²³

²¹Meireles, Edilton. O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho. *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Salvador, Juspodium, 2015, p. 31-54; Schiavi, Mauro. A aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho, Idem, p. 55-64.

²² Enquanto Edilton Meireles defende a revogação do artigo 769 da CLT, mas defende que não é admissível a aplicação de norma incompatível com a parte que se pretende integrar ou complementar, “sob pena de revogar o sistema ou a regra individual mais especial (omissa ou incompleta).” Mauro Schiavi, ao contrário, entende que o artigo 15 do novo CPC não contraria os artigos 769 e 889 da CLT e que, ao contrário, com eles se harmoniza. *Ibidem*.

²³Cesário, João Humberto. “O processo do trabalho e o novo Código de Processo Civil: critérios para uma leitura dialogada dos artigos 769 da CLT e 15 do NCPC. *Revista LTr*, Vol. 79, nº 4, Abril de 2015, p. 404-414.

6. Princípios do Direito Processual do Trabalho

Há uma tendência no sentido de identificar como princípios do Direito Processual do Trabalho apenas aqueles que não sejam princípios do Direito Processual Civil. O fato de o processo civil haver assimilado procedimentos e técnicas adotadas no processo trabalhista, não converte o princípio correspondente em princípio do processo civil, por não mais ser exclusivo do processo do trabalho. O importante é que o princípio prossiga cumprindo um papel na consolidação dos valores constitucionais relacionados ao trabalho na sociedade.

Sendo assim, o primordial não é reconhecer a autonomia absoluta do processo do trabalho em relação ao processo civil, mas acolher técnicas e procedimentos capazes de propiciar a tutela efetiva e célere dos direitos, estejam eles no próprio processo trabalhista ou no processo civil, o que inevitavelmente leva à existência de princípios comuns. A autonomia do Direito Processual do Trabalho se torna mais evidente na atualidade, não com o seu distanciamento do Direito Processual Civil, mas sim com o cumprimento de sua função de tornar a Constituição realidade, mediante a aplicação adequada, célere e efetiva dos direitos trabalhistas.

Serão apresentados os princípios do Direito Processual do Trabalho a seguir, sem qualquer propósito de estabelecer uma enumeração exaustiva, ou mesmo coincidente com a feita pela doutrina, além de não se realizar análise mais profunda de cada um deles, considerando as limitações do presente estudo.

6.1. Princípio de proteção no Direito Processual do Trabalho.

Pelo princípio protetor, o trabalho é algo distinto de uma mercadoria e o ser humano não é uma ferramenta. O princípio está diretamente vinculado à dignidade do trabalhador e ao trabalho digno, que possuem status constitucional.

Para assegurar a dignidade do ser humano, é necessário criar desigualdades para compensar o desequilíbrio da relação jurídica, protegendo o trabalhador contra possíveis abusos patronais. A preocupação central do princípio é a de proteger um dos sujeitos para alcançara igualdade substancial e verdadeira. A igualdade deixa de constituir ponto de partida e se converte em meta ou aspiração da ordem jurídica.

Na Constituição de 1988, a proteção, como elemento essencial do Direito do Trabalho, se localiza em diversas partes de seu texto. Foi prevista uma série de direitos individuais e

coletivos, bem como garantias para a realização de suas disposições no marco do Estado Democrático de Direito e dos fundamentos da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político (art. 1.º). Inclui-se no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, o Capítulo II, Dos Direitos Sociais, com rol bem expressivo de direitos trabalhistas. O sistema de proteção trabalhista é estabelecido como patamar mínimo que possui como premissa a sua elevação progressiva, conforme expresso na cláusula que prevê, além dos enumerados no artigo 7º da Constituição, outros direitos que visem à melhoria das condições sociais dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, *caput*). A previsão expressa na Constituição de direitos buscando a melhoria da condição social do trabalhador resulta do reconhecimento constitucional de uma posição de desvantagem dos trabalhadores urbanos e rurais em relação ao sujeito tomador dos serviços na relação jurídica, com a conseqüente imposição constitucional de mudança dessa realidade.

Evidentemente todo esse aporte de direitos pressupõe instituições que zelem para que eles sejam efetivamente acessíveis aos trabalhadores. Assim como diversos atores sociais e estatais responsáveis pela defesa dos direitos dos trabalhadores, o Judiciário trabalhista vem experimentando significativa ampliação para o cumprimento de sua missão de reagir contra as violações ao ordenamento laboral. O fato de ser uma Justiça especializada, embora assim também tenha ocorrido em constituições passadas, já demonstra a importância conferida pelo Constituinte originário ao fenômeno do trabalho em nossa sociedade.

Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, o constituinte derivado encarregou o Judiciário trabalhista de novas responsabilidades, exigindo prestação jurisdicional que eleve o trabalho em nossa sociedade ao pedestal que a Constituição lhe reservou.

Sendo assim, é missão de todo o Poder Judiciário trabalhista promover as transformações impostas pela Constituição para elevar o patamar de direitos sociais trabalhistas, de modo a lograr a melhoria da condição social de todos os trabalhadores urbanos e rurais de nosso país.

Porém, não há consenso doutrinário acerca da existência do princípio de proteção no âmbito do Direito Processual do Trabalho. Sustenta-se que a interpretação e aplicação do Direito do Trabalho observam a sistemática geral. As peculiaridades não se localizam na atividade interpretativa, mas nas normas que regulam as relações de trabalho. A tarefa do julgador é a mesma, embora o direito a interpretar seja distinto, pois o Judiciário deve ser imparcial.

O argumento não procede, pois parte da premissa equivocada que a incidência do princípio de proteção no processo poderia comprometer a isenção ou a imparcialidade do julgador. Pode-se defender que a especialidade do Direito do Trabalho, baseada na desigualdade dos contratantes, corrigida por meio de outras desigualdades presentes nos princípios de direito material, influi na interpretação e aplicação dessas normas no processo.

A tutela efetiva dos direitos dos trabalhadores mediante o processo na Justiça especializada depende da incidência da proteção não apenas na enunciação dos direitos, mas até o momento de sua concretização. O processo judicial dá margem a novas disputas interpretativas, de ocupação de espaços e de consolidação de posições. Se o princípio de proteção fosse aplicável apenas no âmbito do direito material, as garantias previstas buscando o equilíbrio das relações jurídicas seriam neutralizadas ou até revertidas durante a tramitação do processo. Como já destacado é essa suposta neutralidade que provoca o descompasso entre processo e Constituição.

A proteção no processo do trabalho se dá tanto no conteúdo das disposições jurídicas quanto no campo da interpretação.

O ordenamento processual trabalhista prevê uma série de distinções de tratamento, considerando a desigualdade das partes. Podem ser citados como exemplos de desigualdades previstas na lei processual trabalhista: os benefícios da Justiça gratuita são mais acessíveis aos trabalhadores que aos empregadores; a inversão do ônus da prova geralmente beneficia o empregado; há diferença em relação aos efeitos pelo não comparecimento à audiência; o depósito recursal para o conhecimento do recurso é exigido só do empregador e não do empregado.

No aspecto interpretativo, o princípio de proteção deve orientar o julgador em todas as suas decisões. O comando do artigo 7º, *caput*, da Constituição, ao enumerar diversos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, ao inserir “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, vincula não só o Poder Constituinte derivado, o Poder Legislativo e os atores sociais, mas também o Poder Judiciário.

Observa-se que os subprincípios de proteção mencionados por Plá Rodriguez, norma mais favorável, condição mais benéfica e *in dubio pro operário* representam critérios mais processuais do que propriamente de direito material.²⁴

Pode-se dizer que, diante de possibilidades, alternativas e caminhos, deve-se optar pela via que logre maior proteção trabalhista. Sendo assim, na existência de mais de um

²⁴Rodriguez, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3a. ed. São Paulo, LTr, 2000, p. 107 e ss.

instrumento normativo aplicável ao caso, deve-se observar o que seja mais benéfico, em geral respeitando-se a sua integralidade (conglobamento). Na presença de mais de uma condição de trabalho, deve prevalecer a mais benéfica. Havendo várias possibilidades interpretativas, deve-se buscar sempre a mais favorável.

O princípio *in dubio pro operario* sofre bastante resistência doutrinária e jurisprudencial. Segundo Delgado ele já está incluído na norma mais favorável, na sua dimensão interpretativa.²⁵

A aplicação do princípio em matéria de prova sofre igualmente resistência uma vez que não faz sentido admitir dúvidas acerca dos fatos. Ou eles ocorreram ou não ocorreram.

Não se trata da interpretação da norma para valorar o alcance da prova, mas da apreciação de um meio de prova para decidir a lide, não permitindo suprir deficiências probatórias. Na verdade, a dúvida pode se referir à capacidade da parte de produzir ou não produzir a prova e não em relação a sua suficiência. É o que na atualidade se denomina de carga dinâmica da prova, inclusive consagrada no novo Código de Processo Civil, que, em seus artigos 139 e 373, prevê:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus de que lhe foi atribuído.

O artigo 6º, VIII, da Lei 8.078/90 inclui, entre os direitos do consumidor: “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

Tais previsões são relevantes não apenas pela desigualdade das partes, mas pelo estado de subordinação do trabalhador, e ainda pela natural disponibilidade de meio de prova pelo empregador. A prova testemunhal geralmente é colhida de outros empregados, que se

²⁵ Delgado, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14a. ed. São Paulo, LTr, 2015, p. 215.

encontram subordinados ao empregador. A prova documental raramente pode ser apresentada pelo trabalhador, já que os documentos se encontram na empresa.

6.2. Princípio do acesso qualificado à Justiça Trabalho

Trata-se de princípio que não é abordado pela doutrina, mas que se apresenta relevante para dar efetividade à proteção prevista no texto constitucional. Esse princípio leva em consideração que os direitos trabalhistas não são dirigidos aos trabalhadores apenas em sua individualidade, mas também em sua coletividade. A violação a esses direitos afronta o bloco constitucional alusivo às condições de trabalho, de modo que há uma facilitação e até preferência para que o resgate da ordem jurídica opere no plano coletivo e não apenas individual²⁶.

Muitos dos conflitos coletivos decorrem da vulneração sistemática do ordenamento jurídico, afetando número indeterminado de trabalhadores, independentemente da forma como se organizam coletivamente ou se vinculam para outros fins. Com o surgimento de uma prática reiterada de violações ao ordenamento jurídico, verifica-se um progressivo processo de exclusão dos trabalhadores do sistema de direitos, que deixam de usufruir de benefícios que lhes são assegurados. Isso dá margem a existência de grupos de trabalhadores em situação de total vulnerabilidade.

As violações se expressam como se tocassem a cada um dos trabalhadores individualmente, mas se referem a organização do trabalho como um todo. Por isso, as ações para coibi-las e evitá-las devem ser preferencialmente coletivas. Tais ações contribuem para o fortalecimento dos grupos e para a inclusão social e no trabalho, por meio do acesso aos direitos básicos e da efetiva participação na determinação das condições de trabalho, principais conquistas do Direito do Trabalho que se consolidaram ao longo do tempo.

Esse princípio leva em conta que os trabalhadores não organizados são sujeitos individuais, considerando que suas decisões e ações são incapazes de produzir repercussão em seu meio. Já, os empregadores, independentemente da forma de organização, são sujeitos coletivos, tendo em vista a sua capacidade de transformar o meio em que atuam²⁷.

A previsão de inúmeros instrumentos coletivos no texto constitucional e o reforço na atuação dos sujeitos legitimados a manejá-los é resultado do aprofundamento e maturação de

²⁶ Pereira, Ricardo José Macedo de Britto. *Ação Civil Pública no Processo do Trabalho*. Salvador, Juspodium, 2014.

²⁷ Delgado, Mauricio Godinho. *Direito Coletivo do Trabalho*. 2a. ed., São Paulo, LTr, 2003, p. 42

estudos realizados pela doutrina, mas também da identificação, pelo constituinte originário, de situações de violações sistemáticas de direitos que dizem respeito a grupos de pessoas. A Constituição de 1988 confere, dessa forma, um sistema de mecanismos coletivos, bem como estabelece as condições ao seu funcionamento satisfatório.

O acesso qualificado a justiça talvez seja a providência mais audaciosa prevista na Constituição para lograr as transformações nela impostas, decorrente da realização dos valores e princípios constitucionais. Ao lado dos atores do mundo do trabalho aos quais é assegurado o acesso geral à justiça, trabalhadores e empregadores, a Constituição prevê acesso qualificado à Justiça do Trabalho a pelo menos duas instituições constitucionais, ao Ministério Público do Trabalho e aos sindicatos.

Enquanto o acesso previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição constitui direito fundamental que assegura ao interessado levar qualquer tipo de pretensão ao conhecimento do Judiciário, seja de caráter individual ou coletivo, patrimonial ou não, o acesso qualificado está relacionado também a esse dispositivo constitucional, mas não se restringe a ele. O acesso qualificado proporciona a concentração de diversas demandas, além da busca de reação adequada aos mais variados descumprimentos das normas jurídicas. O acesso do Ministério Público do Trabalho é duplamente qualificado, na medida em que enquanto o sindicato pode defender qualquer modalidade de interesse individual ou coletivo da categoria, nos termos do artigo 8º, III, da Constituição²⁸, o Ministério Público somente ingressa em juízo para perseguir a tutela de interesses que possuem repercussão social, nos termos do artigo 127 da Constituição²⁹. Qualquer restrição que exista em relação à atuação do Ministério Público, na defesa dos interesses que estão sob a sua guarda, afronta não apenas o artigo 5º, XXXV, mas, sobretudo, os artigos 127 e seguintes, da Constituição. Igual afirmação pode ser feita em relação ao sindicato. Obstar o seu acesso à justiça acarreta violação, além do artigo 5, XXXV, do artigo 8º, III, da Constituição.

A ruptura com concepções individualistas, que apenas reconhecem importância à proteção dos interesses e direitos individuais, é, sem dúvida, fundamental para a consolidação do sistema de tutela coletiva previsto na Constituição de 1988. A tendência foi, por muito tempo, individualizar as situações submetidas ao Judiciário para conferir solução dos conflitos existentes no mundo do trabalho. Tal postura representou freio à atuação do Ministério

²⁸O artigo 8º, III, da Constituição estabelece que ao “sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

²⁹De acordo com o artigo 127 da Constituição o “Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Público do Trabalho e dos sindicatos, implicando evidente atraso na implementação do projeto constitucional.

Muitas das soluções hoje introduzidas no sistema processual, voltadas aos problemas existentes no acesso à justiça, geralmente vinculadas a questão das causas repetitivas, só terão êxito se atacarem, entre outras causas, o acesso individualizado à justiça em situações de violação a direitos e interesses que dizem respeito não a uma pessoa particularizada³⁰. É questionável a tarefa de coletivizar ou dar caráter objetivo às demandas apenas na saída do Judiciário, ou seja, na fase recursal, se o estímulo na fase inicial se dá à tutela individual e não coletiva. A coletivização apenas na saída sem correspondência no ingresso pode dar margem à denegação de acesso à justiça.

6.3. Princípio da busca da verdade real.

Esse princípio é apresentado por Leite³¹, como derivação do princípio do direito material “primazia da realidade”.

De fato, esse princípio tem encontrado respaldo na jurisprudência, como se observa na parte da ementa a seguir transcrita do Tribunal Superior do Trabalho:

2. O assentamento dos fatos por meio de confissão ficta não significa, necessariamente, o exaurimento da iniciativa judicial da construção da prova. Reitor do processo, o magistrado poderá prosseguir na instrução da causa, se considerar indispensável, determinando a produção de provas até assenhorear-se o mais possível da verdade real. A determinação de produção de prova testemunhal, aproveitando as pessoas presentes à sessão em que a própria parte não compareceu, longe de constituir ilegalidade, concretiza princípio relevante à ordem jurídico processual. 3. Nessas circunstâncias, o Tribunal Superior do Trabalho, ao rever a redação da Súmula nº 74 do TST, acrescentando-lhe o item III, ao contrário de desestimular, prestigiou a iniciativa do magistrado, condutor do processo, de, *ex officio*, tomar em conta o depoimento de testemunha que, conquanto indicada pela parte sobre a qual recaiu a confissão ficta, encontrava-se à disposição do juízo no momento da instrução probatória. A presunção relativa decorrente da *ficta confessio* cede frente à verdade real dos fatos. 4. Tal entendimento veio aclarar e, sobretudo, complementar o espírito da tese sufragada no item II da Súmula, que, ao legitimar o indeferimento de produção de prova posterior à decretação da confissão ficta, alcança específica e unicamente a parte, -não afetando o exercício, pelo magistrado, do poder/dever de conduzir o processo-. 5. Embargos de que se conhece, por contrariedade ao item II da Súmula nº 74 do TST, em face de má aplicação, e a que se dá provimento, na esteira da orientação contida no item III da aludida Súmula. (E-ED-RR - 801385-77.2001.5.02.0017, Redator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 25/08/2011, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 11/11/2011)

³⁰Mancuso, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça. Condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 42.

³¹Leite, Carlos Henrique Bezerra. *Op. cit.*, p. 87.

A despeito do acolhimento da menção de referido princípio pela doutrina e jurisprudência, não está clara a sua derivação do princípio da primazia da realidade. As decisões que o citam valem-se de dispositivos do Código de Processo Civil. Entre eles o artigo 131 do atual CPC, com o seguinte teor:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento

No novo Código de Processo Civil, além do já citado artigo 139, vale fazer menção ao artigo 371:

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

A distinção entre verdade formal e real vem perdendo nitidez no processo como um todo, da mesma forma que se torna cada vez mais difícil estabelecer uma linha divisória entre o princípio dispositivo e inquisitório.

A busca da verdade real não deixa de estar associada à tutela efetiva do direito, o que leva à ampliação dos poderes do juiz, que já é mais acentuada no processo do trabalho, em razão da necessidade de corrigir desigualdades reais entre as partes.

Porém, não parece ser possível identificar a exata correspondência com a primazia da realidade, que necessariamente deve beneficiar o trabalhador. Existe o risco de que o princípio da verdade real seja usado para dar espaços a dilações processuais que podem comprometer a efetividade e celeridade na tutela do direito.

6.4. Princípio da indisponibilidade

Leite faz menção também ao princípio da indisponibilidade³².

O doutrinador examina sua aplicação no Direito Processual do Trabalho, como no caso da substituição processual, “pois ao sindicato (substituto processual) é vedado renunciar direitos individuais homogêneos veiculados em ação civil pública”.³³

De fato, é possível identificar essa especificidade no processo trabalhista. Mas a abordagem do princípio adquire importância com o novo Código de Processo Civil, em que há previsão de uma ampliação da autonomia da vontade em vários de seus dispositivos.

³²Leite, Carlos Henrique Bezerra. *Op. cit.*, p. 88.

³³*Ibidem*.

A figura do negócio jurídico processual, caso aplicada às relações processuais individuais, pode representar uma grande ameaça ao processo do trabalho.

Como argumentam Delgado e Dutra:

“... a autonomia da vontade das partes para convencionar a respeito das mais diversas regras processuais – desde a fixação dos prazos, até a distribuição do ônus da prova e a suspensão do processo, por exemplo. Tal autonomia foi maximizada no novo diploma, permitindo que muitos dispositivos outrora cogentes sejam afastados pela vontade das partes em sede de comum acordo”.³⁴

As pesquisadoras defendem que “interpretar o novo Código de Processo Civil e sua compatibilidade com o Processo do Trabalho passa, necessariamente, pela aferição da aptidão dos institutos do novo CPC para concretizar direitos fundamentais trabalhistas, com destaque para os direitos sociais previstos nos artigos 7º e 9º da Constituição.”³⁵

Por outro lado, deve-se admitir o negócio jurídico processual quando a parte no processo são sujeitos coletivos, como o Ministério Público do Trabalho (Res. 118 do CNMP) e os sindicatos.

6.5. Princípio da jurisdição normativa

Segundo Giglio e Corrêa, a jurisdição normativa resulta de “delegação de poderes ao Judiciário Trabalhista para, utilizando a via processual, criar ou modificar norma jurídica, numa atividade mista que, sob a forma externa do procedimento judicial, agasalha em seu bojo uma autêntica manifestação legislativa.”³⁶

O poder normativo da Justiça do Trabalho foi bastante reduzido com a Emenda Constitucional 45 de dezembro de 2004, conforme a nova redação do artigo 114, § 2º, da Constituição, dando margem a muita discussão e com várias questões aguardando posicionamento do Supremo Tribunal Federal.³⁷

³⁴ Delgado, Gabriela Neves e Dutra, Renata Queiroz. A aplicação das convenções processuais do novo CPC ao Processo do Trabalho na perspectiva dos direitos fundamentais. *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*, Salvador, Juspodium, 2015, p. 190.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Giglio, Wagner D. e Corrêa, Claudia Giglio Veltri. *Direito Processual do Trabalho*. 16a. ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 85.

³⁷ Além de Ações Diretas de Inconstitucionalidade questionando a inserção do comum acordo na redação dada ao § 2º do art. 114 da Constituição pela EC 45/2004, recentemente foi reconhecida a repercussão geral de Recurso Extraordinário sobre o tema (ARE 679137).

Apesar de condicionado ao comum acordo, tem prevalecido o entendimento de que ele pode ser exercido por provocação unilateral na hipótese de greve.³⁸

6.6. Princípio da despersonalização do empregador

Trata-se de princípio de suma importância no Direito Processual do Trabalho e se vincula à despersonalização do empregador no Direito material do Trabalho.

Segundo Giglio e Corrêa:

A ação trabalhista visa, em concreto, atingir a empresa, muito embora endereçada, formalmente, à pessoa física ou jurídica que a dirige ou explora. Esta, na realidade, apenas ‘representa’ a empresa. Uma das consequências processuais do instituto mal denominado ‘sucessão de empresas’ (a rigor, a sucessão é de empresários, e não de empresas) é a possibilidade de o julgado ser executado contra terceiros, estendendo-se os efeitos da coisa julgada a quem não foi parte no processo de conhecimento.”³⁹

A desconsideração da personalidade jurídica encontra previsão no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor e no artigo 50 do Código Civil. No processo do trabalho, chegou-se à conclusão de que caso fosse viabilizada a ampla discussão sobre a desconsideração ou não da personalidade jurídica, isso poderia ser utilizado como manobra para dificultar a satisfação dos créditos trabalhistas. Por tal razão, a Súmula 205 do Tribunal Superior do Trabalho foi cancelada, que exigia, na hipótese de grupo empresaria, que o responsável solidário figurasse no título executivo para participar como sujeito passivo da execução.

A importância do princípio decorre da discussão sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil (art. 133 do NCPC e ss) e sua aplicação no processo do trabalho. Se referido incidente dificultar a satisfação das verbas trabalhistas, ele deverá ser afastado no caso concreto.

³⁸ RECURSO ORDINÁRIO. DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA ECONÔMICA. COMUM ACORDO. NOVA REDAÇÃO DO § 2º DO ARTIGO 114 DA CONSTITUIÇÃO ATUAL APÓS A PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004. A Seção Especializada em Dissídios Coletivos deste Tribunal Superior do Trabalho firmou jurisprudência no sentido de que a nova redação do § 2º do artigo 114 da Constituição Federal estabeleceu o pressuposto processual intransponível do mútuo consenso das partes para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica. A EC nº 45/2004, incorporando críticas a esse processo especial coletivo, por traduzir excessiva intervenção estatal em matéria própria à criação de normas, o que seria inadequado ao efetivo Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição (de modo a preservar com os sindicatos, pela via da negociação coletiva, a geração de novos institutos e regras trabalhistas, e não com o Judiciário), fixou o pressuposto processual restritivo do § 2º do art. 114, em sua nova redação. Nesse novo quadro jurídico, apenas havendo "mútuo acordo" ou em casos de greve, é que o dissídio de natureza econômica pode ser tramitado na Justiça do Trabalho. Ressalvadas, contudo, as situações fáticas já constituídas, a teor do art. 6º, § 3º, da Lei 4.725/65. Recurso ordinário conhecido e provido. Prejudicado o exame dos temas recursais remanescentes. (RO - 6948-28.2014.5.15.0000, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 17/08/2015, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 28/08/2015)

³⁹*Op. cit.*, p. 86.

O incidente de desconsideração da personalidade, para ser aplicado no processo do trabalho, depende de adaptações. A execução no processo do trabalho pode se iniciar de ofício (art. 878 da CLT), de modo que aguardar a provocação da parte para ser possível a desconsideração da personalidade jurídica desvirtuaria por completo o processo trabalhista. Em segundo lugar, essa providência deve vir acompanhada das medidas de urgência, considerando que jamais poderá ser admitida para retardar, dificultar ou inviabilizar a satisfação dos direitos.

6.6. Princípio da ultrapetição

A instrumentalidade do processo no processo do trabalho é ainda mais acentuada, de modo que neste âmbito prevalece a simplicidade e a informalidade. Apesar de algumas causas complexas que são submetidas ao Judiciário trabalhista, é importante resistir às influências da excessiva burocratização ou da aplicação de técnicas rigorosas que comprometam a solução rápida e efetiva dos conflitos trabalhistas.

Enquanto a ultrapetição no processo civil é admitida em aspectos bem pontuais, no processo do trabalho ela permite que o direito violado seja reparado na sua integralidade, ainda que o pedido não tenha incluído condições de trabalho previstas na legislação. Ou seja, há a possibilidade em se reconhecer pedidos implícitos no processo do trabalho, não tendo aplicação a previsão constante do artigo 293 do Código de Processo Civil de 1973, que determina a interpretação restritiva dos pedidos.

Por exemplo, o pedido de horas extras porque houve extrapolação da jornada normal de trabalho, desacompanhado do pedido de remuneração com o adicional previsto na Constituição, não deverá ser concedido de forma simples, mas majorado pelo adicional correspondente.

Está igualmente implícito no pedido de pagamento das férias, a consideração do terço constitucional, de modo que a tutela seria deficiente se, por ausência de pedido expresso, fossem remuneradas as férias sem tal acréscimo.

É decorrência da ultrapetição a conversão do pedido de reintegração em pagamento de salários na hipótese de garantia de emprego da gestante, nos termos da Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho.

6.7. Princípio da oralidade.

O princípio da oralidade não é exclusivo do processo do trabalho, mas desfruta de um papel e desenvolvimento extraordinários neste campo.

O princípio da oralidade está diretamente relacionado à celeridade e justiça das decisões.

Dessa forma, esse princípio não se restringe a prevalência da palavra oral sobre a escrita, uma vez que diz respeito a várias outras questões relevantes no processo.

O princípio da oralidade é mais observado no processo trabalhista do que no processo comum. A prevalência da palavra falada sobre a escrita (oralidade) tem pertinência com o contato pessoal que permite melhor condução da demanda. É necessário que o espaço de tempo em que se estabelece o contato até o momento da decisão não seja longo (princípio da concentração). A justiça rápida e barata são objetivos fundamentais da oralidade.

A concentração dos atos em audiência permite que haja esse contato com as partes e o juiz, a fim de que se tenha a apreensão do litígio na sua forma mais autêntica.

O princípio da livre convicção do juiz, a partir da observância da oralidade, permite-lhe formar o convencimento pela observação direta da causa. No princípio da prova legal, a oralidade perde o seu sentido.

O mesmo entendimento se aplica à identidade física do juiz. O juiz que conduz a fase instrutória deve sentenciar. Na Justiça do Trabalho, prevaleceu o entendimento de que não se aplicava o princípio da identidade física do juiz, até porque o órgão julgador de primeiro grau era colegiado. Embora referido entendimento tenha sobrevivido por algum tempo após a extinção da justiça classista, hoje já não mais prevalece, com o cancelamento da súmula (Súmula 136 do TST).

Outro desdobramento da oralidade é a irrecorribilidade das interlocutórias, que é abrandado no segundo grau de jurisdição (Súmula 214 do TST). No primeiro grau, não há previsão de recursos para decisões interlocutórias, de modo que o agravo de instrumento só é admitido contra a decisão que denega seguimento a recurso ordinário.

O princípio da oralidade também tem pertinência com a fiscalização e intervenção das partes no processo, com o princípio da publicidade, abrindo às portas da Justiça para os cidadãos. A aproximação entre a sociedade e os órgãos julgadores aperfeiçoa a ordem democrática.

A presença das partes nos principais atos processuais trabalhistas contribui para a conciliação. O artigo 764 da CLT confere relevo à conciliação para a solução dos dissídios

individuais e coletivos. Há dois momentos em que há previsão expressa de conciliação no dissídio individual, sendo a proposta de conciliação o primeiro ato da audiência, se presentes as partes (art. 846, CLT), e antes de proferida a decisão, após o término da fase instrutória (art. 850, CLT). A ausência de conciliação nessas etapas processuais não impede que ela ocorra em outros momentos. O acordo resultante da conciliação vale como decisão irrecurável (art. 831, CLT).

O caráter conciliatório passou a integrar o processo civil. O artigo 3º, § 3º, do novo Código de Processo Civil prevê que a “conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

7. Considerações finais

Os princípios do Direito Processual do Trabalho representam um tema central para a concretização dos direitos trabalhistas, mas que envolve grandes desafios.

Eles contribuem para o estabelecimento de uma identidade desse ramo processual, de modo a se desincumbir de sua função como instrumento a serviço da tutela célere e efetiva dos direitos trabalhistas, em conformidade com os valores constitucionais.

Com o advento do novo Código de Processo Civil, é inquestionável a importância de revisitar esses estudos. Sem dúvida, a nova sistemática processual pode contribuir para o cumprimento dos escopos do processo trabalhista. Provavelmente surgirão investidas no sentido de utilizar as novas disposições processuais civis para retardar ou inviabilizar o acesso aos direitos trabalhistas. Os princípios do Direito Processual do Trabalho representam obstáculos contra tais propósitos.

O artigo 15 do novo Código de Processo Civil não revogou o artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, mas o complementa. O seu advento reforça o entendimento doutrinário da aplicação do processo civil na hipótese de lacunas ontológicas e axiológicas.

A aplicação de novos procedimentos e técnicas para assegurar a padronização dos ritos, contribuindo para a segurança jurídica processual, somente será possível com a sua adequação aos princípios do direito processual do trabalho e desde que não afete a celeridade e efetividade da tutela. Esse é o vetor do processo de ponderação da aplicação das novas disposições processuais civis. Qualquer outro benefício que seja alcançado, sem tal

observância, ensejará a incompatibilidade com o processo do trabalho e, conseqüentemente, a sua não aplicação.

A enumeração dos princípios pela doutrina ainda é objeto de divergências. Alguns doutrinadores entendem que só há princípios próprios do Direito Processual do Trabalho na hipótese de exclusividade. Se há incidência do princípio em outro ramo processual, o princípio em questão perderia a sua condição de ser do processo do trabalho. As considerações isoladas devem ceder às atuais tendências que preconizam diálogo entre as fontes, institutos, estruturas e princípios.

O princípio de proteção está presente de forma marcante no processo do trabalho e orienta o acesso efetivo e célere aos direitos trabalhistas. Todos os demais princípios estão vinculados à necessidade de se observar o caráter protetivo.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª Reimp. Madrid: CEPC, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CESÁRIO, João Humberto. O processo do trabalho e o novo Código de Processo Civil: critérios para uma leitura dialogada dos artigos 769 da CLT e 15 do NCPC. *Revista LTr*, Vol. 79, nº 4, Abril de 2015, p. 404-414.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. :São Paulo LTr, 2006.

DELGADO, Gabriela Neves; DUTRA, Renata Queiroz. A aplicação das convenções processuais do novo CPC ao Processo do Trabalho na perspectiva dos direitos fundamentais. *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Salvador: Juspodium, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito Coletivo do Trabalho*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. 1ª ed., 4ª reimp. Barcelona: Ariel, 1999.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2006

FAVOREAU, Louis. *Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho*. Trad. Magdalena Correa Henao. Bogotá: IEC Carlos Restrepo Piedrahita, 2000.

FLORES, Joaquín Herrera. “Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales.” *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.

GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. *Direito Processual do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HÄBERLE, Peter. “A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal”. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa*. trad. Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Ed. Unesp, 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2014.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Relação entre o Processo Civil e o Processo do Trabalho. O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Salvador: Juspodium, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça. Condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELES, Edilton. O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho. *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Salvador: Juspodium, 2015.

PASSOS, Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *Ação Civil Pública no Processo do Trabalho*. Salvador: Juspodium, 2014.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3a. ed. São Paulo, LTr, 2000.

SANCHÍS, Luis Prieto. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. “Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade”. Reconhecer para libertar. *Os caminhos do cosmopolitismo cultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

SCHIAVI, Mauro. A aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho. *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Salvador: Juspodium, 2015.

ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997.

DIREITOS SOCIAIS E FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS: MODIFICAÇÕES NO REGIME JURÍDICO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DA PENSÃO POR MORTE

SOCIAL RIGHTS AND CONSTITUTIONAL FOUNDATIONS: CHANGES IN THE LEGAL SYSTEM OF SOCIAL SECURITY BENEFIT OF PENSION FOR DEATH

Gustavo Filipe Barbosa Garcia¹

Resumo: O presente estudo tem como objetivo verificar a natureza dos direitos sociais, bem como analisar os fundamentos e os limites constitucionais para a sua modificação. A partir desses parâmetros, são examinadas as recentes mudanças legislativas na disciplina legal do benefício previdenciário da pensão por morte.

Palavras-chave: direitos sociais; direitos fundamentais; benefícios previdenciários; pensão por morte.

Abstract: This study aims to verify the nature of social rights, as well as analyze the fundamentals and constitutional limits to its modification. From these parameters, examines the recent legislative changes in the legal discipline of the social security benefit of death benefits.

Keywords: social rights; fundamental rights; social security benefits; pension for death.

1. Introdução

Os direitos intrínseca e essencialmente sociais, como o previdenciário e o trabalhista, apresentam dinâmica nitidamente diferenciada, tendo em vista a necessidade de acompanhar as intensas evoluções da sociedade.

Artigo recebido em 09/07/2015

¹ Professor Titular do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF). Livre-Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pós-Doutorado em Direito pela *Universidad de Sevilla*. Especialista em Direito pela *Universidad de Sevilla*. Membro Pesquisador do IBDSCJ. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, Titular da Cadeira nº 27. Advogado e Consultor Jurídico. Foi Juiz do Trabalho, ex-Procurador do Trabalho do Ministério Público da União e ex-Auditor-Fiscal do Trabalho.

Observa-se, com isso, certa tensão entre os princípios do progresso social e do equilíbrio financeiro nessa matéria, o que tem resultado no surgimento de modificações legislativas muitas vezes justificadas com imposições de natureza econômica, restringindo o alcance de preceitos jurídicos voltados ao bem estar e à seguridade social.

Essa observação fica nítida com a Lei 13.135, de 17 de junho de 2015, a qual alterou importantes regras sobre a *pensão por morte*, notadamente quanto ao período de duração desse benefício previdenciário.

Cabe, assim, examinar os fundamentos e os limites constitucionais a respeito do tema, em especial quanto à restrição das prestações sociais.

Com esse objetivo, é imperioso, primeiramente, verificar a natureza jurídica dos direitos em questão.

2. Natureza jurídica dos direitos sociais e previdenciários

A evolução histórica e cultural consolidou a integração definitiva dos direitos sociais no catálogo de direitos humanos e fundamentais².

O art. 6º da Constituição Federal de 1988, inserido no conjunto das garantias fundamentais da pessoa humana, prevê como *direitos sociais*, entre outros, o trabalho, a saúde, a previdência social e a assistência aos desamparados.

Logo, os direitos sociais, nos quais se incluem os de natureza trabalhista e previdenciária, estão inseridos na esfera dos *direitos fundamentais*, conforme a atual sistemática constitucional, assim como no âmbito dos *direitos humanos*, em consonância com o Direito Internacional em vigor³.

Os direitos previdenciários, por sua vez, pertencem ao âmbito da Seguridade Social, como sistema de proteção mais amplo que, do mesmo modo, integra o rol de direitos fundamentais⁴.

Nesse sentido, a Constituição da República, ao disciplinar a Ordem Social, no art. 194, dispõe que a Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos

² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 56-58.

³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Direitos fundamentais e relação de emprego: trabalho, constituição e processo*. São Paulo: Método, 2008. p. 18-44.

⁴ SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Seguridade social como direito fundamental material*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 121.

Poderes Públicos e da sociedade destinadas a assegurar os direitos relativos à Saúde, à Previdência e à Assistência Social.

Sendo assim, como bem ressalta Mauricio Godinho Delgado:

O Direito do Trabalho corresponde à dimensão social mais significativa dos Direitos Humanos, ao lado do Direito Previdenciário (ou de Seguridade Social). É por meio desses ramos jurídicos que os Direitos Humanos ganham maior espaço de evolução, ultrapassando as fronteiras originais, vinculadas basicamente à dimensão da liberdade e intangibilidade física e psíquica da pessoa humana⁵.

Isso resulta na relevante determinação de que nem tudo está ao alcance das políticas de governo, nem mesmo da legislação e de reformas constitucionais, uma vez que devem ser respeitados os princípios da *vedação do retrocesso social*, da segurança, da confiança, da estabilidade nas relações jurídicas, da progressividade na instituição e efetivação dos direitos sociais, do valor social do trabalho, da livre iniciativa e da dignidade da pessoa humana⁶.

Nesse enfoque, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é o de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988), o que remete à determinação de se concretizar a *justiça social*.

3. Progressividade dos direitos sociais e bloco de constitucionalidade

A Seguridade Social é sistema de proteção fundado na *solidariedade*, tendo como objetivo *redistribuir renda*, alcançando e concretizando, assim, as exigências de melhoria das condições sociais, de erradicação da pobreza e da marginalização e de redução das desigualdades sociais (art. 3º, inciso III, e art. 7º, *caput*, da Constituição da República).

Trata-se de verdadeira *conquista histórica*, alcançada por meio de grande esforço e de intensa luta das classes sociais destituídas dos meios de produção, em situação de maior vulnerabilidade e inferioridade econômica, consubstanciando-se em *direito adquirido por toda a sociedade*, de modo que integra o *patrimônio social*⁷.

Constitui-se, portanto, um *patamar mínimo alcançado pela atual civilização*, o qual não pode ser objeto de destruição ou retrocesso, mas sim de permanente avanço⁸.

⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 81-82.

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 338-340.

⁷ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de direito da seguridade social*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 90-109.

⁸ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Estudos de direito do trabalho e da seguridade social*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 125-144.

Nesse sentido, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, promulgado pelo Decreto 591/1992, é expresso ao determinar a necessidade de *progressividade*, por todos os meios apropriados, do *pleno exercício* dos direitos sociais (art. 2º, item I).

É importante o registro de que essa previsão integra o chamado *bloco de constitucionalidade*, na forma do art. 5º, § 2º, da Constituição da República, devendo ser respeitada não apenas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, mas também pelo poder constituinte derivado de reforma e de revisão, ao aprovar emendas constitucionais (art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988)⁹.

Efetivamente, o § 2º do art. 5º da Constituição também resguarda outros direitos e garantias “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Logo, pode-se dizer, a título de exemplo, que o princípio da norma mais favorável, decorrente do princípio da proteção e inerente ao Direito do Trabalho¹⁰, reconhecido pelo art. 7º, *caput*, da Constituição da República, integra o sistema constitucional de direitos fundamentais, não podendo ser objeto nem mesmo de emenda tendente à sua abolição.

Da mesma forma, a universalidade da cobertura e do atendimento, a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, a seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, a irredutibilidade do valor dos benefícios, como princípios da Seguridade Social¹¹, de natureza fundamental, também não podem ser afastados em razão de modificação legislativa ou constitucional (arts. 60, § 4º, inciso IV, 5º, § 2º, e 194, parágrafo único, da CRFB/1988).

Devem ser observados, ainda, os *princípios constitucionais fundamentais*, presentes na Constituição Federal de 1988, os quais figuram como verdadeiros alicerces do sistema jurídico.

Desse modo, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos a soberania, a cidadania e a *dignidade da pessoa humana*, bem como os *valores sociais do trabalho* e da livre iniciativa (art. 1º da CRFB/1988).

A dignidade humana, em essência, constitui o próprio fundamento dos direitos humanos, nos quais se inserem os de ordem social. Justamente em razão disso, o princípio do

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 636-647.

¹⁰ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 94-98.

¹¹ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 54.

valor social do trabalho deve ser respeitado como mandamento nuclear do sistema normativo constitucional.

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, por sua vez, construir uma *sociedade livre, justa e solidária*, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, além de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º da CRFB/1988).

Ademais, a República Federativa do Brasil, mesmo em suas relações internacionais, tem como um de seus princípios regentes a “prevalência dos direitos humanos” (art. 4º, inciso II, da CRFB/1988).

Em harmonia com esse contexto normativo, o art. 170 da Constituição de 1988 prevê que a ordem econômica é fundada na *valorização do trabalho* e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos *existência digna*, conforme os ditames da *justiça social*, observados, entre outros, os princípios da função social da propriedade, da defesa do meio ambiente, da *redução das desigualdades regionais e sociais*, da *busca do pleno emprego*.

Nota-se, portanto, a reiteração dos *princípios da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e da justiça social*, os quais fundamentam tanto a ordem econômica como a esfera social.

Essa conclusão é confirmada pelo art. 193 da Constituição da República, ao dispor que a ordem social “tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

Sendo assim, como destaca Sérgio Nascimento, “além dos diversos princípios constitucionais que norteiam o direito à previdência social, este direito passou a figurar de forma expressa como direito fundamental, juntamente com outros direitos sociais, no artigo 6º da Constituição da República”¹².

Portanto, o surgimento de disposição prejudicial aos direitos sociais acarreta inaceitável violação ao *princípio da vedação do retrocesso social*, adotado na esfera internacional¹³ e presente no sistema jurídico nacional, conforme as previsões dos art. 1º,

¹² NASCIMENTO, Sérgio. *Interpretação do direito previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 17.

¹³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 181: “o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece a obrigação dos Estados de reconhecer e progressivamente implementar os direitos nele enunciados. [...] Da obrigação da progressividade na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais decorre a chamada cláusula de proibição do retrocesso social, na medida em que é vedado aos Estados retroceder no campo da implementação desses direitos”.

incisos III e IV, art. 3º, inciso III, art. 4º, inciso II, art. 6º, art. 7º, *caput*, art. 170, *caput*, e 193, entre outros preceitos da Constituição da República Federativa do Brasil.

4. Pensão por morte e modificações da Lei 13.135/2015

Conforme o art. 201, incisos I e V, da Constituição da República, o Regime Geral da Previdência Social deve cobrir o evento *morte*, a qual é entendida como contingência social, por meio da concessão de *pensão por morte* do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o mandamento de que nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado pode ter valor mensal inferior ao salário mínimo.

Trata-se de benefício previdenciário devido aos *dependentes do segurado*, previstos no art. 16 da Lei 8.213/1991, com as modificações decorrentes da Lei 13.146, de 06 de julho de 2015, que instituiu o *Estatuto da Pessoa com Deficiência*, entrando em vigor após 180 dias de sua publicação (art. 127), ocorrida no Diário Oficial da União de 07.07.2015.

Desse modo, são beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

- Classe I: o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;
- Classe II: os pais;
- Classe III: o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave.

A existência de dependente de qualquer das classes acima exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

O enteado e o menor tutelado equiparam-se ao filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal de 1988.

De acordo com a Portaria MPS 513/2010, o companheiro ou a companheira do mesmo sexo de segurado inscrito no Regime Geral de Previdência Social integra o rol dos

dependentes e, desde que comprovada a união estável, concorre, para fins de pensão por morte e de auxílio-reclusão, com os dependentes preferenciais de que trata o art. 16, inciso I, da Lei 8.213/1991, para óbito ou reclusão ocorridos a partir de 5 de abril de 1991 (conforme o disposto no art. 145 do mesmo diploma legal, revogado pela Medida Provisória 2.187-13/2001).

A dependência econômica das pessoas indicadas no art. 16, inciso I, da Lei 8.213/1991 é presumida e a das demais deve ser comprovada.

A pensão por morte é devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer (aposentado ou não) a contar da data:

I - do óbito, quando requerida até 30 dias depois deste;

II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;

III - da decisão judicial, no caso de morte presumida (art. 74 da Lei 8.213/1991).

Por morte presumida do segurado, declarada pela autoridade judicial competente, depois de seis meses de ausência, deve ser concedida pensão provisória (art. 78 da Lei 8.213/1991).

Mediante prova do desaparecimento do segurado em consequência de acidente, desastre ou catástrofe, os seus dependentes fazem jus à pensão provisória independentemente da declaração e do prazo acima indicado.

Se for verificado o reaparecimento do segurado, o pagamento da pensão deve cessar imediatamente, ficando desobrigados os dependentes da reposição dos valores recebidos, salvo má-fé.

Não deve ser concedida pensão por morte aos dependentes do segurado que falecer após a perda dessa qualidade, nos termos do art. 15 da Lei 8.213/1991, que dispõe sobre o *período de graça*, salvo se preenchidos os requisitos para obtenção da aposentadoria na forma do art. 102, § 1º, da Lei 8.213/1991.

A perda da qualidade de segurado, assim, não prejudica o direito à aposentadoria para cuja concessão tenham sido preenchidos todos os requisitos, segundo a legislação em vigor à época em que estes requisitos foram atendidos.

Considerando o disposto no art. 102, § 2º, parte final, da Lei 8.213/1991, a Súmula 416 do STJ explicita que “é devida a pensão por morte aos dependentes do segurado que, apesar de ter perdido essa qualidade, preencheu os requisitos legais para a obtenção de aposentadoria até a data do seu óbito”.

A Lei 13.135/2015 acrescentou o § 1º ao art. 74 da Lei 8.213/1991, passando a dispor que *perde o direito à pensão por morte*, após o trânsito em julgado, o condenado pela prática de crime de que tenha dolosamente resultado a morte do segurado.

Trata-se de previsão semelhante à hipótese de *exclusão da sucessão*, prevista no art. 1.814, inciso I, do Código Civil de 2002.

Justamente em razão da garantia constitucional da *presunção de inocência* (art. 5º, inciso LVII, da CF/1988), para a perda do direito ao benefício previdenciário é necessário o trânsito em julgado da condenação criminal do referido dependente.

Além disso, *perde o direito à pensão por morte* o cônjuge, o companheiro ou a companheira se comprovada, a qualquer tempo, *simulação ou fraude no casamento ou na união estável*, ou a *formalização desses com o fim exclusivo de constituir benefício previdenciário*, apuradas em processo judicial no qual deve ser assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 74, § 2º, da Lei 8.213/1991, acrescentado pela Lei 13.135/2015).

Mesmo com a Lei 13.135/2015, manteve-se a regra de que a concessão de pensão por morte *independe de carência* (art. 26, inciso I, da Lei 8.213/1991).

Também foi mantida a determinação do art. 75 da Lei 8.213/1991, no sentido de que o valor mensal da pensão por morte é de 100% do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento, observado o disposto no art. 33 do mesmo diploma legal, ao prever que a renda mensal do benefício de prestação continuada que substituir o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado não pode ter valor inferior ao do salário mínimo, nem superior ao do limite máximo do salário de contribuição.

A concessão da pensão por morte não deve ser protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produzirá efeito a contar da data da inscrição ou habilitação (art. 76 da Lei 8.213/1991).

O cônjuge ausente não exclui do direito à pensão por morte o companheiro ou a companheira, que somente faz jus ao benefício a partir da data de sua habilitação e mediante prova de dependência econômica.

O cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato que recebia pensão de alimentos concorre em igualdade de condições com os dependentes referidos no art. 16, inciso I, da Lei 8.213/1991.

A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, deve ser rateada entre todos em parte iguais (art. 77 da Lei 8.213/1991).

Reverte em favor dos demais a parte daquele cujo direito à pensão cessar.

Cabe ressaltar que a Lei 13.135/2015 modificou o art. 77, § 2º, da Lei 8.213/1991, passando a dispor que o direito à percepção de cada cota individual *cessa*:

I - pela morte do pensionista;

II - para o filho, a pessoa a ele equiparada ou o irmão, de ambos os sexos, pela emancipação ou ao completar 21 anos de idade, salvo se for inválido ou tiver deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave (redação dada pela Lei 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência);

III - para filho ou irmão inválido, pela cessação da invalidez;

IV - para filho ou irmão que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave, pelo afastamento da deficiência, nos termos do Regulamento;

V - para o cônjuge ou companheiro:

a) se inválido ou com deficiência, pela cessação da invalidez ou pelo afastamento da deficiência, devendo-se respeitar os períodos mínimos decorrentes da aplicação das alíneas “b” e “c” (abaixo indicados);

b) em quatro meses, *se o óbito ocorrer sem que o segurado tenha vertido 18 contribuições mensais ou se o casamento ou a união estável tiverem sido iniciados em menos de dois anos antes do óbito do segurado*;

c) transcorridos os seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a *idade do beneficiário na data do óbito do segurado*, se o óbito ocorrer depois de vertidas 18 contribuições mensais e pelo menos dois anos após o início do casamento ou da união estável:

1) três anos, com menos de 21 anos de idade;

2) seis anos, entre 21 e 26 anos de idade;

3) 10 anos, entre 27 e 29 anos de idade;

4) 15 anos, entre 30 e 40 anos de idade;

5) 20 anos, entre 41 e 43 anos de idade;

6) vitalícia, com 44 ou mais anos de idade.

Devem ser aplicados, conforme o caso, a regra contida na alínea “a” (nas hipóteses de cônjuge ou companheiro inválido ou com deficiência) ou os prazos previstos na alínea “c”, se

o óbito do segurado decorrer de *acidente de qualquer natureza ou doença profissional ou do trabalho*, independentemente do recolhimento de 18 contribuições mensais ou da comprovação de dois anos de casamento ou de união estável (art. 77, § 2º-A, da Lei 8.213/1991, acrescentado pela Lei 13.135/2015).

Desse modo, se o óbito do segurado decorrer de acidente de qualquer natureza ou doença profissional ou do trabalho, mesmo sem o recolhimento de 18 contribuições mensais ou sem a comprovação de dois anos de casamento ou de união estável, não se aplica o período de apenas quatro meses de recebimento da pensão por morte.

Nos casos em questão, portanto: se o cônjuge ou companheiro for inválido ou com deficiência, a pensão por morte é devida até cessação da invalidez ou o afastamento da deficiência (alínea “a”); se se o cônjuge ou companheiro não for inválido nem for pessoa com deficiência, a pensão por morte é devida nos períodos previstos na alínea “c”.

Ainda assim, podem surgir certos questionamentos e injustiças. Exemplificando, se o segurado falecer por motivo diverso, como doença não ocupacional, mas se o óbito ocorrer sem que ele tenha recolhido 18 contribuições mensais ou se o casamento ou a união estável tiverem sido iniciados em menos de dois anos antes do falecimento, o cônjuge ou companheiro, após o recebimento da pensão por morte pelo período de apenas quatro meses (art. 77, § 2º, “b”, da Lei 8.213/1991), podem ficar, a partir disso, sem cobertura previdenciária, em desacordo com os mandamentos constitucionais de *proteção social e dignidade da pessoa humana* (art. 194 e art. 1º, inciso III, da Constituição da República).

Após o transcurso de pelo menos três anos e desde que nesse período se verifique o incremento mínimo de um ano inteiro na média nacional única, para ambos os sexos, correspondente à expectativa de sobrevida da população brasileira ao nascer, podem ser fixadas, em números inteiros, novas idades para os fins previstos na alínea “c”, em ato do Ministro de Estado da Previdência Social, limitado o acréscimo na comparação com as idades anteriores ao referido incremento (art. 77, § 2º-B, da Lei 8.213/1991, acrescentado pela Lei 13.135/2015, publicada no Diário Oficial da União de 18.06.2015).

O tempo de contribuição a Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) deve ser considerado na contagem das 18 contribuições mensais de que tratam as alíneas “b” e “c” (art. 77, § 5º, da Lei 8.213/1991, acrescentado pela Lei 13.135/2015).

Cabe ressaltar que, em razão da *eficácia imediata e não retroativa* das normas jurídicas em relações de trato sucessivo (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República), as previsões decorrentes da Lei 13.135/2015, ainda que aplicáveis apenas a fatos

ocorridos a partir de sua vigência, alcançam os segurados e dependentes que já integravam o sistema previdenciário, e não só os que ingressaram a partir do início da referida entrada em vigor.

A respeito do tema, a Súmula 340 do Superior Tribunal de Justiça esclarece que a “lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado”.

Por fim, deve-se salientar que não se aplica o disposto no art. 103 da Lei 8.213/1991, que disciplina os prazos de decadência e de prescrição quanto a benefícios previdenciários, ao pensionista menor, incapaz ou ausente, na forma da lei.

Quanto ao tema, cabe esclarecer que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 anos (art. 3º do Código Civil de 2002).

Não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º do Código Civil; II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios; III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra (art. 198 do Código Civil de 2002).

Nos termos do art. 208 do Código Civil de 2002, aplica-se à decadência o disposto no art. 198, inciso I, do mesmo diploma legal, acima indicado.

Desse modo, não corre a decadência contra os incapazes de que trata o art. 3º do Código Civil.

5. Conclusão

A definitiva integração dos direitos sociais, inclusive trabalhistas e previdenciários, no catálogo de direitos humanos e no rol de garantias fundamentais é uma das conquistas históricas e culturais da civilização humana de maior relevância dos últimos tempos, não admitindo, portanto, retrocessos.

Sendo assim, mesmo quando exigem prestações estatais, os direitos em questão devem observar o mandamento normativo de *progressividade*, com vistas à concretização da *justiça social*.

A respeito do tema, nota-se que a Lei 13.135/2015, embora tenha amenizado as restrições previstas originariamente na Medida Provisória 664/2014, estabeleceu limitações quanto ao período de recebimento da pensão por morte, especialmente ao cônjuge ou ao companheiro.

Apesar de se reconhecer a necessidade de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Social (art. 201 da Constituição Federal de 1988), eventuais justificativas de ordem meramente econômica, por si, não deveriam ser suficientes para autorizar a imposição de restrições a benefícios previdenciários, devendo-se levar em consideração os demais preceitos, presentes na ordem constitucional e internacional, que regem os direitos sociais.

Nesse aspecto, é importante salientar que no Estado Democrático de Direito, fundado na *dignidade da pessoa humana*, os limites e prescrições decorrentes dos direitos humanos e fundamentais, de hierarquia superior, devem ser respeitados pelas escolhas políticas, tomadas pelos governantes, bem como pelas reformas constitucionais, previsões legislativas e decisões judiciais.

Conclui-se, portanto, que na evolução normativa, administrativa e jurisprudencial dos direitos sociais, neles incluídos os de natureza trabalhista e previdenciária, deve prevalecer a determinação constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Referências

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de direito da seguridade social*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Direitos fundamentais e relação de emprego: trabalho, constituição e processo*. São Paulo: Método, 2008.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Estudos de direito do trabalho e da seguridade social*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NASCIMENTO, Sérgio. *Interpretação do direito previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Seguridade social como direito fundamental material*. Curitiba: Juruá, 2009.

A ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO SUBSISTEMA SUBSIDIÁRIO NA SEGURIDADE SOCIAL E O VALOR DO BENEFÍCIO PREVISTO NO ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO: UMA ANÁLISE A PARTIR DO RELATÓRIO BEVERIDGE

SOCIAL ASSISTANCE AS SUBSIDIARY SUBSYSTEM ON SOCIAL SECURITY AND THE VALUE OF THE BENEFIT PROVIDED FOR IN ARTICLE 203, V OF THE CONSTITUTION: AN ANALYSIS FROM THE BEVERIDGE REPORT

Zélia Luiza Pierdoná¹

Resumo O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que a Constituição de 1988 instituiu um sistema de proteção social denominado seguridade social, o qual tem por objetivo proteger a todos os cidadãos nas situações de necessidade. Para atender ao referido objetivo, foram criados três subsistemas: o da saúde, o da previdência e o da assistência. Assim, deve-se compreender os diferentes subsistemas a partir do conjunto, bem como que o subsistema assistencial apresenta-se como subsidiário ao subsistema previdenciário. A partir dessa compreensão, extraída do modelo proposto no Relatório Beveridge, será analisada se o benefício de um salário mínimo, destinado aos idosos e aos deficientes, previsto no art. 203, V, da Constituição, deve ser mantido ou se precisa ser alterado, para garantir a coerência do sistema de proteção social.

Palavra-chave: Assistência social; Subsidiariedade; Valor do benefício ao idoso e ao deficiente

Abstract This paper aims to demonstrate that the 1988 Constitution established a social protection system called Social Security, which aims to protect all citizens in situations of need. To meet this objective it was created three subsystems: the health, social security and welfare. Thus, one must understand the different subsystems from the whole, as well as the

Artigo recebido em 04 de setembro de 2015

¹ Professora da graduação e da pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, mestre e doutora pela PUC/SP, realizou estágio pós-doutoral na Universidade Complutense de Madri, também é Procuradora Regional da República.

assistance subsystem presents itself as a subsidiary to the social security subsystem. From the aforementioned understanding, this paper will examine, starting from the model proposed in Beveridge Report, if the benefit of a minimum wage for the elderly and disabled, provided for in Article 203, V of the Constitution, should be maintained or need to be amended to ensure consistency of the social protection system.

Keywords: Social assistance; Subsidiarity; Value of the benefit to the elderly and the disabled

1. Introdução

A Constituição de 1988 instituiu um sistema de proteção social denominado seguridade social, o qual tem por objetivo proteger a todos os cidadãos, em todas as situações geradoras de necessidades e não apenas os trabalhadores e seus dependentes, como era no ordenamento anterior.

O referido sistema foi denominado seguridade social e é constituído por três subsistemas: o da saúde, o da previdência e o da assistência social. Aquele garante o acesso à saúde a todos; o subsistema previdenciário protege os trabalhadores e seus dependentes e tem por objetivo manter seus níveis de vida, quando já não exercem atividade remunerada; já o subsistema assistencial visa proteger aqueles que não são atendidos pelo subsistema previdenciário e estão abaixo do patamar mínimo de subsistência.

Assim, dos três subsistemas, a garantia de recursos econômicos nas situações de necessidade será viabilizada por dois dos subsistemas acima referidos: o previdenciário e o assistencial. Aquele exige o cumprimento de uma obrigação para garantir o direito, ou seja, exige a contribuição prévia para a concessão das prestações. Na assistência, a proteção é concedida, independentemente de contribuição, conforme expressamente dispõem o *caput* do art. 203 da Constituição.

O trabalho que segue pretende demonstrar que a interpretação dos subsistemas previdenciário e assistencial, compreendo-os no sistema de proteção como um todo, revela a subsidiariedade deste em relação ao subsistema previdenciário. A partir disso, considerando-se o modelo proposto no Relatório Beveridge, será analisado se o valor do benefício de prestação continuada da assistência social pode ser mantido, como previsto no art. 203, V, da Constituição ou se deve ser alterado, para garantir a coerência e a sustentabilidade do sistema.

2. O sistema de seguridade social

A Constituição de 1988 instituiu um sistema de proteção social que tem por objetivo proteger todos e não apenas os trabalhadores e seus dependentes, como era no período que a antecedeu. O referido sistema foi denominado seguridade social e tem seus preceitos estabelecidos nos arts. 194 a 204 e 40, todos da Constituição.

O citado sistema é formado por três subsistemas, conforme se pode observar no enunciado do art. 194: “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Para proteger a todos, a Constituição uniu os três direitos sociais mencionados acima, os quais possuem objetivos e destinatários diferentes, justamente para garantir que todos sejam protegidos nas situações de necessidade.

A saúde é dirigida a todos e não somente aos trabalhadores e seus dependentes, como era antes de 1988, conforme se pode observar no preceito do art. 196 da Constituição: “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

A previdência social visa proteger os trabalhadores e seus dependentes, mantendo o nível de vida nas situações de necessidade. Para tanto, exige contribuições, as quais, como regra, incidem sobre as remunerações do trabalho. Assim, também como regra, a proteção corresponde à média das remunerações e, com isso, há a manutenção do nível de vida que o trabalhador e sua família tinham quando do exercício de atividade remunerada.

Portanto, a previdência tem característica profissional/contributiva. Ela é obrigatória para todos aqueles que exercem atividades remuneradas. Mas, a obrigatoriedade existe até um determinado valor, motivo pelo qual se pode afirmar que a previdência mantém, de maneira limitada, o nível de vida do trabalhador.

Assim, o trabalhador, por meio da previdência social faz seu planejamento, compulsória e antecipadamente, para ter proteção nas situações geradoras de necessidades, que serão cobertas pelas prestações previdenciárias. Trata-se de um seguro social, com prestações e contribuições definidas em lei.

A proteção obrigatória divide-se em Regime Geral de Previdência Social – RGPS, com preceitos no art. 201 da Constituição e Regime dos Servidores Públicos, previsto no art. 40, também da Constituição. Aquele é aplicado de maneira obrigatória a todos os

trabalhadores, exceto os servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, quando amparados por este regime. Com os dois regimes, todos os que exercem atividade remunerada estão incluídos na proteção previdenciária.

Os únicos trabalhadores que não estão incluídos nos dois regimes acima mencionados são os militares, haja vista os preceitos do inciso X do art. 142 e §§ 1º e 2º do art. 42, ambos da Constituição.

Assim, qualquer outra proteção criada pelo ordenamento infraconstitucional que não seja dos militares, é inconstitucional. Exemplo de proteção que não encontra fundamento no texto constitucional é a dos congressistas e de governadores.

Como referido acima, há um teto na proteção obrigatória. Esse teto era diferente até as ECs nºs 20/98 e 41/2003. As citadas emendas estabeleceram a possibilidade de se adotar o mesmo teto do Regime Geral de Previdência Social, desde que instituíam previdência complementar a seus servidores. Há entes federativos que já o fizeram, como por exemplo, a União e o Estado de São Paulo.

Além da previdência obrigatória, acima mencionada, a Constituição prevê a previdência complementar, a qual tem por objetivo proteger o trabalhador além do limite estabelecido nos regimes obrigatórios (RGPS e Regime dos Servidores), possibilitando, dessa forma, a continuidade de seu padrão de vida, uma vez que complementa a aposentadoria dos regimes obrigatórios.

Segundo o Relatório Beveridge², o objetivo da previdência complementar, designada no citado relatório, de “seguro voluntário”, é atender as reais necessidades do trabalhador, mantendo o seu nível de vida, quando auferir rendimentos que ultrapassem o nível de proteção do seguro obrigatório.

Beveridge³ defende que o seguro obrigatório, que tem por objetivo a garantia de um rendimento básico de sobrevivência, deve ser organizado pelo Estado, mas os padrões mais elevados devem ser providos pelo próprio indivíduo, por meio de seguro voluntário. O Estado deve apenas adotar medidas que permitam e encorajam o seguro voluntário.

Da mesma forma como foi proposta por Beveridge, a Constituição prevê que a previdência complementar é facultativa, ou seja, depende da vontade do trabalhador a adesão ou não. Possui preceitos no art. 202 da Constituição, o qual estabelece que deve ser

² BEVERIDGE, William. O plano Beveridge: relatório sobre o seguro social e serviços afins, p. 222.

³ BEVERIDGE, William. Op cit., p. 190.

organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social. O citado preceito constitucional foi regulamentado pelas Leis Complementares nº 108 e 109/2001.

A previdência complementar dos servidores públicos tem preceitos constitucionais nos §§ 14 a 16 do art. 40 e cada ente federativo deve criar a sua, por meio de lei, caso adote o mesmo teto do Regime Geral de Previdência Complementar.

Conforme mencionado acima, a seguridade social tem por objetivo proteger a todos nas situações de necessidade. Assim, como a previdência protege o trabalhador e seus dependentes e exige contribuição para garantir a proteção, há pessoas que não terão acesso à citada proteção, ou porque não são trabalhadores ou dependentes deles, ou porque não contribuíram para tanto.

Em razão disso, o sistema de proteção social brasileiro instituiu um subsistema que tem por objetivo proteger aquelas pessoas que não são protegidas pelo subsistema previdenciário: a assistência social.

A assistência, nos termos do art. 203 da Constituição, tem por objetivo proteger aos necessitados e, diferente do subsistema previdenciário, não exige contribuição. Assim, é um sistema de proteção social não contributivo, especialmente no que tange à concessão de benefícios econômicos.

Justamente porque o cidadão encontra-se em situação de miserabilidade, não seria possível exigir-lhe uma contraprestação direta, especialmente no que tange às prestações econômicas.

Deve ser ressaltado que, ao menos para as prestações econômicas de assistência social, mesmo na hipótese de o texto constitucional não ter preceituado que a proteção independe de contribuição, ela seria não contributiva, haja vista o princípio da equidade na forma de participação do custeio, previsto no art. 194, parágrafo único, V, da Constituição. Isso porque, se o beneficiário é miserável, não seria equânime exigir-lhe contribuição prévia para a obtenção da proteção futura.

Entretanto, considerando que a assistência social não se restringe às prestações econômicas, em outras espécies de prestações é possível instituir contraprestação do beneficiário, uma espécie do copago, caso o destinatário não seja hipossuficiente economicamente.

Isso porque, a assistência social não se restringe a concessão de benefícios econômicos. Assim, poderá haver serviços, cujos destinatários sejam necessitados, não no sentido econômico. Por exemplo, idosos que necessitam de acolhimento, porque não possuem

família (que constituiu o primeiro sistema de proteção); pessoas usuárias de drogas; pessoas vítimas de violência doméstica etc.

Nessas hipóteses não há impeditivo de se exigir contraprestação por parte dos usuários, pois, embora o texto constitucional mencione “independente de contribuição”, no art. 203, isso não significa impossibilidade de se exigir que o usuário do subsistema, que possua capacidade econômica, participe dos custos do serviço que lhe é prestado.

Assim, interpretando-se o art. 203 da Constituição com o princípio da equidade, acima referido, pode-se exigir a participação do beneficiário no custeio do serviço que lhe é oferecido. Do contrário, ter-se-ia aumento das desigualdades e não sua redução, conforme prevê o art. 3º da Constituição.

No que tange aos benefícios econômicos, diferente da previdência, a assistência social não tem por objetivo manter o *status quo* de seus beneficiários. Isso porque, a citada forma de proteção visa retirar a pessoa da miserabilidade, concedendo-lhes o mínimo existencial. Portanto, manter o *status quo* de seus beneficiários significa manter as pessoas na miserabilidade.

Dessa forma, verifica-se que a assistência social é um subsistema da seguridade social que tem por objetivo proteger aqueles que não tem a proteção previdenciária, a qual deve ser considerada proteção principal.

Esse desenho de proteção social foi proposto no Relatório Beveridge, o qual expressamente mencionava que o plano de seguridade proposto tinha como objetivo a abolição da miséria, tendo, como método principal, o seguro social compulsório; e, a assistência nacional e o seguro voluntário, como métodos subsidiários⁴. Em relação à assistência, o citado relatório assim se referia: “servirá a assistência para atender a todas as necessidades que não forem satisfeitas pelo seguro”⁵.

O termo seguro, no citado relatório, corresponde ao que na Constituição é previdência social. Tanto é assim que a autarquia que gere o Regime Geral de Previdência Social é denominada Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

O relatório ainda defende que o seguro social e a assistência nacional sejam organizadas pelo Estado e que tenham por objetivo a garantia de um rendimento básico de sobrevivência. Os padrões mais elevados, conforme já referido acima, devem ser providos

⁴ BEVERIDGE, William. Op cit., p. 14.

⁵ BEVERIDGE, William. Op cit., p. 219.

pelo próprio indivíduo⁶.

Embora o seguro social e a assistência tenham por objetivo garantir um rendimento básico aos cidadãos, Beveridge assevera que na assistência social as necessidades devem ser atendidas “de maneira adequada ao nível de subsistência, mas os beneficiários devem ver na assistência algo menos desejável do que o auxílio de seguro, pois, se assim não for, nada lucrarão os segurados com as suas contribuições”⁷.

Dessa forma, para o Relatório Beveridge, a proteção assistencial (não contributiva), além de ser concebida como método subsidiário, deve ter benefícios que sejam inferiores aqueles concedidos pelo seguro compulsório (proteção contributiva).

Assim, no próximo item será analisado se o subsistema assistencial brasileiro apresenta o caráter subsidiário em relação ao subsistema previdenciário, a que se refere Beveridge. Será analisado, ainda, se o valor do benefício a que se refere o art. 203, V, da Constituição deve ser mantido ou precisa ser alterado, para garantir coerência e sustentabilidade ao sistema de proteção social criado com a Constituição de 1988.

3. A subsidiariedade do subsistema assistencial

Conforme referido acima, o Relatório Beveridge assevera que o seguro social deve ser o principal instrumento de garantia dos rendimentos, mas não pode ser o único, pois precisa ser completado pela assistência e pelo seguro voluntário. Estes dois últimos foram concebidos como métodos subsidiários, no citado relatório.

A assistência, segundo Beveridge, “consiste na concessão de auxílios em dinheiro, condicionados às necessidades que forem provadas na época do pedido, independentemente de contribuições prévias (...). A assistência é um complemento indispensável do seguro social, embora deva ser ampliado o campo desse último”⁸.

Assim, no Relatório Beveridge, o qual é tido como modelo de grande parte dos sistemas de proteção social instituídos pelos diferentes países, dentre os quais o Brasil, o sistema de proteção social deve ter como proteção principal o seguro social, mas deve existir a proteção assistencial para proteger aqueles que não são protegidos pelo seguro social. Este último deve ser subsidiário ao seguro social.

Isso porque, a proposta desenhada no citado documento é a de proteger a todos e

⁶ BEVERIDGE, William. Op cit., p. 190.

⁷ BEVERIDGE, William. Op cit., p. 219.

⁸ BEVERIDGE, William. Op cit., p. 190.

não apenas aqueles que vivem com o fruto do trabalho. A referida proposta foi agasalhada pelo constituinte brasileiro, o qual instituiu, conforme mencionado acima, um sistema de proteção social que tem como objetivo proteger a todos. A universalidade da proteção encontra-se prevista no art. 194, parágrafo único, I, da Constituição.

Para atender a todos foram incluídos três direitos sociais, os quais garantem dois aspectos de proteção: de um lado tem-se a saúde, que protege a todos; e, no outro aspecto, encontra-se a previdência e a assistência social, as quais possuem como objetivo principal, garantir a sobrevivência dos brasileiros, quando diante de situações que geram necessidades. A previdência protegendo os trabalhadores e seus dependentes e a assistência protegendo aqueles não incluídos na proteção previdenciária.

A assistência social, na Constituição de 1988, surgiu como garantia de se atingir a universalidade da proteção, mas foi mantido o sistema profissional/contributivo que existia no País desde 1923, com a edição da Lei Eloy Chaves. Assim, também o sistema brasileiro tem o subsistema assistencial como subsidiário da proteção previdenciária.

Observa-se isso em diversos preceitos da Constituição, em especial, o art. 193, o qual estabelece como base da Ordem Social o primado do trabalho, o art. 1º, IV, que coloca, entre os fundamentos do Estado brasileiro, o valor social do trabalho.

Atendendo à importância que a Constituição deu ao trabalho, o sistema de proteção social brasileiro destinou um de seus subsistemas para proteger o trabalhador e seus dependentes e o considerou como o método principal de proteção. O referido subsistema manteve a natureza profissional/contributiva que existia antes do advento da atual Constituição.

Mas, exatamente pela natureza contributiva do citado subsistema, alguns cidadãos não são atendidos pela referida forma de proteção. Em vista disso, o Brasil adotou o modelo Beveridgiano, criando um subsistema subsidiário para garantir a proteção daqueles não protegidos pelo subsistema previdenciário: o subsistema assistencial.

Da mesma forma que no Relatório Beveridge, a proteção assistencial é concedida independente de contribuição. Isso está expressamente previsto no *caput* do art. 203 da Constituição: a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social.

A natureza subsidiária do subsistema assistencial reside no fato de que só terá sua proteção àquele que não é protegido pela previdência social. Assim, se o cidadão é trabalhador, ele poupará parte de seus rendimentos, de maneira obrigatória, pagando

contribuição, e receberá a proteção nas situações de necessidades mencionadas no art. 201 da Constituição, como morte, idade avançada, invalidez.

Carlos Gustavo Moimaz Marques também sustenta que a proteção assistencial é subsidiária da proteção previdenciária, conforme se pode observar a seguir:

o viés subsidiário do sistema assistencial em relação à previdência vem expressamente apontado pelo constituinte que define como fundamento da ordem social o primado do trabalho: se o que move a ordem social é o trabalho, e se os titulares da proteção previdenciária são os trabalhadores, só haverá assistência àqueles que não consigam trabalhar ou prover a sua própria subsistência.⁹

Portanto, caso um cidadão que não esteja protegido pelo subsistema previdenciário, ou porque não é trabalhador, ou porque durante a atividade laboral não contribuiu, será protegido, inicialmente, pela própria família (assistência familiar) e, na hipótese de inexistência da proteção familiar, pela assistência do Estado.

Em relação à proteção familiar, o autor acima citado assevera que:

o princípio da subsidiariedade no campo assistencial vem justamente ressaltar e hierarquizar a atuação dessas várias espécies de assistência. A atuação do sistema assistencial mais complexo (estatal) só ocorrerá quando os menores (família e privado) não se mostrarem aptos o suficiente¹⁰.

Assim, pode-se afirmar que a proteção assistencial concedida pelo Estado é duplamente subsidiária: em primeiro lugar, da proteção previdenciária e, em segundo lugar, da familiar.

Considerando a natureza substitutiva da proteção assistencial, no próximo item será analisado se o valor do benefício assistencial, previsto no art. 203, V da Constituição, está de acordo com o sistema de seguridade social ou se deveria ser alterado para garantir a coerência do citado sistema.

4. O benefício assistencial de um salário mínimo concedido aos idosos e às pessoas com deficiência e a coerência no sistema de seguridade social

O relatório Beveridge ressaltou que, na proteção assistencial, as necessidades devem ser atendidas “de maneira adequada ao nível de subsistência, mas os beneficiários

⁹ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. Reflexões sobre a decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade do critério de miserabilidade estabelecido pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS – Lei nº 8.742/1993), p. 109.

¹⁰ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. Reflexões sobre a decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade do critério de miserabilidade estabelecido pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS – Lei nº 8.742/1993), p. 108.

devem ver na assistência algo menos desejável do que o auxílio de seguro, pois, se assim não for, nada lucrarão os segurados com as suas contribuições”¹¹.

Assim, diante do argumento apresentado no Relatório Beveridge e, tomando-se como premissa que o subsistema de assistência social (visa garantir o mínimo à subsistência) é subsidiário do subsistema de previdência social (tem por objetivo a manutenção do nível de vida do trabalhador), a questão que se coloca é se há coerência no sistema de proteção social ou se há necessidade de mudanças, especialmente em relação ao benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição.

O referido preceito constitucional assim estabelece:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - (...)

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Para responder a questão feita acima, deve-se verificar o que a Constituição estabelece em relação ao salário mínimo e, também, o que Beveridge sustentava em relação aos valores da proteção concedidas pela assistência social.

Em relação ao primeiro aspecto, o art. 7º, IV, da Constituição, ao estabelecer os direitos dos trabalhadores, preceitua que o salário-mínimo deve atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

Além disso, ao tratar da previdência social, o art. 201, § 2º, da Constituição estabelece que “Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo”.

Assim, o trabalhador, quer esteja na ativa, quer esteja recebendo benefício previdenciário, para o qual contribuiu, tem a garantia de receber, no mínimo, um salário. Mas, deve ser ressaltado que o referido valor tem como objetivo a sua própria manutenção e da sua família.

Por outro lado, a Constituição também estabelece, no art. 203, V, ao idoso e ao deficiente, o benefício assistencial no valor do salário mínimo. O referido benefício é personalíssimo, ou seja, para o idoso ou para o deficiente, enquanto que o salário mínimo pago pelo trabalho ou como benefício previdenciário é para o trabalhador e sua família.

¹¹ BEVERIDGE, William. Op cit., p. 219.

Com isso, verifica-se que, ao menos no que tange ao citado benefício, o sistema brasileiro não segue o modelo proposto por Beveridge, o qual sustenta que a proteção não contributiva deve ser inferior àquela concedida pelo sistema contributivo.

Conforme referido acima, para Beveridge, os beneficiários da assistência social devem ver na citada proteção algo menos desejável do que nos benefícios previdenciários. Poder-se-ia argumentar que o salário mínimo é apenas o menor valor dos benefícios previdenciários e que, portanto, o subsistema contributivo ainda assim seria mais “desejável”, para usar a expressão utilizada no mencionado relatório.

Entretanto, em torno de 65% dos benefícios previdenciários correspondem a um salário mínimo¹². Sendo que a média correspondia, em dezembro de 2014, a R\$ 959,15, quando o valor do salário mínimo correspondia a R\$ 724,00.

Assim, também considerando os dados dos benefícios previdenciários efetivamente concedidos, pode-se concluir que o sistema brasileiro de proteção social desestimula o recolhimento de contribuição, especialmente para os trabalhadores de baixa renda.

Isso porque, um trabalhador de baixa renda, dificilmente contribuirá sobre valores que excedam ao salário mínimo, o que lhe garantiria um benefício também no valor de um salário mínimo. Caso não contribua receberá, da assistência social, a mesma proteção.

Nem se diga que, na assistência, o beneficiário precisa comprovar a miserabilidade, uma vez que, se ele vive com o fruto do trabalho e deixa de trabalhar não terá renda alguma, e, dessa forma, preencherá o requisito miserabilidade, exigido para a concessão do benefício. A única diferença é que a Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/93) não garante o abono anual. E, mesmo em relação a isso, já se ventilou que devia ser modificada a legislação para sua concessão.

É importante ressaltar que todos os países que seguem o modelo beveredgiano, com exceção do Brasil, a proteção não contributiva é inferior à contributiva.

Se não bastasse o valor do benefício previsto da Constituição (um salário mínimo), o que por si só já desestimula o recolhimento de contribuição previdenciária para fins de obtenção de benefício, tanto o Poder Legislativo, quanto o Judiciário tem agravado essa situação.

Exemplo disso é a edição do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.471/2004), o qual, em

¹² Conforme Ministério da Previdência Social. Informe da Previdência Social, jan/2015, vol. 27, nº 01, acessível em http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2015/03/Informe_janeiro_2015.pdf.

seu art. 34 determinou: a redução da idade para a obtenção do benefício em comento (reduziu para 65 anos, a mesma idade que o homem obtém a aposentadoria por idade); e, a exclusão do benefício assistencial já concedido a qualquer membro da família, para efeitos do cálculo da renda *per capita* em relação a um segundo pedido, quando se trata de requerente idoso.

Assim, além do valor do benefício ser igual para um trabalhador de baixa renda, com a edição do Estatuto do Idoso, ao menos para o homem, a idade para a obtenção da aposentadoria por idade é a mesma daquela para o recebimento do benefício assistencial. Registre-se que para a mulher a referida aposentadoria dá-se aos 60 anos, o que representa uma vantagem no recolhimento da contribuição, já que receberia o benefício 5 anos antes.

No que tange à segunda inovação do Estatuto do Idoso (exclusão do benefício assistencial já concedido a qualquer membro da família, para a apuração da renda *per capita*), o Supremo Tribunal Federal, no RE nº 580963/PR entendeu que a citada exclusão deveria ser estendida ao deficiente e, portanto, não só ao idoso. Além disso, determinou que se excluísse também, na apuração da renda *per capita*, os benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo. Isso representou uma flexibilização do critério de miserabilidade originalmente fixado na Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/93).

Uma nova flexibilização do critério de miserabilidade foi garantida por meio de outra decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida nos Recursos Extraordinários nºs 580.963 e 567.985-3 e na Reclamação nº 4.374. Dessa vez permitindo que cada juiz ou tribunal avalie no caso concreto se o requerente preenche ou não o requisito “miserabilidade”. Isso, além de ser mais uma forma de desestímulo ao recolhimento de contribuição previdenciária, tem gerado muitas desigualdades na própria proteção assistencial, pois, quem é considerado miserável para um juiz ou tribunal, não o é para outros.

Enfim, não só o valor do benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição (um salário mínimo) afeta o sistema de proteção social, especialmente no que tange à subsidiariedade da assistência social em relação à previdência, como a legislação infraconstitucional e as decisões judiciais tem ampliado a violação ao sistema de seguridade social.

Assim, visando dar coerência ao sistema de proteção social instituído na Constituição de 1988 e, ainda, seguindo o modelo adotado (beveridgiano), o valor do benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição deveria ser alterado, fixando-se um valor inferior ao salário mínimo.

Considerações finais

Verificou-se, no decorrer do trabalho, que a Constituição de 1988 instituiu um sistema de proteção social que tem por objetivo proteger a todos e não apenas aqueles que vivem com o fruto do trabalho. Para garantir a efetividade da citada proteção, o constituinte incluiu três direitos sociais: saúde, previdência e assistência social.

Por meio da previdência e da assistência social os cidadãos têm a garantia do recebimento de recursos para a sobrevivência, nas situações de necessidades. A previdência protegendo os trabalhadores e seus dependentes e, a assistência, aqueles não atendidos pela previdência. Em vista disso, a proteção assistencial possui natureza subsidiária em relação à previdenciária.

Com isso, observa-se que a Constituição adotou o modelo de proteção previsto no Relatório Beveridge, salvo no que tange ao valor do benefício assistencial, previsto no art. 203, V, da Constituição. Isso porque, o mencionado relatório prevê que a proteção não contributiva seja inferior à contributiva e, o valor do benefício citado, corresponde ao patamar mínimo da proteção previdenciária (contributiva). Registre-se que em torno de 70% dos benefícios previdenciários correspondem ao salário mínimo.

O referido fato tem comprometido a viabilidade do sistema de proteção, já que desestimula o recolhimento de contribuições previdenciárias e, em razão disso, afeta a própria sustentabilidade do sistema de seguridade social.

Assim, diante desse quadro e da pertinência das premissas apontadas no Relatório Beveridge, em especial no que tange à subsidiariedade do subsistema de assistência social, o mais adequado, para se garantir que efetivamente a seguridade social se apresente como um sistema de proteção, é alterar a Constituição, estabelecendo um valor, para o benefício previsto no art. 203, V, da Constituição, inferior àquele concedido pela previdência social.

Por fim, verificou-se que não apenas o valor do benefício de prestação continuada da assistência social descaracteriza o sistema de proteção, no que tange à subsidiariedade da assistência social, mas também as normas infraconstitucionais editadas pelo Poder Legislativo e as decisões judiciais relativas ao citado benefício.

Referências

BEVERIDGE, William. *O plano Beveridge: relatório sobre o seguro social e serviços afins.*

(trad. Almir de Andrade). Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1943.

MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. Reflexões sobre a decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade do critério de miserabilidade estabelecido pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS – Lei nº 8.742/1993). In. *Revista da Ajuris*, v. 132, 2013, pp. 89 a 115.

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. *Informe da Previdência Social*, jan/2015, vol. 27, nº 01. MPS. Disponível em http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2015/03/Informe_janeiro_2015.pdf. Acesso em 27-08-2015.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. Direitos Sociais - Seguridade Social. In: Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka. (Org.). *Direito Constitucional*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 01.